

bonis suis testantur; tutela autem non ob militiae praemium, inquit, sed jure patriae potestatis mandatur. Apertè ergo his verbis significat Papinian. patriam potestatem esse quid merè personale, quod bonis adnumerari nullo modo possit.

127 Contrarium tamen existimavit Papinian. cujus sententiam Constantin. sequutus fuit, ea videlicet ratione, quod non modò durum, sed etiam absurdum videretur ei, cui patria, cui civitas, cui dignitas, cui bona omnia restituta sunt, non restitui patriam in liberos suos potestatem; & praecipuè cum patria potestas non tantum patri favorabilis sit, sed etiam filio, cujus quoque interest reverti in patriam potestatem, & sui haereditas jura, quae per patris deportationem amiserat, recuperare. Igitur Papiniani sententiam, quasi benigniorem & favorabiliorem, amplexus fuit Constantin. sanxitque, ut filius esset in potestate patris, cui dignitas, ac bona restituta sunt: & hoc modo rectè respondetur quaestioni propositae de validitate testamenti, reprobata Gloss. in dict. l. ult. tit. A. & in casus positione, quae ponit ibi non solui quaestionem propositam. Si enim responderetur filium in patriam redire potestatem, utique responderetur illius testamentum non valiturum; cum non possit valere testamentum filii familias, l. qui filius fam. 19 ff. de testament. l. cum is, §. 1. ff. de donat. caus. mort. junct. l. filius fam. 6. in fine, ff. de donat. l. senio 3. §. 1. l. nemo, & lege 11. Cod. qui testam. facer. poss. l. final. §. filijs autem, Cod. de bon. quae liber. princip. Inst. quib. non est permis. facer. testam. Quod verò ita sit species ponenda, maxime demonstrant verba illa, remeante patre decessit, idest suis laribus & bonis omnibus jam restituto, ut optimè intelligit Fab. dict. tit. 11. princip. 3. illat. 8. col. 2.

129 Quod si filius testamentum fecerit durante patris deportatione, utique validum erit, etiam si pater postea ad omnia restituatur, & consequenter etiam patriam recuperet potestatem: quippe cum testamentum perfectum sit tempore quo testator sui juris erat; sicut enim

reliqua alia gesta sustinentur, ita & testamentum sustineri debet, dict. l. final. §. ita tamen, Cod. de sentent. pass. & à fortiori si filius obiisset ante patris restitutionem. Gloss. in dict. l. final. verbo Rata sunt, vers. Sed si factò testamento, & ratio elegans est, quia testamentum, quod quis jure perfecit, non rescinditur, si postea jus testamenti faciendi habere desierit, nisi id contingat per capitis diminutionem, ut probatur per textum in l. is cui, lege 12 ff. qui testam. facer. ubi is, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest; & si fecerit, ipso jure non valet; quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valet: & Novel. verbo Monachis.

Cum tamen monachus testari non possit, non rescinditur testamentum antea factum, l. qui in potestate 6 §. 1. ff. qui testam. facer. l. 1. §. si quis autem 9. ff. de bonor. possess. secund. tab. quibus habetur, quod si quis post testamentum jure perfectum coeperit esse furiosus, vel surdus, vel mutus, testamentum non fit irritum. Cum ergo patre restituto, & recuperante patriam potestatem filius non aliquam patiatur capitis diminutionem, consequens est ut dicamus illius quod antea fecerat testamentum valiturum: probat optimè Cuiac. ad Mum. tit. Cod. de sentent. pass. vers. Ultimò est notandum. Et in hoc discriminiatur pater familias deportatus, & restitutus à patrefamilias capto, & reverso. Namque captivo reverso, etiam si filius familias decessisset durante illius captivitate, irritatur filij testamentum conditum captivitate durante, & à fortiori si revertatur filio vivo; quia restitutus fingitur non deportatus, ac proinde verum est dicere factum fuisse à patrefamilias. At verò si pater captus sit ab hostibus, & ab eis revertatur, fingitur nunquam captus; suppositaque factione cohaerenter dicitur testamentum à filio familias factum fuisse, ac proinde inutile esse, l. 2. §. si quis decesserit 3. ff. unde legitimi, l. si pater 15. ff. de suis & legit. haeredib. Et haec sufficiant pro horum jurium explicatione.

§. IV.

Alia jura circa eandem materiam explicantur. Agitur etiam de possessione & peculijs, & quibus acquirantur, & an filius possit de illis disponere.

SUMMARIUM.

- 1 Liber homo redemptus veluti pignoris nexu retinetur: vide rationem n. 5. potestque vindicare successionis jura, n.
2. Partus nascitur ingenuus ex ingenua redempta, & tamen retinetur pignoris nexu, n. 3. Liberi hominis nullum est commercium, & n. 4.
- 6 Libertas est res inestimabilis.
- 7 Intelligitur lex Senatus 43. §. ult. ff. de legat. 1.
- 8 Intelligitur lex Si quis ingenuam 21. in princip. ff. de captiv. & num. 10. & 11.
- 9 Natalibus non officit manumissio.
- 11 Matrimonium non datur jure civili, nisi inter Civis Romanos.
- 13 Matrimonium presumitur ex sola consuetudine.
- 14 Intelligitur lex Si patri redempto 15. ff. de captiv. & n. 22. 23.
- 15 Pretium à quocumque offerri potest, ut dissolvatur hic pignoris nexus.
- 16 Pignus durat dum durat res pignoratata.
- 17 Et eâ peremptâ perimitur.
- 18 Instans in quo quis moritur, magis vitæ, quàm morti tribuitur.
- 19 Hoc quasi pignus tandiu durat, quandiu utile, & luibile est.
- 20 Oblatio solutionis habet vim solutionis.
- 21 Et quomodo.
- 24 Intelligitur lex Si quis prægnante 27. de captiv. & n. 25. 26. 27.
- 28 Agitur de intellectu legis Si postliminio, penult. ff. de captiv.
- 29 Sine possessione non potest dari usucapio, & continuari, n. 31.
- 30 Captus ab hostibus non potest possidere.
- 31 Per captivitatem interruptitur possessio.
- 33 Possessio ex sua natura tota facti, non juris est.
- 34 Ratio ob quam possessio postliminio non restituitur.
- 35 Explicatur lex 3. §. 1. ff. de bonor. possess.
- 36 Jura quibus probatur possessionem juris esse.
- 37 Exceptio debet esse de regula.
- 38 Reprobantur distinguentes inter possessionem in fieri, ut sit facti, & in facto esse, ut sit juris: & num. 39. 40. 42. 43. 44. & 45.
- 41 Conciliatur lex Possessionem 29. ff. de acquir. possess. cum lege Pupillus 11. ff. de acquir. rer. domin.
- 46 Reprobantur alij distinguentes, ut alia possessio sit, quæ multum facti, alia quæ multum juris habeat.
- 47 Reprobantur civilem possessionem vocantes cum juris est, & naturalem vocantes eam facti.
- 48 Probamus dari duas possessionis species, & n. 56.
- 49 Quæ sit naturalis, quæ verò civilis.
- 50 Explicatur lex Nemo 10. Cod. de acquir. possess.
- 51 Usufructuarij, coloni, & similes an possideant: & n. 52. & 53.
- 54 Usufructuario an competant interdita possessoria: & n. 55.
- 57 Explicatur quomodo possessio facti, & juris sit, & n. 62.
- 58 Quid sit possessio.
- 59 Unde dicatur.
- 60 Dilucidatur lex 3. §. Ex contrario 3. ff. de acquir. possess.
- 61 Multis modis possessio acquiritur.
- 63 Dilucidatur lex Possessio 49. ff. de acquir. possess. & num. 135. 141. 142. 143. 144. 145. & 190.
- 64 Explicatur quomodo intelligatur, quod solet dici, non possideri iure ea quorum possessionem ius non probat.
- 65 Agitur de intellectu legis peregræ, de acquir. possess. & n. 89. 90. 92. 93. 94. 95. & 97.
- 66 Thesaurus quid sit.
- 68 Cui acquiratur, explicatur universa materia, & n. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76.

- 75.76. 77.78.79. 80. 81.83. 84.85.
86.87. & 89.
- 80 Loci religiosi quomodo sint, vel non in alicuius dominio.
- 91 Res mobiles quatenus possideantur.
- 94 Quid in servis, & num. 99. 100. 101. 102. 103. 104. & 105.
- 96 Prohibitum est sepelire pecuniam ut cadaver.
- 98 Possessio non potest esse apud duos.
- 106 De possessione animalium, quæ abire, & redire solent.
- 107 Explanatur lex Liber homo §4. §. final. ff. de acquir. rer. domin. & num. 108.
- 109 Lex Ancilla, de furt. & n. 111.
- 110 Furtum non fit sine contrectatione.
- 112 Per servum fugitivum dominus possessionem, & dominium acquirit.
- 113 Interpretatur lex Si servus meus 15. ff. de publican. & n. 114.
- 115 Servus fugitivus non perdit peculium, perdit tamen illius liberam administrationem.
- 116 Agitur de intellectu legis Servi, & filij 17. §. & illud, ff. de furt. & n. 117. 118. 119. 120. 121.
- 124 Quando contra dominum servi competat noxalis actio.
- 125 Expenditur lex Servus 27. §. Servi autem, ff. ad leg. Aquil. & num. 128. Explanatur num. 129. 130. 131. & 132.
- 126 Refertur intellectus Cuiacij, & exploditur, & n. 127.
- 133 Agitur de partu ex serva fugitiva, & n. 134.
- 136 Ex quibus causis nobis acquiratur per servum, in quo solum usufructum habemus, & n. 137. & 138.
- 139 Cuius in usu servus in quo usufructum habeo, adire debeat hereditatem, & n. 140.
- 141 Fructuaris non possidet.
- 144 Per filiumfamilias non possidemus; & tamen per eum acquirimus possessionem.
- 146 Quid sit peculium, & n. 147.
- 149 In servis solum unum peculij genus est.
- 150 Quod genus peculij habeat filiusfamilias.
- 151 Quid sit peculium castrense.
- 152 Quid quasi castrense.
- 153 Duo hæc peculia possunt habere, & possidere filijfamilias.
- 154 Et possunt de illis disponere, sicuti paterfamilias.
- 155 Qua sollemnitate possent testari filijfamilias milites.
- 156 Possunt circa illud habere litem cum patre.
- 157 Quid sit peculium adventitium.
- 158 Quomodo hoc peculium ad filium, vel ad patrem pertineat; & n. 159. 160. 161. 163.
- 162 An de peculio adventitio possit filiusfamilias donationem in patrem conferre.
- 164 Numerantur casus in quibus in solidum hoc peculium ad filium pertinet; & n. 166. 167. 171. 172. 173. 174. 175. 177. & 182.
- 165 An de bonis donatis à Principe possit filiusfamilias testari.
- 168 An fratres concurrant cum patre vel matre, & n. 169. 170. 171.
- 176 Filius an teneatur conferre usufructum à patre remissum.
- 178 Si usufructus filio relinquatur, an patri acquiratur, & n. 179. 180. 181.
- 183 An necessaria sit declaratoria sententia, ut pater usufructu privetur, non confecto inventario.
- 185 An filiusfamilias possit testari de bonis adventitiis, in quibus etiam usufructus ei acquiritur.
- 186 Quid sit peculium profectitium, & n. 187.
- 188 Utrum sit profectitium illud, quod contemplatione domini, vel patris acquiratur.
- 191 Quid si pater dederit pecunias filio, & ex eis lucrum faciat.
- 192 Donatio filijfamilias à patre facta nulla est, & n. 193. 194. 197. & 198.
- 195 Et quid si adesset iuramentum, & n. 199.
- 196 Filiusfamilias est capax dotis.
- 200 Explicatur textus in l. cum hæredes 23. ff. de acquir. possess.
- 201 Utrum illius regula procedat in filio suo hærede.
- 202 Possessio utrum mortuo possessore

- retineatur per colonos.*
- 204 *An in corporalibus transeat active, vel passive.*
- 205 *Explicatur textus in l. si ea res, §. uterque 2. ff. de act. empti.*
- 206 *Materia legis Quoties 9. Cod. de rei vendicat. remissive.*
- 207 *Explicatur textus in l. 2. §. final. ff. de prec. & n. 208.*
- 209 *Servitutes possunt dari precario, improprie tamen, & n. 210.*
- 211 *Explicatur textus in l. non ideo minus 5. Cod. de liber. caus.*
- 212 *L. Bene à Zenone, Cod. de quadrien. præscript. remissive.*
- 213 *Explicatur textus in l. Nemo ambigit 10. Cod. de acquir. possess.*
- 214 *Ad acquirendum possessionem requiritur animus & factum; ad retinendam solus animus.*
- 215 *Materia hæc remissive.*
- 216 *Iterum explicatur dicta lex Nemo ambigit.*

EX supradictis autem deducitur etiam interpretatio ad textum optimum in *l. Si quis ingenuam 21. ff. de captiv.* Sed antequam illius speciem ponamus, illud prænotare omnino oportet, liberum hominem captum ab hostibus, posteaque pretio redemptum, non manere servum donec & quousque pretium à redimente datum ipse reddiderit, sed solummodo magis in causam veluti pignoris constitui, *l. 2. ibi: Magis in causam pignoris constitui, quam in servilem conditionem esse detrusi videntur: l. si liberum 11. cum duabus sequentibus. l. commercio 16. l. liber captus 17. Cod. de postlimin. revers.* bonus textus in *l. qui testamento 20. §. 1. ff. qui testam. facer.* ibi: *Verum etiam ad eum, quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.* Et *l. 2. §. si quis eum 3. iuncto §. antecedenti, ff. de liber. homin. exhibend.* Et ea ratione etiam antequam restituatur, pro eo data successionis iura sibi vindicare favore ingenuitatis potest, *l. is qui liber 19. Cod. eod. tit.* Ob eandemque rationem licet eo in tempore femina in servo conceperit, partus nihilominus

tanquam ex ingenua ingenuus nascitur, *dict. l. commercio 16. Cod. de postlimin.* Licet autem liberi hominis nullum sit commercium, ob idque non minus pignori dari non possit, *l. 1. §. si id quod dari 9. ff. de obligat. & act. l. liberi hominis 70. ff. de contrab. empt. iuncta l. sed & quod 9. l. 1. §. eam rem, ff. quæ res pignor.* ideo tamen in hac specie quasi aliud pignus valet, non quia servus ille maneat, sed quia publice interfuit ita jus constitui, ut invitarentur ditiores ad captivos liberandos; & quia non esset æquum ante pretij pro libertate hostibus dati restitutionem vindicare se in plenam libertatem, rem aliàs inestimabilem, inde effectum est, ut quasi pignoris jus in libero homine locum habeat, ut pretio exsoluto dissolvatur, *l. si pater 34. §. 1. ff. de donat. iuncta l. libertas 106 ff. de reg. jur.* Et in hoc sensu docet Ulpian. in *l. Senatus 43. §. ult. ff. de leg. 1.* eum qui ab hostibus redemptus est, legari sibi posse, non quia per hoc legatum redemptus libertatem consequatur, cum redemptis servus non sit, sicut consequitur servus, si à domino suo legatus sibi fuerit, *l. 2. Cod. de commun. serv. manumiss.* sed quia proficiat legatum ad liberationem vinculi illius quasi pignoris, quod in eo habebat qui redemerat.

His igitur sic prælibatis, jam fas est ingredi speciem textus in *dict. l. Titius ingenuam 21. in princip.* quæ sic se habet: *Titius ingenuam ab hostibus captam redemit, eam apud se habuit ut ea filios susciperet, & postea ex se natum tanquam filium naturalem cum matre manumissit.* In hac, inquam, specie docet Ulpian. ignorantiam patris & matris minimè filij ingenuitati obstare, quia cum revera ex matre ingenua natus sit, ingenuus est, *princip. Inst. de ingen. & opinata illa servitus, tam à patre, quam à matre ingenuitati non obstat; quia cum ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, id est in statu servili, nec quod postea manumissus sit: sæpissimè enim constitutum est natalibus non officere manumissionem, l. 2. Cod. de manumiss. vinct. §. final. Inst. de ingen.* Et hic est sensus illorum verborum: *Ideoque eam, quæ postli-*

minio reversa erat libera & ingenua, ingenium peperisse constat.

11 Sed dices; implicare hæc verba, quibus utitur Ulpian. dum Titium maritum vocat, ibi: *Ignorantia mariti*. Quippe si Titius maritus fuit, non potuit habere redemptam in servili statu, cum sine matrimonio non possit quis esse maritus, nec dari possit matrimonium jure civili, nisi inter liberos, Civesque Romanos, *l. cum ancillis, Cod. de incest. nupt. auth. de nupt. §. Si verò, in vers. Si verò ab initio, collat. 4. princip. Inst. de nupt.* Sed respondendum est cum Gloss. ibi, illud verbum, *mariti*, non ad realitatem & veritatem referendum esse, sed potius ad hominum opinionem: quippe credebatur Titium cum redempta matrimonium contraxisse. Ex quo ergo Titius non habuit redemptam, ut ex ea, tanquam ex uxore filios susciperet, ut sic cum ea matrimonium contraxisset, prodest illa optio, ut ei pignoris vinculum remissum intelligatur, ut in aliquo profit: & hic est sensus illorum verborum. Exinde intelligi oportet remissum matri pignoris vinculum, ex quo de ea suscipere liberos optaverat; quia ad hujus remissionem sufficit quaecunque judicium, *l. fœdissima 7. l. si is qui te 13. l. liber captus 17. Cod. de postlumin. revers.* Quod si Titius optasset ingenuam non redemptam, sed virtute militum recuperatam, cum tunc ei pignoris nexu non teneatur, sed potius illum statum quem captivitatis causâ amiserat, recipiat, utique ex illa optione legitimum resultaret matrimonium, quod ex sola consuetudine præsumitur, *l. in libera 24. ff. de rit. nupt.* Et hic est sensus ultimi versiculi, ibi: *Quod si publicè*, usque ad finem principij.

14 Explicandus etiam ex supradictis venit idem Ulpian. in *l. si patri redempto 15. ff. de captiv.* ubi si pater redemptus ante luitionem defunctus sit, posse filium eius suum hæredem existere docet, non solum si post mortem patris offerat redemptionis quantitatem, sed etiam si nihil offerat.

In priori parte transit Ulpian. sine difficultate: namque ut ex supradictis

Pars II.

visum est, redemptus si ante ab hostibus captivitatem ingenuus erat, remanet ingenuus, & solum quodam veluti pignoris nexu retinetur à redemptore, donec redemptionis suæ pretium soluat. Quare rectè ingenuo patri suus fit hæres filius; & si ipse patris redempti pretium reddiderit, dissolvet illum quasi pignoris nexum, quo pater tenebatur, cum pretium illud non solum ab ipso redempto, sed ab alio quolibet offerri, vel solui possit, *l. cum & postliminij*, ibi: *A te, vel ab alio recipere, Cod. de postlumin. revers.*

Sed in secunda parte maximam habet difficultatem: namque certi juris est, quandiu res pignoratata durat, durare etiam pignus, si pecunia soluta non sit, *l. si rem 9. §. omnis 3. ff. de pignorat. act. l. Grege 15. §. nam 5. ff. de pignorib. & hypothec. l. debitor sub pignore 59. ff. ad Treb.* Non poterit ergo jus illud pignoris finire, nisi mortuo redempto; tunc enim quasi peremptâ re pignoratâ, consequens erat ut pignoris jus in ea radicatum finiretur, ex regula legis *Is qui 45. ff. de oblig. & act. l. ex legati causa 23. cum similibus concordantibus, ff. de verbor. obligat.* Et tamen Ulpianus docet, adhuc vivente redempto jus illud pignoris extinctum fuisse, ut demonstrant verba illa, *hunc dum moritur, quasi jure pignoris finito, nactum postliminium, & sine obligatione debiti obuisse.* Illud namque instans, in quo quis moritur, magis vitæ, quam morti tribuendum esse docet textus in *l. ult. ff. de condit. instit.* Respondendum tamen est, pignus hoc non ex conventionem aliqua descendere, sed naturale prorsus esse, idest introductum ratione naturali, ut videlicet ratione illius redemptor servum sibi habeat redemptionis, quod pro redempto expendit pretium, argumento textus in *l. Julianus 13. §. offerri 8. ff. de act. empt.* Unde consequens est, ut tamdiu duret, quamdiu utile, quia luibile fuerit. Cæterum eo ipso, quod redemptus mori incipit, jam non est luibilis; quia in eo instanti luit non potest: quippe licet in instanti possit fieri oblatio solutionis, quæ vicem solutionis habeat ad conditionem adimplendam, *l. ult. ff. de condit. instit.*

stitut. l. *Arescusa* 15. in fine, ff. de stat. ho-
min. & ad redimendum hoc, de quo agi-
mus, pignus possit per alium offerri pe-
cunia, d. l. *cum & postliminij* 6 Cod. de post-
limin. reverà tamen ut redemptio effe-
ctivè consequatur, non sufficit oblatio,
sed insuper vel numeratio, vel depositio
21 requiritur, d. l. *Cum & postliminij*. l. *accep-*
tam 29. Cod. de usur. Quæ omnia sanè in
instanti illo mortis fieri non possunt.
Rectè ergo dissolvitur hoc pignus, ad-
22 huc vivente redempto; & ideo etiamsi
filius post patris mortem pretium non
offerat patri, suus erit hæres, cum extin-
cto pignoris nexu jam postliminio re-
diisse pater intelligatur. Et hanc solutio-
nem tradit Anton. Fab. in *Pap. tit. 11.*
princip. 4. illat. 3. col. *mibi* 3. ad quem lo-
23 cum se remittit *tit. 11. princip. 7. illat. 14.*
Vel potiùs dic verè quidem illud pig-
noris jus redempti morte dissolvi, quip-
pe tunc extinguitur res pignorata: sed
cum principium instantis mortis adhuc
vivente redempto fiat, licèt ipsius in-
stantis finis mors ipsa sit, ex eo Ulpian.
docet subtilius dici posse, hunc dum
moritur (quia vivens moritur, cum jam
mortuus mori non possit) quasi jure
pignoris finito nactum postliminium, &
ex eo utitur illo verbo, *quasi*, quia reve-
rà non finitur nisi morte ipsa contin-
gente. Et hic sine dubio videtur mihi
verus & germanus Ulpiani sensus in d.
l. *Si pater*.
24 Explicandus etiam ex suprascriptis
venit textus in l. *si quis prægnante* 23. ff.
de captiv. cujus hæc est species. *Titius re-*
lictæ uxore sua prægnante captus fuit ab
hostibus, & eo existente in captivitate pe-
perit uxor filium, qui postea adhuc patre
captivo uxorem duxit (idest transacto eo
tempore, quo absque patris consensu pote-
rat filiusfamilias uxorem ducere, de quo
diximus jam) ex qua filium gignit, quo ge-
nito reversus fuit avus ab hostibus. In hac
specie docet Julian. avum hunc omnia
25 jura nepotis nomine obtinere. Et fuit
ratio dubitandi, quia cum avus apud ho-
stes esset tempore quo nepos conceptus
fuit, videbatur nepotem præfactum il-
lius avi nec agnatum, nec cognatum di-
ci posse, argumento textus in l. 1. §. *Sci-*

endum 8. ibi: *Si modo mortis tempore vel*
in rebus humanis, vel saltem concepti fue-
runt, l. Titius 6. in finalib. verbis, junctæ l.
seq. ff. de suis & legitim. hæredib. l. 1. §. Si
quis proximus ei 8. ff. unde cognati, ibi:
Quia non fuit proximus cognatus ei, quo
vivo nondum animal fuerit, l. ult. ff. de
ventr. in possess. mittend. Contrarium ta- 26
men, & rectè respondet Julian. in d. l. *si*
quis prægnante, idque postliminij pote-
state; nam cum propter eam captivita-
tis memoria deleatur, semperque vi-
vens avus in civitate fuisse credatur, l.
Retro 16. ff. de captiv. cum jam sæpissi-
mè superioribus capitulis citatis, perin-
de res habetur, ac si existente avo in Ci-
vitate filius natus esset; & consequenter
habetur etiam nepos, ac si natus esset
existente avo in civitate; quapropter
avo nascitur. Et hic est sensus finalium
verborum dictæ legis *Si quis* 23. quibus 27
supplet Faber dictionem, & ita le-
git, *Ac si ei filius natus in civitate fuisset,*
dict. tit. 11. princip. 7. illat. 16.

Infertur etiam ex suprascriptis inter- 28
pretatio ad Paul. in l. *Si postliminio*, pe-
nult. ff. de captiv. In principio textus
conclusionem proponit Labeo his ver-
bis: *Si postliminio redisti, nihil dum in po-*
testate hostium fuisti usucapere potuisti.
Circa quæ verba, & circa quam conclu-
sionem advertere oportet, in utroque
sensu, in quo accipi potest, clarissimam
esse. Quippe si accipiatur conclusio eo
in sensu, ut captus ab hostibus non pos-
sit inchoare usucapionem, nullam pror- 29
sus dubitationem accipit: namque sine
possessione non potest dari usucapio, l.
sine possessione 25. l. *justo errore* 44. §. *fi-*
nal. ibi: *Cum prius esset, ut quod usucap-*
tum diceretur, possessum fore: ff. de usucap.
l. 2. Cod. de præscript. longi tempor. Non
potest autem possideri captus ab hosti-
bus, cum ab alio possideatur, l. *Sic eve-*
niet 21. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. *liber ho-*
mo 54. §. *final.* ibi: *Quia nec possidere in-* 30
telligitur qui ipse possideretur, ff. de acquir.
rer. domin. l. 1. §. Sed & per eum, ibi: Sed
nec vero domino, aut sibi acquireret, qui ab
alio possidetur: l. cum hæredes 23. §. 1. ibi:
Nec enim possunt videri aliquid possidere,
cum ipsi ab alio possideantur, ff. de acquir.
possess.

possess. Merito ergo in hoc sensu absque dubio procedit prædicta conclusio, quam optimè ponit Ulpian. *in l. ait Prætor 23. §. 1. ff. ex quibus caus. maior. & in l. qui in servitute 160. ff. de reg. jur.* ibi: *Qui in servitute est usucapere non potest; nam cum possideatur; possidere non videtur.*

Sed etiam verissima est conclusio, si accipiatur eo in sensu, ut dicamus captum ab hostibus non posse continuare usucapionem, ad illamque non restitui postliminio, etiamsi ab hostibus redeat.

31 Prioris partis illa est ratio, quia non datur usucapio sine continuata possessione, *l. 3. ibi: Per continuationem possessionis; l. naturaliter 5. l. si is qui pro emptore 15. in princip. l. possessio 20. l. nunquam 31. §. 1. ff. de usucap. l. 1. & 2. Cod. de præscript. long. tempor.* Per captivitatem verò interrumpitur, immò perditur possessio, *dict. l. si is qui pro emptore, l. qui universas 5. §. Item quod 3. ff. de acquir. possess. ibi: Aut si is qui possidet in alterius possessionem pervenit, cum alijs juribus citatis numero antecedenti.* Non potest ergo captus ab hostibus usucapionem continuare. Secundæ verò partis illa est ratio, quia possessio ex sua natura tota facti, non juris est, *l. 1. §. Si vir uxori 4. ibi: Quoniam res facti: l. possessionem 29 ibi: Quod est enim facti potest amittere ff. de acquir. possess. l. 1. §. Scævola 15. ibi: Quia facti est, & animi, ff. si is qui testam. liber esse: l. 3. §. 1. ff. de bonor. possess. ibi: Non uti rerum possessio accipienda est.* Est enim juris magis, quam corporis possessio. Quæ verba posuit Ulpian. ad discriminandam bonorum possessionem, de qua in illo titulo agitur, à rerum possessione, de qua nunc agimus, & agitur in titulo *de acquirenda possessione*; sic docens illam juris, hanc verò facti esse.

Postliminium autem jura suspendit, ut integra redeunti ab hostibus captivo referentur, *l. Illa institutio 32 §. 1. ff. de hæred. instit. dict. l. cum hæredes 23. §. 1. & ut jam supra diximus circa res facti non operatur.* Hac ergo ratione captivitate abruptur, & postliminio non restituitur, ut eleganter docet Papinian. *in dict. l. denique 19. ff. ex quib. caus. maior. dict. l. si is qui pro emptore 15. ff. de usucap. l. in bello*

12. §. facti, ff. de captiv. Concluditur ergo, non fingi postliminio captum possedisse, & usucepisse, ut explicat optimè Cuiac. *lib. 3. quæst. Papinianum in dict. l. Denique. Fab. tit. 11. princip. 8. illat. 28.*

Sed contra supradictam conclusionem, & rationem, quâ illam fulcimus illud obiici potest, quod licet quoties possessio acquiritur, seu ut DD. loquuntur, in fieri est, facti sit; cæterum tamen quoties acquisita, & in esse producta est, juris esse dicitur, prout tenent Bartol. *l. 1. num. 6. & ibidem Jason, ff. de acquir. possess. Covar. in reg. possessor. 2. part. in l. n. 3. & sic videntur in priori sensu accipienda jura supra à nobis adducta probantia possessionem quid facti esse.* In secundo verò sensu sunt plurima alia, quæ illam juris esse dicunt, vel jus appellant, ut *in l. peregrinè 44. in princip. ibi: Vis possessionis, l. possessio 49 in fine principij, ibi: Et plurimum ex iure possessio mutuetur: & in §. 1. in fine, ibi: Sed & iuris est, ff. de acquir. possess. & satis ostendit Javolen. in dict. l. cum hæres 23. ff. eodem, dum tradens omnia jura à defuncto ad hæredes transire, in possessione limitat (exceptio namque de regula esse debet,) *l. si ea res 31 §. final. ibi: Qui prior jus ejus adprehenderit, ff. de acquir. possess. l. 2 §. final. ibi: Qui possessionem corporis vel iuris adeptus est, ff. de precario, l. non ideo minus 5 ibi: Inconmissum possessionis jus obtinebis, Cod. de liber. caus. l. nemo ambigit 10. ibi: Aliam quæ iure consistit, & ibi: Super iure possessionis vacillet, Cod. de acquir. possess.* Sed in sensu supradictæ conclusionis, cum agitur de re possessa ante captivitatem, quia proponuntur termini de usucapione ccepta, agitur de possessione jam in esse producta: ergo si in hoc sensu juris est, utique rectè suspendi, & restitui postliminij fictione potest, ac proinde sequitur suspendi & restitui posse usucapionem.*

Pro solutione hujus difficultatis dicendum est, minimè Nos admittere distinctionem Bart. & sequacium distinguendum inter possessionem in fieri, ut tunc facti sit; & in facto esse, ut tunc sit juris: quia admittens tali distinctione inextricabilis est supradicta difficultas, &

39 convincitur manifestè ex d.l. denique 19. ff. ex quibus caus. maior l. in bello 12. §. facti 2. ff. de captiv. Quæ jura cum possessionem facti esse affirmant, non de adquirenda, sed de jam acquisita, & in esse producta tractant, cum de illius interruptione, vel amissione loquantur. Interrumpi autem, aut amitti, nisi quæ jam acquisita sit, non posse, satis ad oculos constat: quod idem probat textus
 40 optimus in l. possessionem 29. ff. de acquir. possess. ibi: Quod enim facti est, potest amittere. Ubi verbum, amittere, supponit Jureconsultum tractare de possessione jam in facto esse producta. Cui ne obstat textus in l. Pupillus 11. ff. de acquir. rer. domin. ultra Gloss. in dictis juribus,
 41 & in §. nunc admonendi, verbo Illam, Inst. quibus alienar. licet vel non, videndus est Pichard. in d. §. Nunc admonendi, num. 7. Cuiac. in recit. ad tit. ff. de acquir. possess. in dict. l. possessionem: ubi etiam de explicatione legis 2. §. Si à pupillo, ff. pro emptor. post gloss. ibi: & adiunge etiam Donel. lib. 1. comment. cap. 21. vers. de compendijs: & l. 5. c. 15. vers. Hæc in his. Et quod pos-
 42 sessio licet jam in facto esse producta, facti sit, & facti dicatur, satis etiam probare videtur textus in l. 1. §. si vir uxori 4. & §. antecedenti, ff. de acquir. possess. probaturque ratione, quia nemo facto
 43 suo jus nostrum nobis auferre, aut minuire potest, putà rem nostram subripiendo, contrectando, vendendo, tradendove: manet integrum nihilominus & dominium, & pignus, & si quod aliud jus nostrum fuit in re ablata, l. soluendo 39. ff. de negot. gest. l. debitorem 15. Cod. de pignoribus & hypothec. l. nec filius 7. Cod. de reb. credit. Atqui unusquisque re subrepta, & erepta eo facto statim possidere desinit; quæ tamen possessio jam erat in esse producta, & in facto esse, l. possideri 3. §. si rem 18. l. rem quæ nobis 15. ff. de acquir. possess. Sequitur ergo quod posses-
 44 sio etiam in facto esse, & jam producta, non juris, sed potius facti est. Ulterius nemo ideo rei suæ dominium amittit, quia res fortè ita excedit, ut non inveniat, putà quia decidit in flumen, aut decidit ex curru; dominium enim jus est, quod semel quæsitum manet etiamsi

res nostras, atque ideo jus nostrum ignoremus, §. ult. Inst. de rer. divis. Contra his factis statim possessio, etiam jam producta, & in facto esse, amittitur dict. l. 3. §. Nerua filius 13. ff. de acquir. possess. Non ergo juris, sed potius facti est dicta possessio. Explicat optimè Donel. l. 5. c. 6. à
 45 vers. Si possidere, ubi Osuald. lit. P. Cuiac. ad tit. ff. de acquir. possess. in l. 1. §. si vir uxori. Giphani. ibid. & in l. cum hæredes 23. §. 1. ff. de acquir. possess. Petr. Gregor. lib. 1. syntagm. c. 13. Anton. Fab. in rat. ad tit. ff. ex quibus caus. maior. in dict. l. denique, Pichard. ad tit. Inst. de interd. art. 2. à n. 47. cum sequentibus.

Deinde non admittimus sententiam
 46 Accursij in dict. l. denique, gloss. penult. & in d. l. Possessio: ejusdem Bart. in l. si is qui pro emptore 15. à n. 9. cum seq. ff. de usucap. nec Jasonis ibid. n. 2. distinguunt um, ut alia sit quæ multum facti, & multum juris habeat, qualem dicunt esse eam, quæ per procuratorem & servum ex causa non peculiari acquiritur; alia verò, quæ multum juris, & parum facti habet, qualem dicunt esse, quæ ex causa peculiari per filios, & servos quæritur: quippe cum possidere sit sibi rem habere, vel cum animo sibi possidendi retinere, ut eleganter explicat Valenc. lib. 1. illustr. tract. 2. c. 2. à n. 14. nulla enim potest esse possessio, quæ non plurimum facti habeat; nulla item, quæ non plurimum juris, cum dominia omnia, vel ex jure gentium sint, vel civili: unde ex possessione tot resultant juris effectus.

Rejicimus etiam opinionem Alciati
 47 in tract. de quinquen. præscript. Petr. Gregor. l. 1. syntagm. cap. 13. Varon. l. 2. declarat. c. 33 Cuiac. ad tit. Cod. de acquir. possess. & l. 3. quæst. Papiniani, in dict. l. Denique, Fachin. lib. 8. controvers. c. 5. civilem possessionem à naturali distinguunt, ut illa juris, hæc facti sit: quippe quod
 48 licet has duas possessionis species admittamus, civilem nempe, & naturalem (quidquid alij non admittant citati per Osuald. ad Donel. l. 5. c. 7. lit. P.) propter jura expressa, quæ de illis mentionem faciunt in l. in hac actione 3. §. final. circa finem, ff. ad exhibend. l. 2. §. 1. ff. pro hærede, l. 1. §. Dejicitur 9. ff. de vi, & vi armat.

mat. l. quod servus 24. ff. de acquir. possess. l. stipulatio ista 38. §. hęc quoque 7. ff. de verbor. obligat. & satis duas esse possessionis species demonstrent Consulti in l. quemadmodum 8. ibi: Nulla possessio. ff. de acquir. possess. & in l. non solum 33. §. quod vulgò, ff. de usucap. ibi: Nullam possessionem habet; non tamen admittimus civilem possessionem eam dici, quam animo cuius retinet, naturalem verò cui corpore insistitur; sed potius civilem possessionem justam, sive bona fide apprehensam dicimus; naturalem verò injustam, sive mala fide apprehensam appellamus, ut eleganter probant jura in l. 3. §. ex contrario, & in §. vel etiam 22. ff. de acquir. possess. ibi: Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide, aut non bona fide: l. duo 19. in princip. ff. de precario; satisque colligitur ex l. quod servus 24. ff. de acquir. possess. ubi Labeo civilem possessionem justam appellavit, injustam autem naturalis seu corporalis appellatione explicuit, cum eam ex maleficijs apprehensam affirmet. Non est igitur civilis possessio ea, quę solo animo retinetur; naturalis verò, quę tenetur corpore, ut si quis cum peregrinè profectus esset, nemine in fundo relicto, sic tamen ut nollet amittere possessionem, is civiliter possideat: si quis autem in possessione fundi esset, vel per se, vel per alios, is possidet naturaliter, ad textum in l. clam. possidere 6. §. qui ad nunamas, l. si id quod 25. §. 1. & 2. ff. de acquir. possess. prout vulgò notatur ad l. nemo, Cod. de acquir. possess. traduntque in expresse Alciat. in l. questio, ff. de verbor. significat. Duaren. l. 1. disputat. c. 8. & ad l. 1. ff. de acquir. possess. cap. 1. & ad l. 1. eod. tit. Pac. quest. c. 1. Hottoman. lib. 1. observ. 1. quippe quod possessio quę tenetur corpore, & ea quę retinetur animo, non sunt species diversę, sed una & eadem possessio. Neque enim qui corpore est in fundo, & naturaliter possidet, si is postea è fundo exeat, nanciscitur novam possessionem, sed eam ipsam, quam prius habebat, animo retinet; unde & prior retineri dicitur, non nova acquiri.

45
46
47
48
50

sessionis duplicem esse rationem; nam ratio possessionis ibi non significat speciem, sed modum possidendi, ut est usus Latinorum; quo modo dicta est ratio obtinendę possessionis in dict. l. clam possidere 6. in princip. & apparet ex illo Ciceronis: *Omnis honesta est ratio expediendę salutis.*

Neque etiam accomodata sunt exempla ad discernendas has duas possessionis species, civilis & naturalis, si dicas civilem possessionem eam esse, quę sine aliqua insistentia retinetur animo; naturalem verò, cui insistitur: sicut naturalis possessio dicitur usufructuarij, coloni, & ceterorum, qui rei incumbunt, dict. l. 2. §. 1. ff. pro herede, l. 3. §. ult. cum l. seq. ff. §. 1. ad exhibend. & quod hęc personę dicantur naturaliter possidere, constat ex l. naturaliter 12. in princip. l. possessio 49. in principio (quibus in locis de usufructuario agitur) ff. de acquir. possess. l. & habet 15. §. eum qui 4. ff. de precario: ubi precario rogantem, nancisci possessionem non esse dubium, docet Pompon. l. cum unus 7. §. neque colonis 11. ff. commun. divid. ubi loquens Ulpianus de colonis & depositario, addit hęc verba: *Quamvis naturaliter possideant, l. videamus 38. §. si possessionem 10. ff. de usur.* ubi iterum de depositario, & commodatario agitur. Nam quando naturaliter prædictę personę possidere dicuntur, ad factum tantum tenendi illud refertur, argumento textus in l. Si quis in gravi 3. §. aptare 19. ff. ad Syllan. quę detentio & insistentia à civili possessione aliquando distinguitur, dict. l. 3. in fine, ff. ad exhib. dict. l. 2. §. 1. ff. pro herede, dict. l. stipulatio ista 8. §. hęc quoque, ff. de verbor. obligat. non sanè quasi ista detentio seu insistentia diversam possessionis speciem constituent, sed quia diversum quid sit. Non respiciunt ergo præfata jura ad veram aliquam possessionem, quā omnino carent prædictę personę, cum non sibi, sed alijs possideant, & ille possidere dicatur, cujus nomine possidetur, l. quod meo 8. in princip. ff. de acquir. possess. Reinol. observ. 18. ideoque in illis nullam possessionis speciem locum habere, rectè scripsit Consult. in l. acquiritur 10. §. ult. ff. de acquir.

quir. rer. domin. l. non solum 33. §. 1. vers. cum hac, ff. de usucap. l. certu 6. §. is qui rogavit, ff. de precar. §. placet 5. vers. Fructuarus, Inst. per quas person. probaturque manifestè ex l. 1. §. dejicitur 9. & §. denique 10. & §. quod servus 22. ff. de vi & vi arm. quibus locis cum scribunt Consulti, illum dejici de possessione, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; quia etiam naturalis possessio ad interdictum illud proficiat, ideoque mulierem in re à marito donata interdictum habere, quamvis possessio illius injusta sit, atque colonum, & servum, qui alieno nomine possident, interdicto unde vi experiri non posse, ex eoque demonstrant prædictas personas non habere ullam, nec naturalem quidem possessionem, quam ad interdictum proficere scripserant, quando viro usufructuario dicitur interdictum unde vi, & uti possidetis, competere, in l. idem est 3. §. unde vi 13. & §. qui ususfruct. 14. ff. de vi, & vi armat. & in l. ult. ff. uti possidet. id intelligendum prorsus erit non respectivè ad possessionem fundi retinendam, vel recuperandam, quam nec habet, nec unquam habuit usufructuarius; sed ad ipsam ususfructus possessionem, quam habere fatemur. Et diversitatis ea est ratio, quia quamvis fundum domino, non sibi possideant, usumfructum tamen sibi, non domino possident, argumento textus in l. Quod ait Prætor 7. ff. quorum legator, & hæc est vera hujus textus mens, quam tradit Valenc. lib. 1. illustr. tract. 2. c. 3. n. 10. omiſſis quæ tradit Donel. lib. 15. comment. c. 33. vers. interdictum autem.

55 Pro latiori verò hujus textus intelligentia vibebis Menoch. de recuper. remedio 1. q. 5. à n. 69. cum seqq. & de retinend. remed. 3. q. 8. à n. 70. cum seqq. Castil. de usufruct. cap. 5. à n. 28. Gratian. 2. tom c. 311. Cavebis tamen in multis ab illorum doctrinis, quæ nobiscum pugnant; quæ enim in his numeris scripta sunt, in Jurconsultorum expressis responsis allegatis fundantur.

56 Sed ut redeamus unde digressi fuimus, sequitur quod licet admittamus, prout admitti debet, communem distinctionem, & divisionem possessionis in civi-

lem & naturalem, prout admittunt Donel. l. 5. c. 7. Cuiac. l. 27. observ. c. 7 & l. 9. cap. 33. Anton. Fab. 2. tom. rational. in l. officium 9. ff. de rei vindicat. Valenc. qui ultra hos alios citat l. 1. illustr. tract. 2. cap. 3. num. 2. quamvis in explicando varient, tradit etiam Valasc. de jure emphyteut. question. 8. à n. 5. videndus Pichard. ad tit. Inst. de interdict. tit. 4. à n. 29. usque ad num. 109. non evadimus tamen difficultatem supradictam distinguendo inter possessionem civilem ut illam juris dicamus; & naturalem, ut illam facti appellemus.

Dicendum ergo existimamus, possessionem à facto incipere, factique esse, & ex facto totam æstimari, quantum ad propriam suam naturam & substantiam pertinet, l. Denique 19. ff. ex quibus caus. maior. dict. l. 1. §. si furiosus, & §. si vir uxori, dict. l. possessionem 29. ff. de acquir. possess. dict. l. 1. §. Scævola, ff. si is qui testam liber esse juss. dict. l. in bello 12. §. facti, ff. de captiv. cum similibus: quippe possidere nihil aliud est, quàm rem tenere, & in ea sedere, ideoque vel à pedibus appellatur, qui naturaliter tenentur ab eo qui eis insistit, ut ex Labeone refert Paul. in l. 1. in princip. ff. de acquir. possess. secundum vulgarem lectionem; vel à sedibus, quasi sedium positio, prout in Pandectis Florentinis legitur: quo utroque modo dici solet à Prudentibus, quod tam una, quàm altera notatio, seu allusio nominis denotet possessionem sessionis, incubationis, aut insistentiæ; constat enim quod tam detinet qui sedet, quàm qui insistit; constatque ex l. quod meo 18. §. si venditorem 2 ff. de acquir. possess. ibi: Non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire. In quibus juribus alluditur ad pedum positionem: ad alteram verò notam, quatenus à sedibus dicitur, respiciunt Consulti in l. si eum 28. §. ult. ff. de fideicom. libert. ibi: Namque eos, qui apud sedes suas, & domicilium sunt, &c. l. 1. ff. de Decur. ibi: Quos sedibus civitatis, &c. l. in lege censoria 203. ff. de verbor. obligat. ibi: Ubi quisque sedes, & tabulas haberet. Quibus in locis sedes pro

pro domicilio, vel possessione accipiuntur. Et quia utraque notatione, seu allusione notatur possessio, merito Paul. in l. 3. §. ex contrario 5. ff. de acquir. possess. argumentatur ab eis ad probandum duos in solidum eandem rem possidere non posse, ibi: *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut in stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, in sedere videaris.* Ad allusionem possessionis sumptam à pedibus, alludit Cicer. *Philipp. 3. Hodierno* (inquit) *die, Patres Conscripti, in possessionem libertatis pedem ponimus.* Et Pindar. in *Phæd. od. 4.* ibi: *Aiunt autem hoc esse molestissimum præclarè scientem cogi necessitate extrà habere pedem.* Ad alteram verò allusionem à sedibus dictam Virgil. *lib. 1. Aneid.*

Hic tamen ille urbem Patavi, sedesque locavit.

Et Ovid. *de tristib. lib. 4. eleg. 1.*

Hic ergo sollicitæ jaceo novus incola sedis.

Et Sueton. *in August. cap. 28. In sua sede Remp. sistere.*

Notabis tamen, quod quamvis his duobus modis, pedibus, & sedibus possessio frequentius acquiratur, non utique excluduntur alij, cum & oculorum aspectu, & clavium traditione, aliisque factis possessio acquiratur, l. 1. §. si jusserim 21. l. quod meo 18. §. si venditorem, l. interdum 21. in fine, l. quarumdam 11. l. penult. §. ult. ff. de acquir. possess. l. si ergo 9. §. ult. ff. de jur. dot. l. clavibus 74. ff. de contr. tempt. l. quod si neque 14. §. 1. ff. de peric. & comm. d. rei vend. l. pecuniam 79. ff. de solut. l. 1. Cod. de donat. juncto §. ex his, Inst. per quas person. l. 1. Cod. de crimin. expilat. hæredit. videndique sunt pro explicatione Donel. *lib. 5. comment. cap. 9.* Gilken. *de præscript. part. 2. memb. 3. cap. 1. n. 11.* Cujac. *lib. 1. de finit. Papinian. in dict. l. clavibus,* Giphani. *in l. 1. §. si jusserim, ff. de acquir. possess. de quibus Nos forens. cap. 5. n. 72. & seqq.*

Sed quamvis possessio jure quidem à facto incipiat, totaque facti sit, & ex facto tota æstimetur, quantum ad propriam suam naturam & substantiam pertinet, habet tamen plurimum juris

quoad effectus ex ipsa promanantes. Et hoc respectu, cum ex possessione multa profluant jure civili commoda, juris dicitur, seu jus possessionis, *dict. l. peregrin. 44. in princip. ff. de acquir. possess. dict. l. si ea res 31 §. final. ff. de act. empti, dict. l. non ideo minus 5. Cod. de liber. caus. dict. l. Nemo ambigit 10 Cod. de acquir. & retin. possess.* Verum cum id extrinsecum possessioni sit, & illius naturæ extraneum, & ad unum mutuatum à jure dicitur *in dict. l. 63 possessio 49. ff. de acquir. possess.* in jam repetitis verbis, eo quod plurimum à jure possessio mutuatur, id est mutuatur à jure illud, quod juris in ea est; mutuari enim idem est atque sumere aliunde. Cicer. *de nat. Deor. Mutuemur hoc quoque verbum, dicaturque tam æther latinè, quam dicitur aer.* Et *de Orat. Ab academicis subtilitatem ingenij mutuatur cuncta.* Alæ ejusdem Ciceronis autoritate *3. de Orat. translationes, quasi mutuationes sunt, cum qui non habeas, aliunde sumas.* Et hoc respectu dicimus etiam non possideri personas illas, quarum possessio jus non probat, hoc est quarum possessioni mutuos suos non dat effectus, *l. stipulatio ista 38. §. hæc quoque 7. ff. de verbor. obligat. l. Si eum qui 26 ff. de donat. inter* Et sanè si attentè legatur, ita docet Donel. *dict. lib. 5. dict. cap. 6. maxime vers. Proferentur etiam:* videturque tenere Pichard. *ubi supra, à n. 74.* sed expressius tenuit acutissimus Anton. Fab. *in rat. in dict. l. Denique, & post eum cum multis Valenc. tom. 1. Illustr. tract. 2. c. 2. n. 41. & tract. 3. c. 11. n. 7.* in hoc quoque sensu admitti potest sententia Corrasij *in rub. ad tit. ff. de acquir. hæredit. num. 3.* Everard. Bronchorst. *enantioph. cent. 3. assert. 93.* afferentium possessionem mixtam esse partim facti, partim juris, ut nempe intelligatur, non quod secundum suam naturam, & essentiam juris aliquid habeat possessio, sed quod propter effectus à jure tributos, & à jure per eam mutuatos partem juris dicatur habere.

Quamvis autem ex suprascriptis satis colligatur solutio ad jura supra adducta à n. 36. quibus moventur DD. ibi citati ad docendum possessionem in facto jam

productam juris esse, nihilominus tamen per ea discurremus, ut nostra sententia ex toto firma remaneat. Ad textum ergo *in dict. l. peregrè, in princip.* ut congruenter respondeatur, præsupponendum est, non loqui ibi Papinian. de thesauro propriè dicto, quia thesaurus propriè dicitur vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat, *l. nunquam 31. §. 1. ff. de acquir. rer. domin.* vel ut Damhauder. definit *6. variar.* Thesaurus est depositiva pecunia, quæ longâ vetustate competentes dominos amittit. Et brevius Gratian. immemorialis pecuniæ depositio: vel potius, ut meliùs definiuit Imperat. Leo *in l. 1. Cod. de thesaur. lib. 10.* condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia. Et hujus thesauri dominus, aut possessor nullus est, sed potest acquiri ei, qui cum invenit: dominium enim acquirit qui invenerit, & possessionem jure gentium acquirit, *67 d. l. nunquam 31. §. 1. & quasi divino munere, ut ait dicta lex 1. Cod. de thesaur. lib. 10.* fortunæ dono, ut ait *lex is qui 63. §. 1. ff. de acquir. rer. domin.* hac scilicet distinctione, ut si quis thesaurum loco suo invenerit, semper fiat ejus, sive cum quæsitum invenerit, sive casu; & fit illius totus, non aliter tamen, quàm si loco motus sit, idest occupatus, *l. possideri 3. §. Neratius, ff. de acquir. possess.* quod quidem per textum hunc verissimum est, & tenet Gomez *in l. 45. Tauri, à n. 47. Barb. in l. divortio 8. §. si fundum, à n. 34. vers. Secunda limitatio, ubi rectè expendit dictum §. Neratius: Farinac. de var. ac divex. quest. q. 104. n. 26 Donel. lib. 4. c. 14. vers. Sed satis est: & probat etiam textus in d. l. peregrè, ibi: Non aliàs possiderim, quàm si ipsius rei possessionem super terram adeptus fuissim.* Et *in l. thesauris 15. ff. ad exhib. ibi: Cum eum loco non moveris, tenetque etiam Cuiac. in recitat. ad tit. ff. de acq. poss. ff. in d. §. Neratius, ubi optime explicat Castil. lib. 7. c. 41. n. 109. quidquid dicat Valasc. q. 15. n. 24. Gratian. c. 452. n. 24.* Tantùm magicæ artes ad thesaurum inveniendum prohibentur, *dict. l. unice. C. de thesaur. lib. 10.* immò si quis illis utatur, totus ab eo per-

fiscum, tanquam ab indigno aufertur, *l. 1. ff. de jur. fisc. juncta gloss. Arte, in d. l. 69 unica.* Sin verò in alieno invenerit, si quidem casu, dum quis fortè arat, aut aliquid operis in eo facit, hujus etiam inventientis, & occupantis fit, non tamen in solidum, sed pro dimidia tantùm parte; altera verò dimidia domino prædij acquiritur, *§. thesaurus 39. Inst. de rer. divij. d. l. unice. Cod. de thesaur. lib. 10. & comprobatur etiam textus in l. divortio, §. si fundum, ff. solut. matrim.* Quod si data operâ thesaurus in loco alieno inventus fuerit, idest si quis in alieno thesaurum fuerit scrutatus, totus domino loci reddendus est, *dict. l. unica, Cod. de thesaur. lib. 10.* immò nec volente domino in alieno agro thesaurum quærere licitum est, *dict. l. vica, Cod. de thesaur. lib. 10.* ibi: *Immò nec volentibus, nec ignorantibus dominus opes abditas suo nomine perscrutari.* Quid verò juris sit, si de facto volente domino id fiat, satis aperit textus *in dict. l. unica, in illis verbis: Aut præter hujus legis tenorem in alieno loco thesaurum scrutatus invenerit, totum locorum domino reddere compellatur, & velut temerator legis saluberrimè puniatur.* Cùm enim à principio statuisset Imperator, quod nemo, etiam volentibus dominis opes abditas in alieno fundo perscrutaretur, & postea in supradictis verbis normam præbeat circa acquisitionem præfati thesauri, utique decrevisse dicendum est, quod in præfato casu totus thesaurus domino acquireretur; ipse verò inventor extra ordinem puniretur. Et ita tradit Gomez *in dict. l. 45. Tauri, n. 51. vers. Secunda conclusio. Farinac. dict. q. 104. n. 5. & pro ratione ob quam nec volente domino id permissum sit, videndus Valasc. dict. q. 15. n. 7. ubi optimè. Ripol. de regalib. cap. 16. n. 43. Barbof. in dict. l. Maritus 8. §. si fundum, n. 39. ubi omninò videndus. Larrea 1. tom. dec. 44. n. 22. & 23. Osuald. ad Donel. lib. 4. cap. 14. lit. F.* Quid verò si ultra industriam & scrutationem artes magicæ adhibeantur? Distingues. Aut solummodo ab inventore adiciuntur, aut etiam à domino agri, qui sciens eas adhiberi, haud reuuit. In priori casu totus thesaurus domino acquiri-

quiritur, quia si ei acquiritur data opera ab inventore, à fortiori cum ultra industriam & operam prohibita artes adhibentur: neque tunc fiscus locum habere potest, quia totus thesaurus jam acquisitus est ob industriam, & operam inventoris. Nihil ergo adversus hanc domino acquisitionem predictarum artium magicarum additamentum operabitur. Et ita licet Nostri non tradant, tradunt tamen Less. lib. 2. cap. 5. num. 66. Bonacin. tom. 2. de restit. in genere, disput. 1. quest. 3. punct. 6. n. 6. vers. dixi. In secundo verò casu totus thesaurus à domino tanquam ab indigno eripietur; hæc enim pœna imponitur artibus magicis utentibus, l. 1. ff. de jur. fisc. Cùm enim aliàs eo in casu totus thesaurus domino esset acquirendus, cùm inventor ob solam industriam, & ob scrutationem nihil in eo habere possit, rectè totus thesaurus à domino, tanquam ab indigno eripitur; nihil enim habet fiscus, quod tunc ab inventore eripiat, nisi solam criminis punitionem, de qua in l. nemo, & ferè per totum Cod. de malific. & mathem.

74 Quod si thesaurus in loco publico, vel Cæsaris, civitatis, aut fisci inventus fuerit, sic etiam distinguere debes, ut si fortuito casu inveniatur, similiter pro dimidia ad inventorem, pro altera verò dimidia ad fiscum, civitatem, aut Cæsarem loci dominos pertineat, dict. §. thesauros 39 Inst. de rer. divis. dict. l. unica, Cod. de thesaur. lib. 10. Hi enim loci non minùs alieni respectu inventoris sunt, quàm alij privati, in quibus dicta lex unica illam statuit distinctionem. Et eadem ratione, si data operâ, adhibitaque industriâ quis in præfatis locis thesaurum invenerit, totus civitati, Cæsari, aut fisco acquiretur, nihilque inventori.

75 Difficile tamen est valdè resolvere, quid sit dicendum, si thesaurus in locis sacris, religiosive fuerit inventus? Quippe Callistrat. in l. non intelligitur 3. §. si in locis 10. ff. de jur. fisci, expressè dimidiam inventori partem tribuit, alteram verò fisco; æquiparat enim ibi thesaurum inventum in dictis locis, ac si in locis fiscalibus, vel Cæsaris adin-

ventus fuisset, & ita ex rescripto Divorum fratrum constitutum fuisse refert. Quod tamen intelligendum est, dummodo non data operâ adinveniretur; tunc namque totus ad fiscum pertinebit, ut est textus clarus in cap. 1. in fine, quæ sint regalia in usib. feudor. ibi: Et dimidium thesauri in loco Cæsaris inventi, non datâ operâ totum ad eum pertineat.

Cæterum Justian. Imper. in dict. §. thesauros 39. etiam expressè decidit, thesaurum fortuito casu inventum in locis sacris, & religiosis in totum inventori cedere, ut constat ex illis verbis: *Thesauros quos quis in loco suo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit; idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit.*

Pro solutione horum jurium multa dicunt DD. post Gloss. in utroque loco, Feudistæ in dict. cap. 1. Gomez in dict. l. 45. Tauri, n. 52. Garc. de expens. post Alciat. per eum relatum c. 22. n. 56 Peregrin. de jure fisc. l. 4. tit. 2. n. 6. & 7. per totum, Ripol. de regalib. c. 16. n. 53. Barb. in dict. §. ult. à n. 2. Menoch. & Barb. in dict. §. si fundum, à n. 42. usque ad n. 49. Covar. in reg. peccatum, 3 part. §. ult. à n. 2. Menoch. lib. 5. præsumpt. 30. n. 8. vers. Si verò inventus. Farinac. dict. q. 104. à n. 10. Molin. de just. tract. 2. disput. 56. n. 5. Pichard. in dict. §. Thesauros, n. 2. vers. Cui difficultati, Donel. lib. 4. cap. 14. vers. Secunda differentia est à regula, quæ situm est de thesauro: & ibi Osuald. lit. F. Cuiac. lib. 9. observ. c. 37. col. mibi 4. in vers. Nec faciliores, & in comment. ad tit. ff. de jur. fisc. in dict. l. 3. & in dict. §. si in locis, Castil. dict. cap. 41. n. 111.

78 Sed inter multas quas DD. suprascriptis locis advertunt, illa melior, & solidior, veriorque mihi videtur solutio, quod dictus §. Thesauros, probet thesaurum repertum in loco sacro, vel religioso in totum inventoris fieri. Et quidem quoad inventum in loco sacro nulla lex contradicit: nam si benè legatur dicta lex 3. §. final. ff. de jure fisc. & in dict. cap. unic. in fine, quæ sint regalia, tantùm loquuntur de thesauro invento in loco religioso, juxta quæ dicendum uti-

que est, quod si in loco sacro thesaurus inveniatur, in totum erit inventoris, ut est expressum *in dict. §. thesauros*. Et ratio est, quia attentâ ratione naturali thesaurus totus debebat acquiri inventori, & tantum propter sedandas discordias inter inventorem, & dominum fundi, jus civile dimidium thesauri concessit domino, ut probant supradicta jura, maximè dicta lex unica, *Cod. de thesaur. lib. 10.* traduntque ferè omnes DD. suprà citati de hac materia tractantes. Cum igitur locus sacer non sit in dominio alicujus, cessat prædicta ratio, & ideò totus thesaurus conceditur inventori.

80 Et qua ratione colliges meritò Bald. *in §. Lapilli, in fine, Inst. de rer. divis.* tradidisse thesaurum inventum in locis publicis, qui non sunt in alicujus bonis, veluti in plateis, & vijs publicis, in totum acquiri inventori. Et idem tenet Covar. *ubi suprà, num. 3. ad medium*, & alij relati, & sequuti per Barb. *ubi etiam suprà, num. 44.* quidquid repugnet Peregrin. *d. tit. 3. n. 8.*

81 Quapropter tota difficultas, & controversia remanet circa thesaurum inventum in loco religioso; nam dictus §. *thesauros*, probat in totum acquiri inventori: at verò dicta lex 3. §. *final. & dict. cap. unic.* probat pro dimidio acquiri fisco. Sed dicendum pro concordia est, quod si quis reperiat thesaurum in loco religioso, in quo habeat jus sepulchri, in totum ei acquiritur: & ita procedit textus *in dict. §. thesauros*. Sin autem reperiat in loco religioso, sive is sit in loco publico, sive certè sit ille religiosus locus alterius privati, tunc dimidium sit inventoris, dimidium verò fisci; & ita procedit textus *in d. §. final. & in d. cap. unico.*

82 Et ratio differentia in hac specie est inter locum sacrum & religiosum, quia loca sacra non solum non sunt in alicujus bonis, sed etiam neque ullum jus privatum in illis haberi potest, cum publici juris esse censeantur, *l. 1. §. hujus studij, ff. de just. & jur.* Loca autem religiosa, licet non sint in alicujus bonis, §. *nullius, Inst. de rer. divis.* id tamen intelligendum est quoad proprietatem; nam

quoad usum, id est jus sepeliendi, sunt in bonis privatorum, *l. familiaria 5. & seq. ff. de religios. l. sepulchrum 4. l. jus sepulchri 13. Cod. eod. tit.* de qua re videndus optimè Molin. *lib. 1. cap. 24. à n. 12.* cum sequentibus, & ad pulchrum casum in practica contingentem Phœb. *1. part. dec. 8.* Meritò ergo ex his resultat, quod si quis reperiat thesaurum in loco religioso, in quo habeat jus sepulchri, thesaurus in totum ei acquiratur; nam cum tunc quoad dominium non sit in alienis bonis, & sepulchrum quoad usum sit suum, rectè in totum ei quæritur thesaurus. In secundo verò casu cum prædictum jus competens habenti jus sepulchri non sit dominium, & dimidium tantum domino rei, in qua reperitur thesaurus, jubeat præstari dictus §. *thesaurus*, habenti jus sepulchri dimidium dandum non est, ac ob id tanquam in dominio vacante quoad partem fisco succedit, argumento tituli Codicis *de bon. vacante. lib. 10.* Quæ ratio à fortiori procedit, sit in loco publico religiosus sit locus; & ita conciliat eleganter Barb. *ubi suprà*, & videtur sentire Osuald. *ad Donel. dict. lit. F.* quod procedit etiam hodie, licet thesaurus in loco publico, vel religioso inveniatur, ut rectè tenet, & contrarijs respondet Barb. *ubi proximè, n. 46. & 47.* videndusque Cabed. *2. part. dec. 56. in arrest. ultim.* quidquid dicant relati per eundem Barb. *dict. n. 46.* docentes non fisco sæculari, sed Ecclesiæ Prælato dimidium illud esse applicandum: quibus addendi sunt Ripol. *dict. cap. 16. n. 55.* Farinac. *d. q. 104. n. 12.* Bonac. *ubi proximè, n. 5.* Peregrin. *ubi suprà, n. 7. vers. Verum: Guttierrez practicar. lib. 4. q. 36. n. 47.* Castil. *d. cap. 41 num. 111. vers. Et eandem.*

Quæ tamen de thesauris diximus inventis in locis sacris, vel religiosis, intelliguntur si fortuitò, & non datâ operâ inventi fuerint, aliter in nihilum inventori cedent, sed potiùs in totum fisco, ut probat Barb. *suprà, n. 47. vers. ad complementum.* Ripol. *num. 55.* Peregrin. *num. 7.* & alij relati per Farinac. *ubi suprà n. 12.*

An verò hodie consuetudo aliquid introduxerit circa thesauri inventionem

83
87
88
nem diversum à supradictis, & maxime an Principi totus acquirendus sit? Vide Barb. *suprà*, n. final. Farin. n. 32. Molin. Theologum n. 10. *vers. Paludanus*, Bonacin. num. 1. *vers. final. Castil. dict. c. 41. n. 113.* & universam materiam ad hanc rem pertinentem perlucidè videbis explicatam, quin quæstio aliqua sit prætermissa apud DD. quos citatos relinquimus per discursum numerorum, in quibus de thesauri inventione, & acquisitione sermonem habuimus, & ponimus jam finem huic rei, ut iterum redeamus ad locum, à quo digressi fuimus, nempe ad explicationem textus *in dict. l. peregrè 44. in princip. ff. de acquir. posses.*

89
i 84
s
85
accipitur in hoc loco thesaurus improprie, pro pecunia nempe à domino præsidij, vel custodia gratià seposita, & recondita, cujus idem manet dominus, & possessor, qui condit, adeo ut eâ subreptâ ei competat actio furti, aut vis bonorum raptorum, & condictio furtiva, & rei vindicatio, & actio ad exhibendum, ut accipitur etiam thesaurus improprie *in l. nunquam 31. §. 1. in vers. alioquin. ff. de acquir. rer. domin. l. thesaurus 15. ff. ad exhib. l. à tutore 67. ff. de rei vindicat.* nec quicquam interest in suo quis suam pecuniam condiderit, an in alieno: nam etsi in alieno loco condiderit, ejus dominium retinet & possessionem, ut probant supradicta jura.

90
e
hoc supposito fuit quæstio hujus legis, an ejus thesauri possessor esse desinat, qui condiderit, si peregrè profecturus condiderit, & reversus locum quò condidit, memoriâ non repetat, non recognoscat. Et rursus quæsitum fuit, si postea locum agnoverit, an denuò amissam possessionem recipiat?

Et quidem ea videtur fuisse dubitandi ratio, quia res mobiles eatenus possidemus, quatenus sub custodia nostra sunt, idest quatenus eas apprehendere possumus, ut cernere licet in exemplo pecudis mei, quod aberravit: nam quamvis non desinam esse dominus bovis aberrantis, quâ ratione ejus fit furtum, si quis eum interciderit aberrantem, *l. 1. §. 1. ff. de abig. cum tamen non possum dici possidere, l. 3. §. Nerua 13. ff. de acquir.*

posses. Et similiter feras bestias, quæ sunt in sylva mea desino possidere, quoniam sunt in naturali libertate, nec aliter eas possidere intelligor, quàm si incluserim eas in vivarijs; eas autem, quæ vagantur in sylvis nostris, non possidemus, quamvis earum domini simus: quemadmodum pisces, qui sunt in stagno nostro non possidemus, licet domini simus, si in piscinis eos non coniecerimus, *3. §. item feras bestias 14. ff. de acquir. posses.* Et similiter lapidem, aut vas nostrum, quod ita excidit, aut demersum est in mare, aut flumen, ut non inveniatur, desinimus possidere, licet non desinamus esse domini, *l. Pompon. refert 13. ff. de acquir. posses.* & generaliter quidem remobilem, quam ita perdidimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere, *l. si id quod 25. in princip. ff. de acquir. posses.* Ergo similiter videbatur dicendum, amissam fuisse thesauri possessionem ab eo, qui ignorat locum, in quo eum seposuit, vel recondidit.

Diversum tamen respondet Papinian. 92 quia imbecillitas memoriæ non adfert damnum possessioni, & hæc significant illa verba: *Ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum;* idest, non esse sublatam actionem, vel ad vindicandam, vel condicendam pecuniam; omnis enim actio jus est, quia sic definitur à Justiniano *in princip. Inst. de act.* Jus persequendi 93 in judicio quod sibi debetur. Unde verbum illud, *jus*, distinctum est ab ipsa possessione, sicut semper distinctum est à re, quæ per illam petitur, vel revindicatur. Quapropter sic in hoc sensu interpretato verbo illo, nihil adversus resolutionem, quam sequimur, Papinian. obstat in præfenti. Et ad probandam suam conclusionem utitur Jurisconsultus comparatione servi, quo enim momento servum meum non video (quod de animali quolibet dici potest) & nescio ubi 95 sit, non amitto ejus possessionem; sic etiam thesaurum meum, sive is sit in meo, sive in alieno loco, sive supra terram, sive infra terram, dum cum non video, aut non recordor planè quo loco eum reliquerim, non desino possidere.

Neque obstat ratio dubitandi suprà
confi-

considerata, quia ita intelligimus regulam hujus textus, ut thesaurum non definamus possidere, quando licet sciamus fundum, ignoramus tamen locum, in quo defossus est; ita tamen ut si diligenter eum inquiramus, invenire eum possumus, alioquin si & fundum ignoraverimus, vel eum recognoscentes invenire locum non poterimus, etiam adhibitâ diligentia, cum tunc jam sub custodia nostra esse non possit, definimus eum possidere, etiam si ab alio non possideatur: & ita deducitur ex textu in dict. l. si id quod 25. & ex dict. l. 3. §. Nerua, in finalibus verbis, ff. de acquir. possess. & tradit Glossa in dict. l. peregrè, verbo locum. Unde ratio dubitandi coheret rationi decidendi.

96 Suam tamen conclusionem limitat Pap. dummodo pecunia ipsa recondita ab alio occupata non fuerit, ut puta si illam condiderim in alieno fundo (non ut cadaver sepultum, quia hoc prohibitum est, l. lege Julia 4. §. non fit 6. ff. ad leg. Jul. peculat. sed custodiae tantum causâ) dominusque illius sciat pecuniam meam in eo reconditam, ego verò ignorem locum: in hac, inquam, specie, nec scientia domini ei possessionem tribuit, nec eam à me adimit; illam tamen aufert 97 contrectatio, & occupatio meae pecuniae, quia per eam occupationem & contrectationem possessio occupanti acquiritur; & cum apud duos esse non possit, aufertur à me, l. 3. §. Neratius, ff. de acquir. possess. dict. l. thesaurus 15. ff. ad exhibend.

98 Pro totali verò intellectu dictae legis peregrè, illud adnotabis, supradicta, nempe rei mobilis possessionem perdi eo ipso quod sub custodia nostra non est, intelligenda esse de his, quae ratione carent, non verò de his, quae rationem habent. Namque etiam si servi non sint sub custodia nostra, & etiam si eorum custodiam neglexerimus, à nobis possidentur, dum ab alijs non possidentur; quia habent animum ad nos revertendi, ut eleganter docet idem Papinian. in dict. l. si rem mobilem 47. ff. de acquir. possess. immò id ipsum procedit etiam si animum revertendi non habeant, ut videre est in

fugitivo servo. Nam quamvis natura non patitur, ut idem sit agens, & patiens, l. si plures 9. vers. nec difficile, ff. de pact. l. aeposui 38. §. Stichus, ff. de pecul. l. pupillus, §. item ipse, ff. de auctoritat. tutor. tamen utilitatis ratione introductum fuit, ne sit in potestate servorum fugiendo dominis possessionem sui auferre, qui nec alterius rei possessionem domino subvertere possunt, l. rem qua 101 15. l. Pompon. 15. in princip. l. 1. §. per servum, ff. de acquir. possess. l. servi & filij 17. §. ultim. ff. de fur. l. interdictum 16 §. servi 4. ff. de publican. & vectigalib. l. final. §. sanè si servus, ibi: Seipsum furatus, Cod. de iis qui Eccles. Dummodo tamen servus 102 fugitivus nec ab alio possideatur, nec se pro libero gerat, & in possessione libertatis sine dolo malo moratus fuerit, paratusque iudicium liberale adversus dominum suscipere, quo equidem etiam casu à domino non possidetur, ut explicat textus in l. 3. §. si servus 10. l. per eum 50. §. per servum 1. ff. de acquir. possess. l. si is qui pro emptore 15. §. 1. ff. de usucap. l. si is 25. §. ult. ff. de liber. caus. quod tamen non adaptatur propriè servo fugitivo, quia verè, & propriè fugitivus non est servus ille, qui se pro libero gerit; quia eo ipso, quod fugitivum agat, & in fuga sit, pro servo agere creditur. Docent Alber. Salicet. & reliqui in l. 1. Cod. 103 de serv. fugitivo: ubi etiam Giphani. & Cuiac. idem Cuiac. lib. 17. observ. cap. 10. Anton. Fab. in Jurisprud. tit. 3. princip. 3. illat. 1. Duaren. in dict. l. 1. §. per servum. Osuald. ad Donel. lib. 5. cap. 24. lit. D. Sin verò servus ex servitute libertatem 104 proclamaverit, dominus eum possidebit, quisque liber sit pronuntiatus, d. l. 3. d. §. si servus 10. in vers. Alioquin retinetur: namque tunc animo durat possessio, licet corpore non possideatur; & ita conciliandus est textus in dict. §. si servus, cum l. si cui 25. §. ult. l. ordinata 24. ff. de liber. caus. l. lite 14. Cod. eod. l. si servus 33. §. eum qui, ff. de procurat. l. qui autem 12. ff. ex quib. caus. maior. cum Cuiac. lib. 54. Pauli ad edict. in dict. l. 3. dict. §. si servus. Nisi dixeris ea jura intelligenda fore, ut servus non possideatur quoad illud, ut iudicium liberale rectè peragatur,

100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300

100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300

in l. 1. Cod. de serv. fugitiv. sed furtum non committitur sine contrectatione possessionis, l. 1. §. Scævola, ff. si is qui testam. liber esse, junciis traditis per Amayam lib. 2. observ. cap. 7. à num. 15. cum seqq. Ergo manifestè sequitur, servum fugitivum à domino non possideri, imo per fugam dominum possessione sua privare. Respondebis tamen id non intelligi respectu ipsius domini, sed respectu aliorum, videlicet ne servus fugitivus, tanquam furtivus ab alio usucapi possit, §. furivè, Inst. de usucap. idque etiam utilitatis causa receptum fuit ne servi fuga, vel ancillæ dominis officiat, dict. l. 1. Cod. de serv. fugitiv. & ita intelligit Cuiac. tract. 7. ad African. in dict. l. ancillæ. Valenc. d. cap. 10. num. 5. & ut Castrenf. optimè docet in dict. l. §. per servum, ff. de acquir. possess. servus fugitivus possidetur ad ea, quæ ad domini favorem tendunt, sed quoad ea, quæ tendunt in illius præjudicium, non habetur dominus pro possessore.

Hinc per servum fugitivum dominus possessionem, dominiumque acquirit, sicut per eos servos, quos in provincia habet, l. arboribus 12. §. de illo 3. ff. de usufruct. l. 2. §. si fugitivus 25. ff. de vi bonor. raptor. dict. l. 1. §. per servum 4. de acquir. possess.

Fortiter tamen obstare videtur textus in l. si servus meus 15. ff. de publician. in rem act. ubi Pompon. scribit, quod si servus qui in fuga est, rem à non domino emerit, competere domino publicianam, licet possessionem per eum nactus non sit, prout sunt formalia Consulti verba. Omissis tamen, quæ Glossa ibi ponit, verbo non sim; nec non relictis traditis per Anton. Fab. in rat. ad eum text. existimantem dissensisse in hac questione Consultos, ut apparere dicit ex dict. §. servum 14. Pomponiumque hic Neruæ sententiam amplexum fuisse, qui existimabat per servum fugitivum domino possessionem acquiri non posse, contra cuius opinionem Cassij, & Juliani diversum iudicium fuisse refertur in dict. §. per servum: respondendum est cum Osuald. ad Donel. lib. 5. §. 12. lit. F. illud verbum, possessionem, intelligendum

dum esse de corporali apprehensione, & ita in eo vers. Licet possessionem nactus non sit, potius ratio dubitandi, quam decidendi continetur, quâ non obstante responderit Pompon. publicianam dari domino, quia sufficeret traditio servo facta, ut per eam ei possessio acquiratur, etiamsi nondum ipse dominus ipsius rei naturalem possessionem nactus esset: & ita etiam intelligit Valenc. ubi supra, num. 9.

115 Hinc etiam servus fugitivus licet peculium, quod habebat, non perdat, & ratione illius ignorantia, & absenti domino possit acquirere, d. l. peregrè 44. §. quæsitum 1. ff. de acquir. possess. perdit tamen peculij liberam administrationem, ne illud vel illius partem alienando, domino deteriore possit conditionem facere, l. libera 48. ff. de pecul. l. rogasti 11. §. si fugitivus, ff. de reb. credit. cui addes Morlam in empor. 1. part. tit. 8. num. 19. junctâ l. si convenerit 18. §. final. ff. de pignorat. act.

116 Ex dictis etiam explicandus venit difficillimus textus in l. Servi, & filij 17. §. illud quæsitum 3. ff. de furt. species est: Servus fugitivus rem quandam à domino suo furatus fuit: qui servus postea fuit possessus bona fide ab alio tertio. In hac specie inquit Ulpian. an domino servi competat actio furti adversus bonæ fidei possessorem? Et ratio dubitandi pro parte negativa proponitur illis verbis: *Movet quæstionem, quod quanvis possidere servum eo tempore, quo in fuga est, videar.* Pro parte verò affirmativa faciunt altera sequentia verba: *Attamen furti actione non tenor, quasi non sit in mea potestate.* Daturque solutio ad rationem dubitandi illis alteris verbis: *Quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Julian. scribit.* Proponitur verò resolutio quæstionis in sequentibus verbis: *Dicit igitur Pompon. lib. 17. ex Sabino, competere furti actionem huic domino, cujus servus in fuga fuit.*

117 Et sanè litera hujus textus multas patitur difficultates. Prima sit, quod supponit servum fugitivum posse furtum domino committere, ut ibi: *Illud quæsitum est si cum in fuga esset servus, furtum*

domino fecisset. Cùm tamen contrarium doceat Gaius in l. rem quæ nobis 15. ff. de acquir. possess. ibi: *Et hæc est ratio, quâ videamur fugitivum possidere, quod is quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita nec suam quidem potest.* Quod idem probat textus in l. non solum 33. §. final. ff. de usucap. Consonat etiam textus in l. si de eo 40. in princ. ff. de acquir. possess.

Respondendum tamen est, supradicta jura intelligenda esse de fugitivo servo interim dum ab alio non possidetur; postquam verò ab alio possidetur, quemadmodum ipse furtivus fit pro domini utilitate, ut jam supra diximus; ita etiam res ab eo furata furtiva fit, ut domino contra possessorem actio detur. Quæ solutio rectè percipitur ex textu in l. interdum 56. §. cum autem servum 3. ff. de furt. ibi: *Quandiu eam retinet, conditio ejus non mutatur; nihil enim domino abest, sed si alij tradiderit, furtum faciat.*

Sed replicari poterit ex dict. l. servi, & filij 17. in princip. & in §. 1. ubi Ulpian. scribit, quod quanvis servus furtum faciat, actionem tamen domino contra servum non competere; adeo ut quanvis post furtum patratum servus alienatus, vel manumissus fuerit, non tamen ideo magis furti actione teneatur: ea scilicet ratione, quia actio, quæ ab initio orta non fuit, ex postfacto nasci minimè potest. Sic ergo videbatur dicendum in specie dicti §. quæsitum, nempe minimè actionem furti adversus possessorem servi competere posse, cum à principio pro ipso furto actio haud competeret.

Respondendum tamen est, certè quidem ubi primum servus domino intervertit possessionem, furtum committere; ideo tamen veteres non prodijisse domino adversus eum actionem, quia cum possit in furum statuere, necesse non habet adversus furem litigare. Cum verò adversus fugitivum ab alio possessum jam dominus statuere non possit, rectè quidem ne fuga servorum ei sit damnosa, adversus possessorem furtivam rem possidentem ei proditur actio. Valenc. dict. cap. 7. num. 18.

Ulterius

121 Uterius difficilis est supradictus textus, dum præfatam actionem furti domino concedit; quia ille qui noxali actione tenetur, si servus alij furtum fecisset, ipse noxalem actionem habere non potest, *l. apud antiquos 21. vers. Cumque generalis, Cod. de furt.* sed negari non potest, quod si servus furtum alij fecerit, dominus pro furto teneatur: ergo dicendum videtur in specie proposita, minimè domino adversus possessorem furti actionem competere.

122 Quæ difficultas satis augetur *ex l. cum servus 41. ff. de noxalib.* ubi si servus communis alteri dominorum damnum injuriâ dederit, idcirco legis Aquiliæ actio non est; quia si extraneo damnum dedisset, cum altero in solidum lege Aquilia agi posset: eandemque rationem & dispositionem futuram esse docet Julian. *in dict. l. cum servus*, si servus communis alteri domino furtum fecisset; quippe tunc, sive furtum communis servus faceret, sive damnum injuria dedisset, dominus adversus condominum communi dividendo ageret, ut scilicet vel sibi damnum datum præstaretur simpliciter, vel ut ei servus in solidum adjudicaretur, *l. si servus communis 161. ff. de furt. l. & puto 16. §. ult. ff. famul. ercisc.* quod idem probat textus *in l. si unus 17. §. si servus 9. ff. de injur. & in l. qui usumfructum 18. ff. de noxalib.* ubi ei, qui usumfructum in servo habet, perinde cum domino habet actionem furti, atque si quilibet alius esset; minimè tamen illam habet cum usufructuario propriarius.

120 Et sanè cum hæc sine dubio foret in præsentis ratio dubitandi, contrarium tamen respondit Consultus asserens in repetitis verbis, *attamen furti actionem, &c.* minimè in hac specie dominum furti actione teneri, si fugitivus alteri furtum fecerit.

134 Et ratio est, quia licet interim dum ab alio non possidetur fugitivus servus à domino possideri videatur; non habet tamen facultatem, & potestatem eum exhibendi, idest eum tradendi, prout requiritur in noxalibus actionibus, & accipitur in illis verbum,

in potestate, ut probat textus *in l. quoties 21. §. in potestate 3. ff. de noxal. l. potestatis 215. ff. de verbor. significat.* & est bonus textus *in l. Celsus, §. final. ff. ad exhibend.* ibi: *Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, &c.* Cum ergo prædictis actionibus non teneatur, nisi qui servi corpus tradere potest, vel qui dolo desijt, possit tradere, *l. noxalis 7. bona fide 11. cum l. seqq. dict. l. quoties 21. in princip. ff. de noxalib.* & dominus fugitivum tradere non possit, rectè quidem sequitur contra eum non competere noxalem actionem, ac proinde cessare prædictam difficultatem, dandamque ei meritò esse furti actionem.

125 Obstat tamen huic solutioni textus *in l. si servus 27. §. servi autem 3. ff. ad leg. Aquil.* in cuius specie docet Ulpian. quod is qui in fuga servum habet, tenetur nomine ejus Aquiliæ actione: & ita refert tenuisse Julian. & esse verissimum & cum eo Marcellus consentit, pro ut sunt verba prædicti textus.

126 Gujac. tract. 6. ad African. *in l. & generaliter, ff. de noxalib.* pro hac secunda difficultate distinguit, an servus, qui est in fuga, ab alio possideatur, vel non? Afferitque, quod si ab alio non possideatur, videatur à domino possideri; non ita tamen, ut teneatur noxali actione, qui eum in sua potestate non habet, ut sic videatur posse intelligi textus *in dict. l. servi, & filij 17. §. Illud quaesitum, ff. de furt.* Sin verò ab alio possideatur, bona fide teneatur dominus noxali actione, quia à possessore recuperandi servi facultatem non habet, & quòd tenetur in hoc vel ut recuperet, vel cedat actionibus, & ita veniat intelligendus textus *in dict. §. Servi autem.*

127 Non placet tamen mihi hæc solutio ex eo, quod etiam quando servus ab alio non possidetur, non est inconveniens, ut non possit adstringi ad cedendam actionem. Deinde textus *in dict. §. Illud quaesitum*, agit de servo jam ab alio possesso; quia inquit an contra possidentem domino detur actio furti. Et tamen in ea specie negat dominum fugitivi servi nomine noxali actione teneri: ergo

ergo nullo modo videtur admittenda hæc Cuiacij solutio.

128 Quare potius cum Accursio in dict. §. si autem servi, lit. O. necnon Anton. Fab. in rat. ad eum text. quos sequutus est Valenc. ubi supra num. 18. dicendum est speciale esse in actione legis Aquiliæ, ut sicut non datur nisi domino, l. item Melita 11. §. legis, ff. de leg. Aquil. ita non detur nisi contra dominum, ut in dict. §. servi autem. Cum igitur licet servus in fuga vel adhuc non possideatur à tertio, vel jam possideatur, teneatur à domino quoad dominium, nihil mirum quod ad verum eum legis Aquiliæ actio detur.

129 Tandem illud difficile est, quod significant illa verba dicti §. Illud questum, ibi: Quod enim videor possidere, ad usucupationem tantum mihi proficere Julian. scribit. Vel enim consideratur hic servus postquam ab alio possideatur; vel consideratur postquam ab alio possessus est. Si primum, non solum ad usucupationem, sed etiam ad omnia, & ad dominium possidetur, ut probant jura supra à nobis citata. Si secundum, ad nihilum possidetur, cum ab alio possideatur, ut etiam probant eadem jura. Ergo malè procedunt præfata verba.

130

131 Respondendum tamen est, verba hæc referenda esse ad sensum, in quo servus fugitivus nondum ab alio possidetur, cum Valenc. dict. cap. 10. num. 17. sed non excludere acquisitionem per alteras causas ultra usucupationem contingentes, solumque prolapta fuisse ad excludendam actionem noxalem, de qua questio erat illiusque respectu Ulpianum ex Juliano docuisse, tantum ad usucupationem fugitivi servi possessionem domino proficere. Et ita intelligit Giphani. in l. 1. §. per servum, ff. de acquir. possess. & ante eum Accurs. in hoc §. ult. lit. Z. verbo Ad usucupationem, in fi-

132 ne. Vel etiam responderi posse existimo, præfata illa verba referri ad casum, in quo jam servus fugitivus ab alio possidetur: ex eo autem dicit Jureconsultus, solum ad usucupationem proficere domino, non ut eò tendat, ut velit significare, dominum per servum ab alio possessum usucupare; quia cum jam ab

alio possideatur, non potest cum usucupare interrupta possessione; sed ex eo proficere ad usucupationem, videlicet ut à possessore usucapi non possit, cum furtivus sit, juxta ea, quæ supra jam diximus, & probavimus supra.

Sed contra poteris opponere, quod si verum esset, servum fugitivum tui ipsius furtum facere videri, ut nunquam usucapi posset à possessore, utique id procederet in ancilla fugitiva respectu etiam sui partus, ut quemadmodum ipsa sui ipsius furtum faceret, ita & partus, ut ipse partus etiam furtivus diceretur, ut probat textus in l. ancillam 60. ff. de furtis. Sed hoc falsum esse videtur constare in l. 1. §. fugitivum accipe 5. ff. de fugitivo, ubi Ulpian. ex Labeonis sententia docet, non censeretur fugitivum ex fugitiva ancilla natum: ergo supradicta non videntur subsistere. Sed omissis quæ tradit Fab. in rat. ad dict. §. fugitivum, respondebis cum Amaya observ. lib. 3. cap. 1. §. 3. numer. 51. & 52. fugitivum non censeretur partum editum ex fugitiva, ad hoc, ut qui eum celavit, dicatur fur, & puniatur, cum aliàs qui fugitivum celavit, sit fur & teneatur furti, l. 1. in princip. ff. de fugit. sed nihilominus fugitivus censebitur, ne usucapiatur, & ne domino sit damnosa fuga matris, dict. l. ancilla 60 ff. de furtis. Et ratio differentiarum est, quia qui servum fugitivum celat, habet animum intervertendæ domino possessionis, & lucrari vult servum. Quæ ratio cessat in partu, quippe cum à domino nunquam fuerit possessus, non potest in eo dari vera contractatio, quæ est interversio possessionis, l. 1. §. Scævola, ff. si quis testament. liber esse. Non potest ergo contra celantem partum extendi pœna, l. cum quidam 19. ff. de liber. & posth. cap. Odis, de reg. jur. in 6.

Sed jam hinc subsistamus, claudamusque intellectum dictæ legis peregrinè, ratione cujus huc usque dicta notavimus, non subtilia quidem, nec vulgaria, notantes Papinianum quæstioni secundæ in ea propositæ non respondisse; cum satis res absolveretur per solutionem primæ. Si namque in ea specie non fuit perditâ

perdita possessio, nihil est quod tractetur, an restituatur, vel non, cum semper privatio habitum supponat, ut vulgare est dicitur.

135 Sequitur modò explicandus textus in l. possessio 49. in princip. ff. de acquir. possess. dum propter finalia illa verba, & plurimum ex jure possessio mutuetur, adductus est à nobis suprà pro opinione illorum, qui tenent possessionem in facto esse; non facti, sed juris esse. Sed certè verba illa satis nostram probant sententiam, cum accipiantur, & accipi debeant de effectibus à jure mutuatis: ut namque suprà probavimus, illud mutuatur ab aliquo, quod proprium mutantis non est, sed potius illius, à quo mutuum accipitur.

136 Duas verò definitiones proponit hinc Papinian. ad propositum, de quo hinc agitur. Primam in principio textus: secundam in §. 1. Prima hæc est, per servum, in quo usumfructum habemus, non proprietatem, etiam possessionem nobis acquiri ex duabus tantum causis, ex suis operis, quas habemus in fructu; & ex re nostra. Quod etiam probat textus in l. Acquiritur 10. §. de his servis 3. l. quod fructuarius 49. ff. de acquir. rer. domin. l. si servi 21. ff. de usufruct. §. De his autem servis 4. Inst. per quas person. ubi DD. & in dictis juribus Donel. lib. 9. comment. cap. 6. à vers. de servis, nisi fortè aliquid

137 servo ipsius usufructuarij contemplatione relictum fuerit; tunc namque usufructuario, non domino acquiritur, dict. l. si servi 21. in fine, ff. de usufruct. juncta l. sed & si quid 22. ff. eod. tit. lib. 3. & 4. ff. de oper. servor. Quod in dubio intelligendum est si usufructuarij servus nominetur, l. penult. vers. Quia apertissimum, Cod. de jur. deliber. tradit Pichard. in dict. §. de servis autem, numer. 3. Et quanvis Bart. in l. si quis mihi bona, in princip. ff. de acquir. hæred. existimet etiam in casu, in quo servus ipsius usufructuarij contemplatione hæres institutus fuerit, jussu domini proprietarij hæreditatem debere adire; quippe quod aditio hæreditatis in opere servili non sit, l. additio 45. §. præterea, ff. de acquir. hæred. ita tamen ut si proprietarius re-

cuset jubere officio judicis compellatur, ut tradit Azor in summa, Cod. per quas person. nob. acquirit. aditioneque facta, universa hujusmodi bona à proprietario repetat fructuarius conditione sine causa, l. penult. & ibi Gloss. ff. de stipulat. servor. mihi tamen verius videretur eo casu fructuarius posse jubere, ut servus adeat, circuitus vitandi causâ; l. dominus testamento 53. in vers. Sed tam benignus, ff. de condict. indebiti; quemadmodum liber homo, & servus alienus bona fide possessus hæreditatem adire possunt jussu bonæ fidei possessoris; l. aditio, §. ult. ff. de acquir. hæred. Idem ergo in servo fructuario dicendum, quia quoad acquirendum ex re ejus, cui servit, suisque operis, cum libero homine, servoque alieno bona fide possesso pari passu ambulat, l. qui bona fide 23. ff. de acquir. rer. domin. §. idem placet, Inst. per quas person. nob. acquirit: & ulterius, quia quando institutus est servus fructuarij contemplatione, utique ex re ipsius, in ejus usufructu est, acquirere censetur, ac proinde proprietarij jussus non videtur necessarius. Et ita tradit latè las. in dict. l. si quis mihi bona, notatque Mysinger. in dict. §. De his autem servis, num. 5.

Hujus verò primæ definitionis ea fuit ratio dubitandi; quod fructuarius non possidet, sed proprietarius solus, dict. l. acquiritur 10. §. ult. circa finem, ff. de acquir. rer. domin. latèque extat suprà à nobis probatum. Absurdum autem videbatur, ut per servum nobis possessio acquireretur, quem non possidemus; l. homo liber 54. §. ult. in fine, ff. eod. tit. de acquir. rer. domin. huic tamen objectioni respondit Papian. sequentibus verbis: Cum & naturaliter à fructuario teneatur; quæ non sunt intelligenda de possessione aliqua naturali, quam respectu proprietatis habeat fructuarius; nullam enim hoc in sensu possessionem habere, sed solum insistentiam quandam, suprà probavimus in dictis numeris; cum plurimum ex jure possessio mutuetur. Quare appositè diceret sufficere insistentiam usufructuarij, necnon illius veram quasi possessionem, quam respectu ipsius usufructus habet, l. At Prætor 23. §. 2. ff. de usufruct.

ff. ex quib. caus. maior. & diximus jam supra, ut in illis casibus usufructuarius per servum possessionem acquirat; quia quemadmodum in usufructu est factum insistentiæ, & est jus utendi, & fruendi; ita in possessione factum est, nec deficit plurimum juris quoad effectus ab ipso jure mutuos. Neque verò absurdum est, ut acquiramus possessionem per eum quem non possidemus; filium namque familias non possidemus, & tamen per eum acquirimus possessionem, *l. 1. §. item acquirimus 15. & §. per eum 8. ff. de acquir. possess.* Et hanc duco veram Papi-
 144 niani mentem in dict. *l. possessio* circa primam definitionem in eo textu conten-
 tam.

145 Secunda definitio proponitur à Papi-
 niano in dict. *§. 1.* ejusdem legis *possessio*,
 & ita habet: *Qui in aliena potestate sunt,*
rem peculiarem tenere possunt ea ratione,
quia possessio non tantum corporis, sed &
juris est. Et pro vera intelligentia illud
 advertimus, procedere supradictam de-
 finitionem tam respectu servi, quàm res-
 pectu filij familias; generalia namque
 sunt verba illa: *Qui in aliena potestate*
sunt; aptaque ut comprehendant tam
 servos, qui in potestate sunt domini,
 quàm filios familias, qui partiæ subsunt
 potestati. Deinde est advertendum, quod
 licet verbum, *peculium*, ex eo dicatur,
 quasi sit pusilla pecunia, sive patrimo-
 nium pusillum cujusque, vel quod quis
 patrimonium suum speratum habet, ut
 docet textus in *l. depositi 5. §. peculium 3.*
 & in *l. peculium 39. ff. de pecul.* seu ut in-
 quit Terent. in *Phormione, act. 1. scen. 1.*
Quod ille vinciatum, vix de demenso suo
suum defraudans genium compar sit miser:
 seu ut Fest. & Plutarch. in *Valerio* dicunt,
 ortum habeat hoc nomen à pecore, sicut
 & nomen pecuniæ; quia olim Romæ uni-
 versa cujusque in pecoribus constabat
 substantia, prout affirmat Varro, quem
 sequitur Gothofred. ad dictum *§. Peculium*,
 seu ad ea Virgilij verba *eclog. 1. Ne-*
que circa peculij; quo in sensu, nempe
 prout significat cujusque patrimonium,
 accipitur in *l. cogi 16. ff. ad Treb.* & in *l.*
choris 79. §. 1. ff. de leg. 2. dum in hoc
 textu se audisse testatur Cels. rusticos

146
 149
 150
 151

fenes dicentes pecuniam sine peculio
 fragilem esse, peculium appellantes,
 quod præsidij causa seponeretur, quasi
 apertius dicerent, eam pecuniam fragi-
 lem esse, ex qua aliquid in repentinos
 usus separatim non esset, quod patrifa-
 milias præsidio esse possit subita necessi-
 tate obortâ, prout interpretantur For-
 ner. in *l. paterfamilias 82. ff. de verbor.*
signific. Pinel. in *l. 1. 2. part. num. 48 Cod.*
de bon. matern. Rævard. *lib. 3. variar.*
cap. 17. ex quibus sic bene notavit Lar-
 rea *selectarum lib. 1. cap. 1. num. 2.* Ni-
 hilominus tamen consuetudine loquen-
 di factum est, ut peculij nomine illud
 præcipuè comprehenderetur, quod ser-
 vus vel filius familias dum adhuc in do-
 mini, vel patris essent potestate, ipsius
 concessione habuissent, vel suâ induf-
 triâ, laborève lucrefecissent, ut pro-
 bant jura in *l. depositi 5. §. peculium 4.* &
 in dict. *l. peculium 39.* Constatque ex Tul-
 lio in *Paradoxis*, ibi: *An eorum servitue*
dura esset, qui cupiditate peculij nullam
conditionem recusant durissime servitutis.
 Plaut. in *Asinar. act. 2. scen. 4.* ibi: *Quam-*
quam ego sum sordidatus frugi tamen sum,
nec potest peculium enumerari. Et iterum
act. 2. scen. 2. ibi: *Largitur peculium om-*
ne. In tergo thesaurum gerit.

Hac tamen distinctione, quod licet in
 servis unum dumtaxat peculij genus ag-
 nosceretur, cum propter servilem con-
 ditionem nihil proprium habere potuis-
 sent, *§. item vobis, Inst. per quas person.*
nob. acquirit. illud scilicet, quod ex bo-
 nis domini proficisceretur, *d. l. depositi 7.*
§. peculium 4. tamen in filijs familias pro
 qualitate illorum, quæ lucrari consue-
 verunt, in multiplici differentia pecu-
 lium esse cœpit; aliud namque appella-
 tur castrense, vel militare, illud nempe
 quod à parentibus vel cognatis in mili-
 tia agenti donatum est, vel quod ipse fi-
 lius familias in militia acquisivit, quod
 nisi militaret acquisiturus non fuisset;
 nam quod erat etiam sine militia acqui-
 siturus, id peculium ejus castrense non
 est, ut definit Macer *lib. 2. de re milit. in*
l. castrense 11. ff. de castr. pecul. l. 1. cum
allegata 5. Cod. cod. tit. lib. 12. l. similiter 2.
 ubi Ulpian. castrensi peculio adnumerat
 quæ

quæ ingenuus miles comparavit pecunia à muliere patris relicta ad castrenses, vel militares res comparandas, *l. miles 5.* ubi idem Ulpian. eidem castrensi adnumerat peculio hæreditatem à commilitone relictam, vel ab eo quem per militiam cognovit, *l. si miles 6.* ubi idem Jurisconsultus docet donata ab uxore viro filiofamilias non causâ militiæ, castrensis peculij non fieri, secus autem si causâ militiæ donaverit, *l. de hæreditate 19.* ubi Triphonin. docet quod si agnatus alicujus ante militiam instituerit agnatum militem hæredem, non effici hæreditatem castrensis peculij, effici verò si post militiam instituat, *l. 1. Cod. de castren. pecul. l. fideicommissaria 23 §. servum, ff. de fideicom. liber.* pro cujus conciliatione cum lege *Si tibi 86. §. si fundus, ff. de leg. 1.* videbis Guiac. *lib. 9. respons. Papinianum in dict. l. fideicommissaria 23 d. §. si servum:* sed quia hunc textum duabus in partibus emendat, sequeris potius Alberic. *in l. si fundum 81. §. si libertus 4. ff. de leg. 1.* Gomez *1. tom. variar. cap. 12. n. 14. l. hæc ratio 3. secundum hæc 4. ff. de donat. inter,* optimus textus *in l. si forte 8. ff. de castren. pecul.* ubi ponitur casus de uxore, vel cognato, vel quolibet alio non ex castris noto filiofamilias donante quid, vel legante expresse & nominatim, ut in castrensi peculio haberer; & nihilominus docet Ulpianus id castrensi peculio adgregandum non esse, ea addita ratione: *Veritatem enim spectamus, an verè castrensis notitia, vel affectio fuit, non quod quis finxit.* Elegans etiam textus *in l. dotem 16. ff. eod. tit.* cui ultra Cuiac. *lib. 1. respons. Papinianum in dict. l. dotem,* addes Fabrum de re optimè agentem *in Jurisprud. tit. 11. princip. 6. illat. 15.*

152 Aliud verò appellatur peculium quasi castrense, quod ad imaginem castrensis introductum est, cujus numero cedit quidquid filiusfamilias in palatina, vel togata militia versantibus acquisitum est, de quo *in l. 1. §. in filijs quoque 6. ff. ad Treb. & in l. 1. §. neque castrense 15. ff. de collat. honor. l. final. Cod. de inoffic. testam. l. velut castrense 7. Cod. de assessorib. l. 4. l. cum advocatio 8. Cod. de advocat. divers. judic. l. final. Cod. de collat.*

De his autem duobus generibus peculij castrensis, vel quasi castrensis non loquitur Papian in hac, de qua modò agimus, definitione; ea enim non solum tenere, sed possidere, & habere possunt filijfamilias, quia totum hoc genus castrensis, vel quasi castrensis peculij filiorumfamilias proprium est, *l. ex nata 10. l. 3. in princip. ff. de castren. pecul. l. Imperator 50. in vers. post decreti, ff. ad Treb.* ita eis acquisitum, ut de eis statuere possint ut velint, non aliter quàm patres familias de suis rebus, *l. 1. §. nec castrense, ff. de collat. honor. l. filia 12. l. ult. Cod. eod. tit. l. cum oportet, in princip. vers. Exceptis, Cod. de bon. quæ liber. §. 1. Inst. de milit. testam.* ubi quod testari potest filiusfamilias de rebus Castrensibus etiam quando extra castra degit, dum tamen solennitates à jure communi requisitas adhibeat. In castris autem, & expeditionibus occupatus privilegio militari in testando gaudebit, *princip. Inst. quibus non est permis. facer. testam. l. penult. Cod. qui testam. facer. & satis supponunt jura in l. 1. 2. & in l. proponebatur 19. ff. de castren. pecul. l. cum filiusfam. 28 l. si filiusfam. 33. ff. de testam. milit. l. ult. ff. ad Tertullian.* Et de bonis quasi castrensibus loquitur textus *in dict. l. penult. Cod. qui testam. facer. & in l. final. Cod. de inoffic. testam. & in §. final. Inst. de milit. testam. l. 1. §. in filijsfam. 6. ff. ad Treb.* ubi quod Senatusconsultum illud locum habet in filijfamilias judicio quando de castrensi peculio, vel quasi testatur, *l. bona 3. §. dari 5. ff. de bonor. posses.* ubi similiter fit mentio de testamento facto de castrensi, vel quasi castrensi peculio. Inde etiam dicitur filiusfamilias in castrensi peculio vice patrisfamilias fungì potest, *l. 2. ff. ad Macedon.* Et cum olim lis nulla esse posset inter patrem & filium, quem in potestate habebat, de cæteris rebus, poterat tamen esse de castrensi peculio, & de rebus ad illud pertinentibus, *l. lis nulla 4. ff. de judic.* hoc enim efficit totum favor militiæ, & potestas patria, licet per eam non dissolvatur, *§. filiusfam. 4. Inst. quib. mod. jus patriæ potest. solvit.* ita tamen moderetur, & restringatur, ut rectè observavit Osuald. *ad Donel. lib. 9. cap. 5. in not. lit. B.*

Peculium adventitium illud est omne quidquid filiofamilias obvenit aliunde sive labore, & opere ejus, sive aliena liberalitate ad eum pervenerit, puta legato, aut donatione, aut hæreditate ei de latâ, *l. profectitia* §. *§. si pater pro filia* 11. *ff. de jur. dot.* ibi: *Ceterum si cum deberet filie, voluntate ejus dedit, adventitia dos est.* Et *l. Cum oportet, in princip. Cod. de bon. quæ liber.* §. *Igitur 1. circa finem, Inst. per quas personas nobis acquir.*

158 Hujus autem adventitij peculij eadem conditio olim fuit, quæ est profectitij, de quo mox dicemus. Denique exceptis castrensibus, vel quasi castrensibus, generale jus fuit, ut quidquid acquireret filius qui in potestate erat, acquireret patri, eo quod non magis quidquam suum habere posset, quam servus, *l. acquiritur* 10 §. 1. in generalitate illorum verborum: *Ipse enim, qui in potestate alicujus est, nihil suum habere potest. l. placet* 79. *ff. de acquir. hæredit. l. 1. in vers. quippe ff. si à parent. quis manumiss. sit.* Postea excepta est constitutione Marci Antonini Philosophi hæreditas matris intestatæ, quam placuit ad liberos, tametsi in aliena potestate essent, pertinere, *l. qui in aliena* 6. §. *sed si legitima, ff. de acquir. hæredit. l. sacratissimi, penult. ff. ad Tertullian.* Postea etiam recentiorum Imperatorum constitutionibus jus idem confirmatum fuit, sed detracto usufructu qui patri datus est in his ipsissimis bonis. Ad extremum bona etiam adventitia filijfamilias acquisita in eadem causa haberi cœperunt constitutione Justiniani, de quibus ille ita constituit, in *l. cum oportet, Cod. de bon. quæ liber.* ut adventitorum proprietas acquiratur filio, usufructus patri, & utrunque proprio quidem jure. Nam proprietas sic tribuitur filiofamilias, ne liceat ei quandiu in potestate est res sui peculij alienare non consentiente patre, *l. ult. §. filius autem, Cod. de bon. quæ liber.* Patre etiam permitte, etiam donatio de adventitijs valet ut potest, ut Petr. Fab. notat & Osuald. *ad Donel. dict. lib. 9. cap. 5. lit. N.* Quid autem si de ipsis bonis filiusfamilias in patrem contulerit donationem, an nempe valdè id fiat? **Dubium est, pro**

cujus resolutione videbis Cuiac. *consult.* 162 44. *Fab. decad. 42. error. pragmat. 4. & seqq.* quos enumerat Osuald. in *d. lit. N.* usufructus autem patri ita constituitur, ut sit liber, idest, ut liceat patri res hujus peculij administrare, atque his uti frui ut velit, ne cogatur aut ipse finito usufructu suo, aut hæres administrationis ejus rationem redere, solum adempta patri rerum ipsarum, quarum usufructus est, alienatione.

163 Aliqui tamen sunt casus, in quibus invito patre absque sibi reservato usufructu in plenum proprietas filiofamilias acquiritur, quos ad novem redigo. Primus in rebus donatis à Principe, *l. cum multa* 7. *Cod. de bon. quæ liber.* cui pro amplitionibus adde Carval. in *cap. Raynald. de testam. 4. part. cap. 1. à num. 146. cum sequentibus*, meminit Ordinatio nostra Regia *lib. 4. tit. 98. §. 5.* rectè tamen notavit Osuald. *ubi supra, lit. P.* ea rectius quasi castrensibus, quam adventitijs accensenda, per verba dictæ legis *Cum multa*, ibi: *Ad similitudinem castrensis peculij.* Pro ea autem questione, an de his bonis filiusfamilias testari possit: videbis Ægid in *l. 1. Cod. de sacros. part. 1. §. 7. num. 14.* quem refert & sequitur Pinei. *select. lib. 1. cap. 5 per totum, Carval. in dict. cap. Raynald. dict. 4. part. cap. 1. à n. 146.* qui negativam partem tumentur: meliùs tamen affirmativam defendit Cald. in *l. si curatorem, verbo Læsis, num. 108. Cod. de in integr. restitut.* probarique expressè videtur ex *dict. l. Cum multa*, si attentè legatur. Secundus in rebus à quolibet donatis ea lege, ne ad patrem perveniat usufructus, *Auth. Excipitur, Cod. eod. tit. de bon. quæ liber.* Ordinatur in *dict. tit. 98. §. 1.* Ita tamen, ut bona relicta non sint ejus naturæ, in quibus filius ex necessitate deberet succedere, cujusmodi est legitima matris, namque de his bonis non poterit patri adimi usufructus per præfatam conditionem, ut rectè probant Gomez in *l. 48. Tauri, n. 11. Pater Rabel. de obligat. instit. part. 1. lib. 1. quæst. 7. sect. 2. num. 15. in fine,* notavitque Barbof. *ad dict. §. 1. num. 2.* & hac lege hodie filiusfamilias institui potest, ne scilicet usufructus bonorum reli-

162 relictorum ad patrem pertineat : quæ
 conditio cum olim non valeret, propte-
 rea quod non poterat contra jus publi-
 cum hæc lex testamento addi, testatores
 id decernentes alterâ illâ utebantur, ut
 filium sub emancipationis conditione
 instituerent, ut constat ex l. ult. ff. de pe-
 tu. hæredit. l. denique 3. §. & si hæres, ff.
 163 de minoribus, l. filius familias, penult. ff.
 unde liberi, l. Divi Severus 6. ff. de jur.
 codicil. l. duos 70. l. avia 78. ff. de condit.
 & demonstrat. l. mater 27. §. 1. ff. si quis
 164 omiss. caus. testam. l. quidam 46 ff. de hæ-
 redib. instituend. l. mulier 22. in princip. ff.
 ad Treb. l. ita esset 15. ff. quando dies leg.
 ced. l. ult. Cod. de donat. quæ sub modo, l.
 filijs 25 Cod. de officios. testam. l. mater
 3. Cod. de institut. & substitut. notat
 Cuiac. quem omnium videbis tract. 2. ad
 African. in dict. l. quidam 46 ff. de hæ-
 red. instit. Et ad genus hujus secundi ca-
 sus reterri debent servi filiofamilias ita
 donati, ut statim ad libertatem perdu-
 cantur, de quibus constitutum est in l.
 ult. §. ult. vers. In servis autem, Cod. de
 bon. quæ liber. ne horum ususfructus ul-
 lus acquiratur patri, quia hac lege do-
 nari intelliguntur; nam manumissorum
 nullus potest esse ususfructus. Quare qui
 eos jubet statim manumitti, jubet effici
 ne unquam ususfructus eorum ad ali-
 167 quem veniat. Tertius casus est in hære-
 ditate fratris, sororisve, ad quam filius-
 familias unâ cum patre admittitur, *auth.*
 Item hæreditas, Cod. de bon. quæ liber. pro
 cuius casus intelligentia breviter præ-
 notandum est, quod si filius moriatur re-
 licto patre, vel matre, & alio fratre, vel
 fratribus utrinque conjunctis, talis fra-
 ter, vel fratres succedebant unâ cum ip-
 so patre, vel matre pro virili portione,
 168 *Auth. defuncto, vers. 1. Cod. ad Tertyl.*
auth. de hæredib. ab intest. venient. §. Si
igitur, collat. 9. Si verò talis filius erat
 emancipatus, pater non succedebat ei,
 nisi eum emanciparet contracta fiducia
 reservando sibi jus successionis, licet be-
 nè succederet de jure prætorio, l. 2. §.
 objicitur 15. ad Tertyl. l. si ad patrem 10.
 ff. de suis, & legitim. hæredib. Postea ve-
 169 rò de jure Codicis decisum est, quod
 semper videatur pater emancipare fi-

lium contracta fiduciâ; & tacite à lege
 subintelligitur illud pactum in esse, li-
 cèt expressè non apponatur, l. si ab eo 11.
 Cod. de ver. & legitim. hæredib. l. ult. Cod.
 de emancipat. liberor. ibi: *Et legitima jura*
omnino habere, etsi non specialiter hoc sibi
reservaverit. §. final. Inst. de legitim. ag-
nator. succes. cui ibidem addes Pichard. 170
 Hodie verò de jure novissimo Authen-
 tiorum, indistinctè succedit pater filio
 emancipato, sicut filio in potestate; quia
 sublata est differentia patriæ potestatis,
 & emancipationis, *Auth. de hæred. ab*
intest. venientibus, §. Nihilominus, collat.
9. dict. auth. defuncto, Cod. ad Tertyl. ibi:
Exclusâ prorsus omni differentiâ sexus, &
patriæ potestatis. Concurrerebat tamen
 cum patre ex utroque latere conjunctus
 frater, ut probant jura suprâ citata, &
 ita in usufructu portionis fratris jus ef-
 fet patri, *dict. Auth. item hæreditas, Cod.* 171
de bon. quæ liber. Cæterum tam lege Caf-
 tel. quàm nostri Lusitaniæ Regni lib. 4.
 tit. 91. in princip. cautum est ascendentes
 omnino fratribus esse præferendos, so-
 losque ad eorum hæreditatem admitten-
 dos: quod cum ita sit, non est dabilis in
 nostro Regno tertius hic casus, & ob
 hanc rationem dinumerans lex Regia
 casus in quibus patri ususfructus bono-
 rum filij non acquiritur, in dict. tit. 98.
 hujus tertij casus non meminit. Quar- 172
 tus casus est in his, quæ ex lege deferun-
 tur liberis ob delictum patris, quippe
 qui divortium fecit sine causâ, *Auth.*
idem est, Cod. eod. tit. de bon. quæ liber. Hæ
 autem res sunt lucra nuptialia, quæ fac-
 turus erat maritus, aut uxor si non di-
 vertissent, l. consensu 8. §. ult. Cod. de re-
 pud. Et cum etiam casus iste non sit jam
 hodie practicabilis, non numeratur
 etiam à nostra Regia ordinatione in dict.
 tit. 98. Quintus est in hæreditate filiofa- 173
 milias delata, in cuius aditione pater
 consentire noluit; patre namque hoc
 casu recusante, fit potestas filio hæredi-
 tatem per se adeundi hac lege, ut soli-
 dum filio acquiratur, nihil patri, nec
 ususfructus quidem, l. final. §. sin autem
 1. Cod. de bon. quæ liber. Meminit etiam
 nostra Ordinatio in dict. tit. 98. §. 3. Sex-
 tus casus est in dote adventitia; nam si 174
 dos

dos ab ipso patre profecta sit, in totum non acquiritur patri, sed proprium patrimonium est filiae: quanto minus ergo acquireretur filio, quae aliunde obvenit? Tradit Donel. *lib. 9. cap. 5. vers. Neutiquam*, Mantica *de tacit. lib. 12. tit. 9. num. 15* ideo verò lex nostra Regia hujus meminit casus *in dict. tit. 98* quia filia propter matrimonium à patria eximitur potestate. Ordin. *lib. 1. tit. 87. §. 6.* Et hinc est, quod non sit apud nos practicabile, an usufructus hujusmodi dotis patri acquireretur. Septimus casus est, si pater permiserit filiofamilias ut usufructum retineat, *dict. l. cum oportet, §. sin autem, Cod. de bon. quae liber. Ordin. in dict. tit. 98. §. 2.* Utrum verò post patris obitum filius hunc usufructum remissum alijs fratribus conferre teneatur? Quæstio est, de qua videbis Gomez *in l. 29. Tauri, n. 28. à vers. Decimoquintò, & in l. 48. Tauri, num. 9. vers. Secundò infero.* Valasc. *de partit. cap. 13. à num. 137. cum sequentibus.* Surd. *de alim. tit. 9. quæst. 20. num. 23. & quæst. 259. num. 16.* Mangil. *de imputat. quæst. 45. à num. 2.* Carval. *in cap. Raynald. 4. part. cap. 1. num. 156.* Molin. *de justit. tract. 2. disput. 8. sub n. 2. vers. Secundus casus,* Mendoza Castro *in dict. l. cum oportet, num. 35.* Nunc dicendum est de octavo casu, quando nempe solummodò usufructus ab aliquo relinquitur filiofamilias, an acquiratur patri ipsius et usufructus, vel non? Pro cuius decisione *in l. ult. Cod. de usufructu*, interpretatus est Imperator Justinian. dictam legem, *Cum oportet*, & totum jus antiquum: videbatur n. m. que ex una parte dicendum usufructum patri acquirendum, cum bonorum adventitiorum usufructus patri acquiratur, *ex dict. l. Cum oportet.* Ex altera verò videbatur dicendum, non acquirendum patri prædictum usufructum, cum illarum rerum patri acquiratur usufructus, quarum proprietas apud filios remanet. Cum igitur in specie, de qua agimus, non remaneat proprietas aliqua penes filium, rectè videbatur inferri patri non acquiri. Cæterum Justinianus has rationes ad conciliationem reduxit, & disposuit *in dict. l. ult. Cod. de*

usufruct. præfatum usufructum sic accipi debere, quasi utrique datus sit, tam patri, quàm filio; sed patri primùm, cuius etiam in persona voluit usufructum manere quandiu vixerit, etiamsi capitis diminutionem maximam vel mediam passus fuerit; nec quidquam illi obesse, quod fortè multò ante ejus mortem filium decississet. Et in hoc conformis est regulis juris dictantibus per filiumfamilias patri acquiri. Quod si pater moriatur, vel maximam, vel mediam passus fuerit diminutionem, tunc voluit usufructum apud filium remanere, quamvis filius patris hæres non existat; cum tamen contrarium dicendum videretur ex regula textus *in §. finitur, Inst. de usufruct.* quia nempe in prædicta specie duplex quodammodo fingitur casus: unus patris, cui tandiu datur usufructus, quandiu in persona ejus poterit consistere: alter filij, qui tunc sui juris esse incipit, cum prior usufructus ad patrem pertinere desierit. Et humanitatis ratio id sanè exposulavit, quia cum plerumque verisimile sit testatorem contemplatione magis filij, quàm patris reliquisse, par & æquum fuit, ut intactum parentum jus servaretur per usufructus acquisitionem, & insimul defuncti voluntas, & contemplatio adimpleretur, eo scilicet modo, ut è medio sublato patre, filius eo usufructu potiretur: de qua re videndi sunt Donel. *lib. 10. cap. 17. vers. Ea dubitatio.* Pichard. *in dict. §. Finitur, num. 4. & 5.* Morla *in Empor. 1. p. tit. 6. quæst. 1. à num. 6.* Cuiac. *in recit. ad tit. ff. de usufruct. legat. & in l. si quis usufructum 29. Cost. cap. 17. n. 4.* Castil. *de usufruct. cap. 63. per totum.* Nostra tamen Ordinatio Regia absolute statuit *in dict. tit. 98. §. 4.* quod si usufructus fuerit relictus, vel donatus filiofamilias, patri non acquiratur; eà ratione, quia usufructus non potest dari usufructus; quemadmodum non potest dari servitus servitutis, *l. 1. ff. de usufruct. legat. l. 1. ff. de servit.* Nonus casus expressus est etiam in dicta nostra lege Regia, *in §. 6.* nempe quando paterfamilias post obitum uxoris solenne inventarium non confecit intra duos menses

mensurandos à tempore mortis uxoris : privatur namque usufructu legitimarum filiorum minorum, quo aliàs potiri debeat, necnon ipsorum filiorum hæreditate, si superstitite eo decedant, juxta alteram ordinationem, ad quam *dict.* §. 6. se refert *lib. 1. tit. 87. §. 8.*

183 Utrum verò in hac specie omninò necessaria sit judicis sententia declaratoria, ad hoc ut non possit lis circa privationem usufructus moveri post patris mortem, an verò necessaria haud sit, ut possit tunc incipi moveri præfata quaestio, dubium est, in quo non satis sibi constant nostri Regnicolæ : alij namque sententiam declaratoriam non exigunt, prout sunt Pereyra *decis. 55. à num. 10.* Phœb. *1. part. decis. 88. à num. 11.* alij verò illam omninò necessariam fore existimant : & ita tradunt Vasq. *alleg. 29. num. 71.* Reynof. *observ. 40. per totam,* quibus magis adhæreo propter fundamenta quibus Reynof. movetur, quæ sine dubio, ut ex illis videre est, conformia juris regulis sunt.

184 Sed de hoc peculio adventitio jam hodie procedere non potest definitio textus *in dict. l. possessio, §. 1.* quippe ut supra vidimus, proprietas illius filijfamilias est : utrum verò in his casibus, in quibus non solum proprietas, sed etiam usufructus illius est, possit filiusfamilias de eo testari ? Resolves negativè ex rationibus, de quibus optimè Ægid. *in l. 1. Cod. de sacr. Eccles. 1. part. §. 7. à n. 5. cum seqq.* Valasc. *consult. 108. num. 36.* Rolandin. *de testam. rub. 2. num. 5.* Fachin. *lib. 5. controvers. 94.* Donel. *elegant. lib. 6. cap. 5. vers. Primus eorum,* ubi optimè Osuald. *lit. 1.* ubi fundamentis in oppositum adamassim respondet Duaren. *ad tit. de testam. part. 2. fol. 317. col. 1.* Connan *lib. 9. comment. 2.* Cuiac. *in l. qui in potestate 6. ff. qui testam. facer. & Novel. 107. & in Paratit. Cod. de bon. quæ liber. Vigil. in principio Inst. quibus non est permis. num. 16.* ubi etiam Picharc. *n. 13. 97. & 98.*

186 Tandem quartum peculij genus dicitur profectitium, & definitum extat à Tuberone *in l. depositum 5. §. peculium 4. ff. de pecul. quod servus domini permisso*

separatum à rationibus dominicis habet, ducto inde si quid domino debetur. Quæ definitio exemplaris est, prout Dialectici vocant, exempti enim causâ loquitur ibi Consultus de servo; quia idem hoc jure de filiofamilias juris est, cum actiones de peculio pariter ad utrumque pertineant, §. *Actiones autem* 10. *Inst. de act.* Atque rectè Duaren. *ad tit. ff. de pecul. & Donel. ad rub. Cod. quod cum eo, à num. 37.* ita prædictam definitionem suppleant, ut quid definiendum fuerit, doceant, nempe quod filiusfamilias, vel servus, &c. prout definitum reperitur apud Isidor. *lib. 5. etymolog. cap. 25.* Quidquid ergo de bonis patris in filium profectum est, dicitur peculium profectitium, *argum. l. profectitium 5. §. 1. ff. de jur. dot. l. in fideicommiss. 3. §. Cum Pollidius, ff. de usur. §. igitur, Inst. per quas person. vers. quod nobis, ibi : Ut si quid ex re patris, &c.* Utrum verò illud quod contemplatione domini, vel patris servo, vel filio datum, vel relictum fuerit, profectitio peculio adnumerandum sit? Disputavit Mendoz à Castro *in dict. l. Cum oportet, à num. 6. cum sequentib.* ubi resolvit non profectitium, adventitium autem dici : contrarium tamen communiùs tenuerunt post DD. per multos Cald. *in l. si curatorem, verbo Læsis, à num. 116. Cod. de in integr. restitut. Surd. decis. 118. à num. 4. & decis. 169. num. 3. & decis. 322. ex num. 47. & decis. 324. num. 9. & cons. 305 num. 63. & cons. 427. num. 17. & cons. 488. n. 9. & de alim. tit. 9. quæst. 20. à num. 1.* Mantic. *de conjectur. ultimar. vol. lib. 8. tit. 16. à num. 1.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 16. à n. 109.* Molin. *de rit. nuptiar. lib. 3. quæst. 58. à num. 8.* Mangil *de imput. quæst. 24. num. 3.* Gratian *cap. 405. à num. 4.* Mierrez *de majoratib. 1. p. quæst. 1. à n. 423.* Gabriel. *comment. de jur. dot. concl. 5. n. 20.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 28. à num. 1. & cons. 286. à num. 8. lib. 3. & cons. 309. à num. 8. lib. 4.* Barbof. *in l. quæ dotis 34. num. 24. ff. solut. matrim. Valasc. de partit. cap. 13. à num. 4.* Molin. *de just. tract. 2. disput. 223. num. 4.* Pichard. *in §. quædam actiones 20. art. 3. & à num. 31.* *Inst. de act.* Carval. *in cap. Raynald. de testam.*

4. part. cap. 1. à num. 62. Castil. lib. 4. cap. 5. à n. 26 quos consules eos sequens cum occasio se obtulerit, propter meliora de jure fundamenta; & maximè apud nos ob leges Regias adductas ab ipso Valasc. ubi supra, dict. num. 4.
- 189 Quid autem dicendum sit, si pater dederit pecunias filio, ex eisque lucrum quaesierit? Utrum hoc lucrum dicatur profectitium, vel adventitium? Videbis eundem Mendez ubi supra, à numer. 19. Cald. in dict. verbo *Læsis*, num. 118. Surd. de aliment. tit. 9. quæst. 20. à num. 8. cum seq. optimè Valasc. d. cap. 13. num. 186. & 187. ubi quid de jure regio: Carval. in dict. cap. 1. à num. 279. Gratian. 3. tom. cap. 401. num. 22. Molin. de justit. tract. 2. disput. 234. per totam.
- 190 Respectu igitur horum bonorum profectitiorum docet Papinian. in prædicta definitione, eos qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere posse, habere, possideréve non posse; quia possessio non tantum corporis, sed juris est; quasi diceret: Quia licet possessio tota facti sit in suo esse, & essentia, juris tamen causat effectus, qui quidem nec momento resident penes ipsos servos, vel filiosfamilias, sed potius confestim acquiruntur ei, cuius subsunt potestati, seu ut loquitur Ulpian. in l. placet 179.
- 191 ff. de acquir. hæredit. neque momento aliquo subsistunt in persona ejus, per quem acquiruntur: acquiruntur namque ei, cui acquiritur, & id tam jure veteri dict. l. placet, §. 1. Inst. per quas person. quam jure novo, cum id mutatum haud sit constitutione dict. l. cum oportet, in princip.
- 192 Hinc donatio filiofamilias à patre facta nulla est, l. 1. §. 1. ff. pro donato, l. donationes quas parentes 5. Cod. de donat. int. quia nempe necessariò patri readquiritur, cum nec momento res apud ipsum filiumfamilias possit subsistere, cum acquisitionis incapax sit, quidquid contendat Fab. lib. 7. conjectur. cap. 11. ubi tenet filiumfamilias jure veteri acquisitionis non esse incapax, ac proinde ei acquiri quidquid pater per eum sibi acquiri noluisse. Unde ex eo tenet, donationem à patrefamilias factam filio nul-

lam esse, quia nulla obligatio inter eos consistat, l. Imperator 50. ff. ad Treb. l. neque cum filio 10. ff. ad Tertyl. sed meritò ¹⁹³ Osuald. ad Don. l. lib. 9. cap. 5. lit. L. hanc rationem refellit eo ductus, quippe quando sit donatio, statim jur. etiam traditione, vera quidem donatio est, & producit obligationem, l. Aristo 18. in principio, §. ult. ff. de donat. Ergo saltem hujus donationis esset capax filiusfamilias: quod tamen admittere est absurdum, ut satis constat ex l. donationes 31. §. pater, ff. de donat. l. 2. §. ult. ff. pro hærede, l. 1. §. 1. l. si pater 4 ff. pro donato, l. 2. Cod. de offic. donat. l. donationes 21. Cod. de donat. ¹⁹⁴ inter, l. cum de bonis 11. l. sive emancipato 17. in fine, Cod. de donat. l. si donationis 13. Cod. de collat. Pro ea autem quæstione de capacitate, vel incapacitate filiofamilias videndus est idem Faber errore 6. Pragmaticor. decad. 26. error. 7. n. 18. & decad. 33. error. 7. n. 8. & in Jurisprud. tit. 8. princip. 6. illat. 9. & princip. 7. illat. 3. & 1. tom. rat. in l. 4. §. si quid m. n. r. in l. Amilius 38. §. quod dicitur, ff. de minoribus: & 3. tom. in l. sed etsi 7. ff. de constit. pecun. & 5. tom. in l. 2. ff. de contrah. empt. Schifordeger. forens. disput. lib. 3. tract. 5. q. 9. Pichard. ad tit. ff. de acquir. hæred. cap. 15. per totum. Chumacer. selectar. jur. disp. 2. eleganter Melchior de Valenc. tom. 3. illustr. tract. 20. de acquir. hæredit. part. 1. à n. 8. cum sequentibus.

Dotis tamen capax erat filiafamilias ¹⁹⁵ etiam Digestorum tempore, ac proinde validam esse dotis in filiamfamilias donationem à patre collatam, constat ex l. Pomponius Philadelphus 35. ff. famil. ercisc. l. avus 79. ff. de jur. dot. l. Gaius 45. ff. solut. matrim. l. uxorem 41. §. testament. ff. de leg. 3. l. dotem 6. ff. de collat. bonor. Sicut enim etiam antiquitus filiusfamilias castrense peculium habere poterat, quasi proprium patrimonium, & in eo pro patrefamilias habebatur, l. 3. §. si autem 10. ff. de minoribus, cum alijs jam supra citatis; ita similiter favore matrimonij & publicæ utilitatis causâ, cum interfit Reipublicæ mulieres esse dotatas, l. 1. ff. de jur. dot. l. 1. ff. solut. matrim. l. interest 18. ff. de bon. authorit. judic. possid. cautum erat, ut dos castrensis quodammodo peculij

culij jure censeretur, & filia familias etiam vivente patre, in cuius erat potestate, & à quo dos profecta erat, quodammodo patrimonium esse intelligeretur, l. in eum 16. ibi: *Aquissimum enim visum est veteribus, mulieres quasi de patrimonio suis, ita de dotibus funerari, ff. de relig. & sumptibus funer. l. 3. §. ergo etiam 5. ibi: Quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est, ff. de minoribus: l. pater filiae 76. ff. de evict. l. pater filiam 14. in finalibus verbis principij, ff. ad leg. Falcid. l. Tutiam 4. ff. de collat. bonor. l. 1. §. ult. in finalibus verbis, ff. de dot. collat. l. satis 4.*

196 C. in quib. caus. pign. Et hinc erat, ut in dote exigenda communis actio patri & filiae competeret, quasi in causa dotis particeps, & focia obligationis patris filia esset, l. 2. §. quod si in patris 1. l. non solum 3. l. si cum dotem 22. §. eo autem tempore 5. l. Tutia 34. §. si gener 6. ff. eod. cum tamen hodie lege nostra regia per matrimonium filia exeat à patria potestate. Ord. lib. 1. tit. 87. §. 6. non erit communis actio patri, filiaeque; sed solummodo filiae competet, ex ratione legis unicae, §. Videamus, C. de rei uxor. act. not t Barbof. in l. 2. §. Quod si in patris, n. 12. ff. solut. matrim. Latius tamen pro hujus materiae exaltatione, quod nempe filia familias capax erat donationis ob dotem in eam collatae, videbis Anton. Fab. lib. 7. conjectur. cap. 12. & decad. 40. error. 9. & in rat. ad dict. l. Pompon. Barb. in l. 2. in dict. §. quod si in patris, à n. 1. à vers. 3. & ult. cum seqq. ff. solut. matr. Larrea lib. 4. selectar. cap. 8. Valenc. ubi supra, per totum n. 25. & 26. Mant c. de tacit. tom. 2. lib. 13. tit. 42. à n. 16. & tit. 13. à num. 7. & vide etiam quae tradiderat tom. 1. lib. 12. tit. 8. à n. 14. Fachin. lib. 13. cap. 60. Fontanel. de pact. tom. 2. claus. 5. gloss. 1. part. n. 25.

198 Quod autem diximus, donationem in filium à patre collatam nullam esse, id sane intelligendum est de simplici donatione: quid autem sit in donatione ob benemerita, & qualia haec esse debeant, & quomodo etiam de his debeat constare; & similiter de donatione ob causam facta, videbis Clar. in §. donatio. q. 8. à n. 1. Tiracuel. in l. si unquam, Cod. de revoc. donat. verbo Donatione largius, à n. 20. &

à n. 106. Mascard. vol. 1. concl. 184. & 186. & 560. Menoch. de arbur. lib. 2. cent. 2. cas. 132. per totum, & cas. 134. etiam per totum: & latissime, omninoque videntur lib. 3. praesumpt. 29. etiam per totam, Gail. lib. 2. observ. 38. Fachin. lib. 3. controvers. 74. cum aliquibus sequentibus, quem omnino videbis: Osuald. ad Donel. l. 9. cap. 5. lit. F. Mangil. de imputat. q. 29. à n. 14. Castil. lib. 5. cap. 80. à n. 38. Fontanel. de pact. tom. 1. claus. 4. à n. 2. cum seq. fol. 33. & eadem claus. 4. gloss. 7. part. 1. per totam, fol. 57. Micard. 1. part. q. 22. à n. 166. Carvalh. in dict. cap. Raynald. 4. part. cap. 1. à n. 150. Valenc. cons. 3. à n. 63. Peña dec. 504. à n. 2. Surd. cons. 459. num. 13. & cons. 469. à n. 25. Roland. à Valle vol. 1. cons. 98. à n. 49.

Et quid si donationi simplici juramentum adhibeatur? Videbis eundem Clar. 199 ubi supra, à num. 8. Menoch. dict. praesumpt. 29. n. 114. Gail. in dict. observ. 38. à n. 7. Fachin. l. 9. cap. 5. lit. E. Mangil. de imputat. q. 45. n. 28. multis Fontanel. tom. 1. claus. 4. gloss. 7. part. 2. n. 57. cum seq. ubi quid decisum sit in multis Senatibus: & numer. sequent. rectè explicat, ubi n. 60. de clausula Omni meliori modo: & 1. tom. dec. 54. n. 14. Amat. dec. 51. à n. 16. cum sequentibus. multis Ciarlin. tom. 2. cap. 137. n. 2. Peña dec. 499. à n. 1. & dec. 504. à n. 8. Surd. cons. 57. n. 9. & cons. 259. n. 15. & de aliment. tit. 9. q. 2. n. 20. Roland. à Valle vol. 1. cons. 77. à n. 1. cum seq.

Ad textum in l. cum haeredes 23. ff. de 200 acquir. possess. supra à nobis adductum: Respondendum est Jureconsultum in priori illius parte tradidisse, in haeredes aditā hereditate omnia defuncti jura transire. In secunda verò parte docet, non ita esse in possessione, hanc enim non transire docet, eamque ab haerede comprehendi necessum esse: & quia hoc docet non pro limitatione prioris regulae, sed illud proponit tanquam secundam regulam contrariam primae, potius manifestè demonstrat possessionem quid facti esse, & ob hoc non transire ad haeredem, quemadmodum transeunt jura: ac proinde benè lectus & intellectus textus hic apertè probat nostram sententiam. Utrum verò regula hujus tex-

tus procedat etiam respectu aliorum suorum hæredum, ut neque in eos possessio defuncti patris transferatur? Affirmabis, quidquid dixerit Gloss. in l. in suis, in versic. Etiam possessio ff. de liber. & posthum. & in §. sui, Inst. de hæred. qua uat. & alij relati à Tiraquel. in tract. Le mort, in præf. declarat. 3. cum Valasc. consult. 126. num. 9. Cald. de empt. cap. 12. num. 14. Gail. eleganter lib. 2. obser. 152. sub numer. 1. à vers. Sed pars negativa, Castil. lib. 3. cap. 22. à numer. 19. cum seq. & cap. 24. à numer. 2. Posth. de manut. decis. 120. num. 11. & 72. numer. 6. & 64. num. 3. Noguerol. alleg. 25. num. 187. Amat. resol. 39. à numer. 1. Giurb. in consuetud. cap. 1. gloss. 6. part. 1. à numer. 9. cum seq. Paschal. de virib. patr. potest. 4. part. cap. 1. à numer. 48. latè Olea de cess. jur. tit. 6. q. 5. per tot. Utrum verò mortuo possessore retineatur per colonos favore hæredis? Videbis Surd. conf. 117. à numer. 8 & 160. à numer. 28. & 491. num. 12. Posth. decis. 73. à numer. 12. & decis. 81. à numer. 10. & decis. 77. à numer. 7. Giurb. ubi suprà, num. 17. cum multis Amat. ubi proximè, num. 7. Quid verò sit in successore nomine dignitatis, videbis cum multis Amat. d. resolut. 39. n. 4. Paschal. dict. cap. 1. num. 51. Quid verò in quasi possessione percipiendi aliquid annuum, an possessio antecessoris proffit successori activè, vel è contrario noceat, passivè? Videbis Gomez in l. 45. Tauri, à n. 172. Menoch. de recuper. remed. 1. q. 8. à n. 87. cum seq. Peregrin. de fideicom. art. 46. n. 19. Gratian. 1. tom. cap. 131. à numer. 16. Reynof. observ. 62. à numer. 19. Cancer, 2. part. cap. 7. de restitut. Spoliator. num. 84. Fontanel. de pact. 1. part. claus. 4. glos. 18. part. 4. à numer. 12. & 1. part. decis. 185. à numer. 8. Reynof. observ. 62. per tot. optimè Olea de cess. jur. & act. tit. 6. quest. 5. per totam.

205 Minus etiam obstat textus in dict. l. si ea res, §. uterque 2. ff. de act. empt. quia licèt ea verba, qui prius jus ejus apprehendit, referantur ad possessionem; non tamen ex eo probant possessionem quid juris esse in sui essentia & natura, sed ex ipsa possessione jus illud præferendi re-

sultare; & sic dum vocat jus, respicit ad effectum, quem jus factio possessionis tribuit. Pro ea verò materia, & illius exaltatione, quæ communiter re- 206
petitur in l. quoties 9. Cod. de rei vendicat. & in Ordinatione regia lib. 4. tit. 7. videbis relatos à Glossatore ibidem, ultra quos Fachin. controvers. lib. 7. cap. 32. & 33. Hermosil. in l. 51. tit. 5. part. 5. à numer. 1. cum seq. latè August. Barb. in dict. l. Quoties.

207 Minus obstat etiam textus in l. 2. §. final. ff. de precario, quia nullo modo ex eo probatur possessionem quid juris esse; explicatur enim dict. §. per legem, veluti sequentem, ait Ulpian. in dict. l. 2. §. final. habere precario videri, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est. Explicat verò Gaius in dict. l. sequenti, quomodo 208
juris possit dari precarium, dicens ita: Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire, vel agere tibi liceat. Non probatur ergo modo aliquo ex dict. §. finali, possessionem quid juris esse. Sed 209
quamvis in hoc textu dicatur servitutes precario concedi posse, quod etiam dicitur in l. & habet 15. §. precario 2. ff. de precar. & in l. si quis sepulchrum 12. ff. de religios. & sumptib. suer. nihilominus servitus precario concessa non est propriè servitus, quia perpetua ejus causa non est, sed pendet ex arbitrio, & voluntate ejus, qui concessit, ut rectè notat Cujac. lib. 22. observat. capit. 37. & cum eo Osuald. ad Donel. lib. 11. cap. 9. in notatis lit. B. 210

211 Non obstat etiam textus in l. non ideo minus 5. Cod. de liber. caus. quia illa verba, possessionis jus, referuntur ad effectum; ac si diceret Imperator, quod si ancilla proclamans in libertatem affirmationem suam non impleat, jure dominum eam possessurum. Quia verò in principio textus proponitur limitatio quædam ad materiam legis benè à Zenone, Cod. de 212
quadrien. præscript. videbis cum occasio se obtulerit, latè eam explicantes, multosque referentes Cald. de empt. c. 12. à n. 23. Barb. ad l. 1. Cod. de præscript. 30. ann. n. 66. & in l. 1. part. 1. n. 13. ff. solut. matrim. Gratian. tom. 5. c. 907. Castil. lib. 2. c. 5. Cujac. controvers. 531. 532. & 533.

Tandem

213 Tandem non obitat textus in l. nemo
ambigu 10. Cod. de acquir. possess. juris
enim est principium, necessario ad pos-
sessionis acquisitionem factum interve-
nire debere, nec solum animum suffice-
re, l. possideri 38. §. 1. §. Neratius, & §. in
amittenda 6. l. quemadmodum 8. ff. de ac-
quir. possess. l. ferè 195. ff. de reg. jur. licet
214 iolo animo acquisita retineatur, l. si id
quod 25. §. quod autem, l. clam 6. §. qui ad
Nundinas, l. quamvis 46. ff. de acquir.
posses.

215 De qua re optimè Valenc. lib... illustr.
tract. 2. cap. 2. à num. 17. usque ad 31.
Secundum ergo hoc juris principium
docet Constantin. in dict. l. nemo, posses-
sionis duplicem esse rationem, aliam
quæ in jure consistit, aliam quæ in cor-
pore, respiciens ad factum prorsus etiam
ad eundem finem necessarium: & ideò
ex his verbis, quæ sic intelligenda sunt
cum Glossa ibidem, minimè probatur
possessionem quid juris esse. Prosequi-
tur: Quod si acquisita sit possessio, tandiu
216 legitimam esse ad usucapionem, quandiu
interpolata ab adversario aliquo non fue-
rit. Et hic est sensus illorum verborum:
Ita demùm legitimam esse, &c. Qua inter-
polatione & cōtroversia progressa, non
posse esse intelligo possessorem (ad effe-
ctum nempe usucapionis;) quia licet
possessionem corpore teneat, tamen ex
interposita contestatione, & causâ in ju-
diciū deductâ, super jure possessionis
vacillat, & dubitat, ideò dubitat de ti-
tulo, & justa possidendi causa: & hoc sig-
nificat illud verbum, juris possessio, &c.
Non probatur ergo etiam ex illis verbis
quid juris possessionem esse; ac proinde
meo videri iatis defensata manet nostra
resolutio, quod scilicet tota in sui essen-
tia, & natura facti possessio sit.

§. V.

De fictione legis Cornelie circa
explicatione §§. antea
positorum.

SUMMARIUM.

- 1 Decedens apud hostes servus decedit.
- 2 Ignominiosum erat sine hærede dece-
dere.
- 3 Ratio ob quam introducta fuit lex
Cornelia, & à quo, & quo tempore.
- 4 Quid fingat lex Cornelia.
- 5 Capti non erant servi antequam in
præsidia ducerentur.
- 6 Notatur Costa in Inst Papinianum re-
prehendens.
- 7 Instans mortis vitæ tribuitur.
- 8 Differentia inter fictionem postliminii
& legis Cornelie.
- 9 Interpretatur textus in l. captum 9.
Cod. de postlimin revers.
- 10 Interpretatur textus in l. lex Corne-
lia 12. ff. qui testam. facerè: & n.
11. & 12.
- 12 Quis sit iure necessarius, vel suus hæ-
res.
- 13 Interpretatur textus in l. si necem 4.
§. 1. ff. de bon. libertor.
- 14 Prætor requirit factionem testamenti
utroque tempore.
- 15 Interpretatur textus in l. bona 22. §.
ult. ff. de captiv.
- 16 An lex Cornelia solum confirmet tes-
tamentum, quod per captivitatem ir-
ritum sit, ad l. bona 22. §. ult. ff. de
capt. & num. 18. & 20.
- 17 Intelligitur lex Si quis uxorem, ff. de
injust. rupt.
- 19 Rumpitur testamentum, si prius vale-
re dicatur.
- 21 Lex Postliminium 12. ff. de injust.
rupt. & num. 24.
- 22 Quæ secundariò fiunt, non attendun-
tur.
- 23 Differentia inter posthumum Corne-
lianum, & Velleianum.
- 25 Lex penultima, ff. de suis, & legitim.
hæredib.
- 26 Hæres filij non potest petere bonorum
possessionem, dum pater captivus vi-
vit.
- 27 Casus in quo hæreditas non adita trās-
mittitur.
- 28 Lex bona 12. §. Quod filius, ff. de
captiv. 29 Inter

- 29 Interpretatur textus in l. impuberem
22. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de fals.
30 De prohibitione Libiniani.
31 Remissive ad materiam.

Superioribus §§. multa dicta reliquimus, nec insubtilia, nec vulgaria de postliminij fictione: sed nondum per eam satis bello captis provisum erat, cum sæpius apud hostes mori contingeret absque eo, quod in civitatem reverti potuissent, quo casu servos decedere eos, & sine hærede necessarium erat, l. si quis filio 6. §. iritum 5. ff. de injust. rupt. l. itinere 3. §. final. ff. de verbor. significat. quod ignominiosum valde habitum fuit, l. & quia 6. ff. de interrogat. in jure faciend. l. primo gradu 23. ff. quæ in fraud. creditor. §. 1. Inst. qui & ex quibus caus. manumit. non poss. peculiarem legem ferri æquum fuit, quæ illos pro salute populi libertatem, & vitam amittentes ab hujusmodi dedecore vindicaret, eorumque ultima elogia quasi Civium Romanorum tueretur, & confirmaret. Lata igitur est lex Cornelia à Lucio Cornelio Sylla Dictatore perpetuo anno ab Urbe condita 673. & ante Christum natum 77. post primum illud perniciosum bellum, quo plures quam quindecim milia Romanorum sub jugo Pænorum venerant, ut observat Hothoman. in indice leg. Romanar. Patreus ad veteres populi Romani leges, Anton. Augustin. lib. sing. de legib. verbo Lex Cornelia, Rossin. lib. 8. antiquit. Roman. cap. 18. Mysinger. in §. si ab hostibus, num. 14. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solvit. Viglius in §. final. Inst. quib. non est permis. facer. testam. pungitque Valenc. illustr. tom. 1. tract. 3. cap. 8. num. 1. quæ tempora mortis captivitati jungens, perinde rem haberi jubet, ac si qui verè apud hostes decesserunt, in Civitate, & apud suos in fata concessissent, ut sic non minus quàm Romani Cives, & hereditatem & hæredem habere possent, l. justo errore 44. §. final. circa finem, ff. de usucap. l. an omnibus 18. ff. de captiv. l. 1. §. 1. ff. ad leg. falcid. Fingit namque illo instanti illos mortuos esse, quo capti sunt, dicit l. in omnibus: textus elegans in l. cum hic sta-

tus 32. §. si ambo 14. in vers. Secundum hæc, ff. de donat. inter, l. 1. Cod. de postlimin. revers. ut hinc inferri liceret, eorum judicia quasi liberorum hominum confirmari, quia non statim ut capiuntur, hostium servi fiunt, sed cum ad præsidia illorum perducuntur, l. postliminij 5. §. 1. vers. Antequam, ff. de captiv. quo aperto textu satis demonstratur, lapsum fuisse Costam in cap. Si pater, 2. part. verbo Testatore mortuo, num. 15. cum nimis audax agit in reprehendendo Papiniano, qui in l. pater 10. ff. de captiv. docuit defunctum apud hostes, ex quo captus est, decessisse intelligi: cui consonat Paul. in l. si filius familias 39 ff. de testam. milit. quasi ex hoc necessario evinci debuisset illum servum decessisse, sicque frustra legem Corneliam de ejus elogio curasse, atque ideò præambulâ horâ ante captivitatem ortâ functum fuisse fingi debere: nam præterquam quod manifestè convincitur ex nuper dictis, de qua re jam suprâ egimus, etiam si cum caperetur, servus efficeretur, tamen ex communis juris regulis instans illud libertati potius, quàm servituti adscribi deberet, exemplo ejus quod dici solet, instans mortis vitæ tribui, non morti, l. qui duos 18. §. 1. ff. de manumif. testam. l. ult. ff. de condit. institut.

Ex quibus patet differentia inter hujus legis & postliminij fictionem, quod illa ab hostibus reversis prospexit, ut superioribus relationibus est visum; hæc apud hostes defunctis succurrit, ut modo notandum est. Sed fortiter obstat Imperatorum rescriptum in l. captum 9. Cod. de postlimin. revers. ubi filium reversum, mortuo interim patre, suum hæredem propter legem Corneliam fore statuunt, ibi: Lex Cornelia reversum, &c. Reictâ solutione Hothomani in §. Interdum, Inst. de heredit. quæ ab intest. deser. enunciat. i. existimantis Imperatores oblitos fortè legis Cornelie, ibique postliminio abusos fuisse; & alia Antonij Fabri lib. 9. conjecturar. cap. 6. & lib. 10. cap. 3. & in Papinian. tit. 11. princip. 7. illat. 19. dicentis verbum illud, Cornelia, irreptitium esse; assentior Cuiacio, qui in notis ad Paul. lib. 3. sententiar. tit. 4. vers. qui ab hostibus,

hostibus, & ad dict. l. captum, post Accursi. ibidem, verbo Lex Cornelia, vers. Vel dic, putat patrem simul cum filio ab hostibus captum, ibique defunctum fuisse, ut in simili specie docemur in l. final. Cod. ex quib. caus. maior. sicque rectè rescripsisse Imperatores, virtute legis Corneliae filium suum extitisse heredem, dum fingit patrem instanti suæ captivitatis decessisse.

10 Ex suprà dictis autem infertur interpretatio ad textum in l. lege Cornelia 12. ff. qui testam. facere, ubi dicitur testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmari, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent. Et rectè quidem, quia cum captus fingatur mortuus, in captivitatis ipiomet instanti verè fingitur mortuus, & consequenter illius testamentum confirmatur ac si Civis Romani esse, & non hostium captivus: & illa verba, quæ

11 sequuntur *Et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet*; non ut Accursi. existimat, ad agnatum, vel cognatum referenda sunt, cum de testamentarijs tantummodò loquatur Julian. non de legitimis hereditatibus; sed spectant ad genera heredum, qui in testamento scribuntur, quæ tria sunt, necessarij, sui, & voluntarij; & ideo mox subjicit: *Quare servus*. Quibus verbis significatur fictionem legis Corneliae non tantum voluntarium, sed & necessarium, & suum heredem facere. Fingit lex, cum qui apud hostes decessit, eo tempore, quo captus est, decessisse: fingit igitur Civem, & familiam habentem decessisse; & hoc modo heredem captivo constituit necessarium, vel suum, non inspecta morte naturali, prout rectè intelligit Cuiac. in recitat. ad tit. ff. qui testam. facer. in d. l. Cornelia, & ibidem lib. 42. Digestorum Juliani. Ideò verò necessarios, vel suos impropriè heredes vocat, quia propriè necessarius, vel suus ille est heres, qui verè in morientis potestate est, §. 1.

12 *Inst. de hered. qual. l. ult. ff. de collat. bonor. l. scripto 7. ff. unde liberi*. Captivus autem apud hostes defunctus, cum alienæ sub sit potestati, alium in sua habere non potest, l. sic eveniet 21. ff. ad leg. Jul.

de adulter. l. cum heredes 23. ff. de acquir. possess. Ita Fab. dict. tit. 11. princip. 9. illat. 2. seu meliùs Cuiac. ubi proxime. Uno verbo propriè fit, quod naturaliter fit, non fictione.

Simili etiam interpretatione donatus est textus in l. si necem 4. §. 1. ff. de bon. libertor. ubi Paul. docet adversus testamentum liberti qui testatus in civitate apud hostes decessit, bonorum possessionem contra tabulas dandam esse, paterno præterito, propter legem Corneliae, quæ testamentum confirmavit; quamvis libertus propriè dici nequeat qui servus decessit. Et meritò, cum libertina conditio manumissum à servili statu liberatum significet, princip. Inst. de libertin. Libertus verò iste verè quidem à servili statu liberatus haud dici potest, cum reverà servus decessat. Ideo verò in ea specie per legem Corneliae confirmari oportuit testamentum, quia Prætor ita demùm bonorum possessionem præstat, si utroque tempore, & testamenti, & mortis, testamenti factio ei adfuerit, l. 1. §. exigui, ff. de bon. possess. secund. tab. quorum alterum defuisse præcisum est apud hostes decedenti, quia cum servus decessat, omninò testamenti factione caret: quod sanè per legem Corneliae suppletur; cum enim captum liberum, & civem decessisse fingat, adest supposita illius fictione utroque tempore, & testamenti, & mortis, testamenti factio.

Existimat autem Anton. Fab. in Jurisprud. tit. 11. princip. 9. illat. 4. solummodò per legem Corneliae ea testamenta confirmari, quæ aliàs per captivitatem irrita fierent, l. si quis filio 6. §. irritum 5. ff. de injust. rupt. non verò quæ ex alio accidenti irrita essent: cujus exemplum petendum esse docet ex l. bona 22. §. ult. ff. de captiv. ubi si quis cum prægnantem uxorem haberet, in hostium pervenerit potestatem, & nato deinde filio, & mortuo decesserit, ejus testamentum nullum esse Julian. docet, assignans rationem his verbis: *Quia & eorum, qui in Civitate manserunt, hoc casu testamenta rumpuntur*: ob sui heredis scilicet præteriti agnitionem, l. 1. l. verum 8. ff. de injust. rupt. §. postlimin. 1. Inst. de exhæredat. liberor.

17 Cæterum hæc sententia manifestè convincitur ex difficili textu *in l. si quis uxorem 15. ff. de injust. rupt.* ubi in eadem specie Javolen. non modò per legem Corneliam confirmari testamentum docet, verùm etiam nato posthumo, continuò per illam rumpi; quod difficilius multùm videri quidquam posset. Quare omisâ emendatione ejusdem Fabri *lib. 10. conjectur. cap. 9.* loco illorum verborum: *Per legem Corneliam, in dict. l. Si quis uxorem, reponentis, Post legem Corneliam,* quo confirmat potius, quàm minuit dubitationem, dicendum existimo

18 legem Corneliam non modò confirmare testamta, quæ omninò valitura essent, si captivi apud suos decederent, verùm etiam quæ supervenienti aliquo accidenti rupturæ exposita forent, ut aperte probatur *in dict. l. si quis uxorem 15.* ubi posthumi nativitate testamentum rumpitur, quod per legem Corneliam confirmatur; neque enim aliter rumpi potuisset, *l. nam etsi 5. vers. Post defectum,* ibi: *Quia nullus est, ff. de injust. rupt.* Sicque verum est dicere *in dict. l. si quis uxorem 15.* per legem Corneliam rumpi testamentum, hoc est (ut ego interpretor) occasione, & medio legis Corneliæ antecedenter illud confirmantis. Quæ interpretatio suadetur etiam ex eo, quia si lex Cornelia cessaret, dici nequaquam posset posthumo nato, continuò rumpi testamentum, ut in eadem lege dicitur. Nam licet dum viveret testator, propter spem postliminij testamenti vires in suspenso manerent, juxta legem *illa institutio 32. §. 1. de hæredib. instit. l. penult. ff. de suis & legitim. hæredib.* cum alijs; tamen eo mortuo apud hostes, appareret postliminij spem inanem fuisse, *dict. l. penult. l. in bello 12. §. 1. dict. l. bona 22. §. quod si filius, ff. de captiv.* Quare cum cessante postliminio testamentum ipsa captivitate irritum factum à principio appareret, *d. l. 6. §. irritum,* falsum foret dicere, posthumo nato, continuò ruptum fuisse, cum nihil invenisset, quod rumpere potuisset. Ulteriùs confirmatur *ex dict. l. Bona, §. ult.* ubi in prædicta specie, perinde non valere testamentum dicitur, atque ejus, qui in

civitate mansisset At testamentum ejus, 19 qui in civitate mansisset, ita demùm agnitione posthumi rumpetur, si prius valere diceretur, *dict. l. 5. §. post defectum, §. posthumi, Inst. de exheredat. liberor.* Ergo etiam in superiori casu illud valuisse prius affirmandum est. Quod ta- 20 men non aliunde fieri potest, quàm si lege Cornelia confirmetur; neque aliter Consulti ratio benè ipsius decisioni adaptari poterit. Quod verò *in dict. §. illud,* dicitur nato posthumo testamentum nullum esse, non significat testamentum, in quo posthumus præteritur, ab initio nullum esse; nam id filijfamilias nati præteritio solùm efficit, *l. inter cætera 30. ff. de liber. & posthum. princip. Inst. de exhered. liber. juncto §. sequenti,* sed quia ut benè notat Fab. *in dict. illat. 4. & in dict. cap. 9.* testamentum ruptum, ex quo tempore ruptum est, perinde est nullum, ac si nunquam valuisset; quia perinde sine testamento decedit tunc testator, ac si nunquam testatus fuisset, *princip. Inst. de hæredit. quæ ab intest. defer.* Rectè igitur infert Consult. *in dict. l. 15.* ad neminem ex eo testamento perventuram hæreditatem.

Sed contra supradicta potest opponi, videri implicare contradictionem, quod in supradicta specie ob legem Corneliam rumpatur testamentum, cum illius finis sit illud confirmare, ut proponitur *in dict. l. qui uxore n, ibi: Quia per legem Corneliam, quæ de confirmandis eorum testamentis, &c.*

Respondebis tamen finem quidem, & principale intentum legis Corneliæ semper versari circa testamta illorum, qui apud hostes decedunt confirmanda, sed ex ipso fine in præfata specie resultare testamenti reputatam. Pendet quidem in ea validitas testamenti, dum pater vivit, postliminij fictione, quæ si pater revertitur ab hostibus convalescit testamentum, remoto impedimento nativitatis filij, cum decefferit eo vivente; & Prætor ex eo testamento, mortuo patre, scriptis hæredibus bonorum possessio- 21 nem secundum tabulas dabit, & etiam ex rescripto Divi Adriani, de quo *in l. posthumus 12. ff. de bonor. possess. secundum*

dum tab. sed mortuo patre ingreditur legis Corneliae fictio, & ut confirmet testamentum, mortis tempus captivitas instanti jungit: hoc igitur respectu nato posthumo adhuc captivo patre, dicitur ob eam fictionem rumpi testamentum. Respicit namque ruptura illa validitatem testamenti, quae à lege Cornelia portenditur, & secundario ex vi legis resultat: quae verò secundario, & quae per consequentiam resultant, nec attenduntur, nec remorantur principale intentum, argumento legis primae, ff. de authorit. tutor. juncta ibi Glossa verbo Accommodare, l. milites 9. §. final. juncto §. ex illa 9. ff. ad leg. Cornel. de fals. cum similibus vulgaribus.

Itaque ex dictis facies differentiam inter posthumum Cornelianum, & posthumum Velleianum; quia posthumus Cornelianus ita rumpit testamentum, ut nunquam ex eo dari possit hereditas, vel bonorum possessio; quia licet revera moriatur vivo patre, cum tamen pater antè mortuus fingatur, omninò irritum manet testamentum, l. 1. & 3. Cod. de posthum. hered. instit. juncto Osualdo ad Donel. lib. 6. cap. 16. lit. P. Posthumo verò Velleiano nato, & mortuo (de quo in l. Gallus, §. nunc. de lege, ff. de liber. & posthum.) non irritatur testamentum, sed potius ex eo bonorum possessio deferretur, dict. l. posthumus 12. ff. de injust. rupt. cui addes Donel. lib. 6. comment. cap. 13. & ibi Osuald. lit. C. & l. 6. cap. 16. vers. Restituitur, Anton. Fab. l. 10. conjectur. cap. 19 & l. 6. cap. 5. Alvarot. l. 3. paradox. cap. 8. Forcatul. dialog. 10. Pichard. in l. si adrogator 22. ff. de adopt. ante tit. Inst. eod. & in princip. Inst. de exheredat. liberor. n. 52. Costa in cap. si pater ad testam. verbo Impuberes, n. 12. & in dict. l. Gallus, §. & quid si tantum, 2. part. à n. 108. cum seq. & 4. part. à n. 49. ff. de liber. & posthum.

Quae diximus supra faciem praefereunt ad intelligentiam Papiniani in l. si pater, penult. ff. de suis & legitim. hered. ubi filiusfamilias decedens in Civitate patre capto ab hostibus, & vivente adhuc, heredem legitimum habet ab intestato, si apud hostes deinde decedat pater; quia cum lex Cornelia patrem instanti capti-

vitatis mortuum fingat, filium sui juris decessisse retrò apparet, sicque heredem habere potuisse: interim tamen dum pater vivit, bonorum possessio filij decedentis à legitimo heredem peti haud potest, l. 2. §. si quis decesserit, ff. unde legitimi, l. 1. §. 1. ff. ad Tertullian. hac namque ratione quia nondum apparet, an paterfamilias decedat propter postliminij fictionem captivi jura suspendentem, & non abrumpentem, ut docet Consult. in l. illa institutio 32. §. 1. ff. de hered. instit. ideoque ex futuro eventu pendet scientia in praeteritum, ut docent jura in l. in bello 12. §. si quis capiatur 1. l. bona 22. §. si filius 2. ff. de captiv. textus elegans in l. proponebatur 9. ff. de castrens. pecul. l. huic scripturae 35. §. 1. ff. ad leg. Aquil. adverto tamen quod si dum vivit pater, moriatur qui ab intestato succedere filio debebat, & deinde pater, bonorum possessio ad heredem legitimi illius heredis transmittenda erit, ex aequitate tamen Praetoris, ut insinuat Consult. in dict. l. 1. §. 1. ff. ad Tertull. cum secundum juris placita hereditatem non aditam nemo posset regulariter ad heredes transmittere, l. unica, §. in novissimo, Cod. de caduc. tollend.

Hac tamen videtur impugnare Julian. in dict. l. bona 22. §. si filius, ibi: Et vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. Ubi quando filius vivo patre, & postea pater apud hostes decedit, filij bona non tanquam patrisfamilias ad ipsius heredem, sed potius filijfamilias peculium ad patris heredem perventura docet. Quam difficultatem ut componat Accurs. ibidem verbo Pertinebit, circa eorum verborum lectionem fluctuat. Nam primò ibi negotium deesse affirmat; secundò interrogativè legi posse existimat, quasi contrarium insinuare voluisset Consultus. Et licet priori opinioni adhaerit Cuiac. l. 29. quest. Papiniani in dict. l. pater 10. ff. de captiv. mihi tamen neutra placet, sed potius cum eodem Accurs. ibidem, eum versiculum de eo patre intelligi debere sentio, qui non apud hostes decessit, sed ad civitatem reversus postliminio pristina jura recuperavit, simulque acquisita medio tempo-

re à filio suo prædefuncto, juxta legem proponeretur 9. §. ult. ff. de castrens. pecul. dict. l. in bello, §. si quis capiatur, itaut in dict. §. quod si filius, hæc pertineant ad hæredem patris revertentis, non apud hostes decedentis. Quod confirmatur ex eodem textu, quia Consultus duas proponit species sibi invicem contrarias; nam cum prius asseruisset, mortuo patre priusquam postliminio redierit, acquisita à filio non ad patris, sed ad ipsius filij hæredem pertinere, subjungit: *Si tamen vivo patre filius decedat, ad patris hæredem pertinere.* Ubi Julian. consultò omisit illa verba, *mortuo patre priusquam postliminio redierit*, ut sic ex contraria ipsius decisione contrarias etiam species quasi in necessarium antecedens supponeremus; hoc est, quando postliminio reversus in civitatem pater decessit. Sicque optimè convenit ratio, quæ sequitur ibi: *Nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendentibus esset. Reverso quidem patre existimatur, nunquam suæ potestatis fuisse: mortuo, tunc patrem familias fuisse, cum pater ejus in hostium potestatem perveniret.* Manifestè igitur probatum manet, Julianum de utroque egisse, sicque diversa in unoquoque statu necesse fuisse.

- 29 Ex dictis etiam quæri potest ratio decidendi ad legem *Impuberem* 22. §. 2. ff. ad leg. *Corneliam de fals.* ubi pater filio qui apud hostes est, legatum adscripserit, si filius revertatur, in Senatusconsultum incidit; sin verò ibi decedat, Senatusconsulto locum non esse docet Paul. Pro cujus intelligentia scire oportet Senatusconsulto Liboniano cautum fuisse, ut qui cum testamentum alterius scribere sibi legatum adscripsisset, vel ijs, qui in ipsius essent potestate, pœnâ falsi teneretur ex lege *Cornelia*, quæ continetur in l. 1. §. final. ff. eodem, legatumque inutile foret, nisi testator sua subscriptione illud confirmasset, dict. l. 1. §. ad testamenti, cum seq. l. 4. l. si quis legatum 6. cum suis §§. ff. eod. l. 10. in princip. & §. 1. l. si pater 11. l. filius emancipatus 14. l. Divus Claudius 15. etiam tum suis §§. eod. & pro optima totius
- 30 materiae explicatione videbis Cuiac.

tract. 3. ad *African.* in dict. l. si quis legatum & lib. 22. quæst. Pauli, in d. l. filius emancipatus: Molin. de just. tract. 2. disp. 125. à vers. *dubium est hoc loco*: Reinof. observ. 17. à num. 10. Valasc. consult. 178. Pereir. decis. 32. Unde fit in superiori specie, ut si filius revertatur, cum postliminij jure in civitate fuisse, & in patris potestate fingatur, legatum necessario patri quæri debuerit, l. penult. §. ult. ff. de usucap. l. in bello 12. §. 1. ff. de captiv. quod Senatusconsulto prohibetur. At verò si filius apud hostes decedat, quoniam legis *Corneliae* virtute tunc mortuus fingitur cum captus est, juxta supradicta, legatum tanquam mortuo adscriptum inutile fuisse apparet, l. Divi 6. §. ult. ff. de jur. codicill. l. unica, §. in primo, Cod. de caduc. tollend. unde cum patri id per mediam filij personam acquiri nequeat, merito extra Senatusconsulti pœnam esse dicitur, argumento dictæ legis *si pater* 11.

§. VI.

An pupillares tabulæ confirmentur etiam legis *Corneliae* fictione?

SUMMARIUM.

- 1 Difficultas quæstionis.
- 2 Casus proponitur.
- 3 Substitutio solum valet si filius sit in potestate patris tempore mortis.
- 4 An confirmetur substitutio pupillaris filio instituto facta, si pater apud hostes decedat: vide num. 5. pro intellectu legis pater 10. ff. de captiv. & l. lex *Cornelia* 28. ff. de vulg.
- 8 Quid sit dicendum si fiat filio exheredato? Opinio Fabri num. 6. Contrarium resolvitur num. 7. & refellitur Fab. ibid. & num. 10.
- 9 Substitutio pupillaris potest fieri etiam exheredato.
- 12 Quid si filius prius moriatur in Civitate, quam pater apud hostes? pro intellectu legis quod si filius 11. ff. de captiv. & num. 14. & 17.

- 13 Verbum, videtur, referri ad fictionem.
- 15 Non adita patris hereditate corrumpunt secundæ tabulæ.
- 16 In suis herediis non est necessaria aditio.
- 18 Liberatur Cumanus à censura Costæ.
- 19 Quid si pater moriatur in Civitate, & filius postea capiatur, & apud hostes decedat.
- 20 Explicatur lex si pater 10. §. 1. ff. de captiv. cum lege lex Cornelia 28. ff. de vulgari, & num. 21.
- 22 Quod fit ex mente legis, dicitur fieri ex lege.
- 23 Lex Cornelia confirmat impuberis hereditatem, & quare num. 24. & 27.
- 25 Expenditur versiculus planè, dict. §. 1.
- 28 Defenditur illius vulgaris lectio.
- 29 Utrum in ea specie necessario substitutus petere debeat à Prætoe bonorum possessionem.
- 30 Quare præstentur actiones utiles, & non directæ substituto.
- 31 Quid si filius moritur priusquam pater? pro intellectu dictæ legis lex Cornelia, in vers. Si verò.
- 32 Hereditas est nomen juris, & nulla bona requirit.
- 33 Filius fam. incapax est bonorum actu, & potentiâ.
- 34 Quid si pater, & impubes apud hostes decedant? pro explicatione legis Quod si filius 11. §. 1. ff. de captiv. cum lege si pater 29. ff. de vulgari: & n. 40.
- 35 Refertur communis intellectus ad dicta jura.
- 36 Et convincitur.
- 37 Refertur intellectus Bart. & reprobat.
- 38 Existentiâ sui heredis pupillares tabulæ confirmantur.
- 39 Sui heredes sunt ipso jure heredes, neque scientia est aliqua necessaria.
- 41 Explicatur quare prius in dicta specie requiratur mors patris quàm filij.
- 42 Impugnatur Faber in hoc puncto.
- 45 Quando præsumatur prius mortuus pater, quàm filius.

Hæc quæstio adeò difficilis est, & intricata, ut desperasse aliquando se ad ejus intellectum venire posse asserat Cuiac. lib. 29. quæst. Pap. in l. si pater 10. ff. de captiv. & Faber lib. 10. conjecturar. cap. 4. & seqq. ea quæ lib. 2. cap. 9. scripserit, retractaverit: & licet Vanc. tom. 1. illustr. tract. 3. cap. 9. eam per casuum distinctionem, quâ solet elegantia dissolvat, adhuc tamen labor noster nec vanus, nec superfluus erit, quia pro viribus rem difficilem ea claritate explicatam relinquemus, ut jam non difficilis, sed satis facilis reddatur omnino. Sit igitur hæc prima species quæstionis.

Pater filio impuberi instituto substituit pupillariter, deinde captus est ab hostibus, & decessit apud hostes: post mortem patris filius decessit in civitate impubes. Quæritur an valeat substitutio pupillaris, ut nempe substitutus à patre admittatur ad hereditatem filij? an verò non valeat, ut hæredes ab intestato ad hereditatem illius admittantur? Quod non valeat præfata substitutio, videtur probari, quia pupillares tabulæ tunc solum valent, si impubes in potestate patris fuerit tempore mortis patris, l. coheredi 41. §. cum filia 2. ff. de vulgari. Sed in proposita specie filius per captivitatem patris, vivente adhuc patre, ab ejus exitu potestate. Cum enim pater in hostium sit potestate, alium, idest filium, in sui potestate habere non potest, l. sic eveniet 21. ff. ad leg. Jul. de adulter. Igitur ex prædicta specie videbatur dicendum, irritam fieri, evanescereque pupillarem substitutionem. Et ita quidem opinasse quosdam asserit Papinian. in dict. l. pater 10. in princip. ff. de captiv. Sed contrarium ibidem resoluit Papinian. & Julianus in l. lex Cornelia 28. in princip. usque ad vers. sed si pater, ff. de vulgari. ex ea scilicet ratione, quoniam pater qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, l. penult. in fine, ff. de usucap. Unde suas vires necessario tenet substitutio; quippe suppositâ legis Corneliæ virtute, filius morte patris ab illius exitu potestate, nec

quidem eo vivo, cum alia postliminij fictio jus patriæ potestatis suspendat: obquam rationem non potest filius impubes in plenum dici à patria potestate liberatus, ut docet idem Papinianus *l. pater, penultim. ff. de suis & legitim. hæredib. l. 1. §. 1. ff. ad Macedon.* ita in effectu tradit Coita cum Bartol. *in cap. Si pater, 2. part. verb. testatore mortuo, num. 14. de testam. in 6. & rectè Cuiacius in dict. l. pater 10. & lib. 15. observ. cap. 17. Valenc. ubi supr. à, num. 3.*

6 Secunda quæstio est, quid sit dicendum, retento eodem themate, & solum mutato, quod filius impubes, non institutus, sed exheredatus à patre proponatur. Et quidem Anton. Fab. *lib. 10. conjectur. cap. 4.* differentiam constituit inter utrumque casum, motus ex eo, quod Papinian. *in dict. l. pater 10.* de instituto impubere meminerit, neque id absque mysterio credendum esse asserit pro ejus ingenij subtilitate; maximè cum in §. sequenti de utroque mentionem fecerit, ibi: *Impubes institutus, vel exheredatus.* Quare illud discriminis versari putat, quod cum impubes institutus est, & post patris captivitatem decedit, licet non retrò fingatur fuisse in patris morientis potestate, retrò tamen fingitur hæres, & quidem necessarius, juxta legem *lex Cornelia 12. ff. de testam.* neque enim *lex Cornelia* retrò fingere potest mortuum testatorem, quin eodem instanti inducat hæredem, cui hæreditatem deferre possit: planè hæres necessarius patri existere filius non posset, nisi tempore captivitatis mortuus fingeretur pater. Sequitur ergo ex utraque re effici, idest ex impuberis institutione, & patris morte tempore captivitatis contingente, ut pupillares tabulæ consistant *in dict. l. pater 10.* & cum in exheredato institutio non detur, inde putat fieri, diversum jus in eo esse constituendum, ex Papiniani mente.

7 Cæterum (quidquid dicat Fab.) in hac re nihil interesse puto, an impubes, cui pupillariter pater substituerat, institutus esset; & propter eandem rationem, pupillares tabulas consistere non ambigo, ut rectè existimavit Cuiac. *lib. 15.*

observ. cap. 17. & tenet Valenc. ubi proxime, à num. 5. cum sequenti. & satis probatur ex generali loquendi modo; quò utitur Julian. in eadem specie, in dict. l. lex Cornelia 28. in priori casu. ff. de vulgar.

8 Quantum verò sit à Papiniani mente aliena supradicta Fabri conjectura, nemo est qui non videat; quia si Papinian. *in dict. l. pater 10.* scribit secundas tabulas non valuisse, quia patre impuberis instanti captivitatis juxta fictionem decedente, impubes non è vivi patris, sed mortui potestate liberari creditur, quare quælo substitutio pupillaris exheredato facta non potuisset subsistere æquè, atque instituto facta? Nam à patre in civitate defuncto in utrumque collata valet, *l. 1. §. 1. & seq. l. 2. l. sed si plures 10. §. ad substitutos 5. ff. de vulgari, §. illud palam, Inst. de pupillar.* Fictio autem idem in casu ficto, quod veritas in casu verò operatur, §. *minorum*, cum alijs, *Inst. de adopt.* Sed quia exempli causâ solum ea species à Papiniano quæ sita fuit, mentionem ficti institutionis expedit magis dicere, quàm à Jurisprudentia, & Papiniani mente aliena comminisci, præcipuè cum non sit trita, aut Papiniani ingenij indigna ratio illa, quâ adversam sententiam tenentes excluderit *in dict. l. pater 10.* ex ea igitur solum dependet decisio quæstionis, non ex institutione.

10 Ulterius Faber supponit falsum, dum ex eo duntaxat, quod institutus esset impubes, & pater mortuus fingeretur tempore captivitatis, effici intelligit, ut licet filius eo vivo ab ejus potestate exierit, nihilominus necessarius, & invitus extiterit patri hæres, sicque secundas tabulas confirmaverit; nam nullo modo necessarius, & invitus existere potest, nisi qui in morientis est potestate, §. *1. cum alijs, Inst. de hæred. qualitat.* Neque contrarium probat dicta *lex lege Cornelia 12. ff. de testam.* nam quod ibi dicitur, servum, & filium domino, vel patri apud hostes decedentibus minùs propriè dici hæredes existere necessarios, non hoc significat, eos in morientium potestate fuisse retrò non fingi, quia id salvâ Jurisprudentiâ effici nequiret,

quiret, non magis, quam ut effectus daretur sine causa; sed ideo potius quod in morientium potestate non fuerit, inspecta veritate, sed legis Corneliae solum fictione: sicque non verè, sed fictè, non propriè, sed impropriè dicuntur necessarii, ut *in l. 4. §. 1. ff. de bon. libertor.* quid simile dicitur, de quo jam egimus supra.

11 Duæ superiores quæstiones procedunt eo in themate, in quo proponitur patrem apud hostes è vita migrasse priusquam filius decessisset in Civitate. Nunc inquirendum est, quid juris si filius impubes prior in civitate, & postea pater apud hostes decedat, an nempe lege Cornelia etiam in hypothese hujus tertiæ quæstionis pupillares tabulæ confirmantur? Et quidem Papinian. *in l. quod si filius 11 ff. de captiv.* in hac specie docet nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit: quorum verborum illum sensum esse purant Accurs. Bart. ceterique ferè omnes antiquiores, quos sequitur Govean. *in dict. l. lex Cornelia,* Costa ubi supra, *num. 16.* ut pupillares tabulæ prorsus non valeant, quia reverso patre filiusfamilias decessisse intelligitur propter jus postliminij, *dict. l. penult. ff. de suis, & legitim. hæredib.* cum alijs; sin verò reversus non sit, exinde sui juris factus videatur, ex quo pater hostium potitus est, sicque eo vivo secundas tabulas infringit, *ex dict. l. cohæred: 41. §. cum filia.* Quem verborum sensum, amplectitur etiam Fab. *dict. lib. 10. cap. 6.* addens, id quod dicitur, patre non reverso filium sui juris factum eo vivo, non tam fictionis esse quæ in hac specie ad patrem solum pertinet, quam veritas rei, quâ inspecta ob servitutem patri supervenientem patria potestas sublata fuit, *§. si ab hostibus, cum alijs quib. mod. jus patriæ potest. solvit.* Sequitur etiam Valenc. *in dict. cap. 9. à numer. 10. cum sequentib. usque ad num. 18.*

12 Sed pace tantorum virorum dixerim. Hæc interpretatio non convenit Papiniano, qui *in dict. l. pater 10.* antecedenti, ideò confutavit existimantes secundas tabulas non valere, cum patre capto apud hostes impubes filius postea

in civitate decessit, quia filius non tam è vivi patris potestate exiisse, quam mortui tunc cum captus fuit, credendus esset, ut supra explicuimus; sicque morti fictæ tribui debeat liberatio filij à patria potestate magis, quam servituti patri contingenti, fictioque legis in hac specie veritate potentior existat, ut inquit Cuiac. *ult. supra.* Quod etiam confirmat verbum illud, *videtur,* quod plerumque non quod verè est, sed quod impropriè, & fictè, notare solet, ut præter alia apparet ex illo Ciceronis 2. *officior.* ibi: *Induxit eam, quæ videtur esse, non quæ esset, repugnantiam.* Et probatur *ex l. 1. §. d. jecisse videtur, ff. de vi & vi armat. l. naturaliter, in princip. ff. de acquir. possess.*

Unde contraria sententia magis Papiniano convenit, scilicet secundas tabulas valere, quando dum pater est apud hostes, filius antè in Civitate moritur: quemadmodum etiam tunc cum primò apud hostes est, deinde filius in civitate moritur, *ex dict. l. pater 10.* cum valor secundarum tabularum in posteriori etiam specie non tantum pendeat ex Papiniani sententia, ex eo, quod pater primò moriatur, deinde filius; sed ex eo solum, quod morte patris tempore captivitatis ob fictionem contingente, exinde sui juris filius fuisse credatur, non verò ante; & ideo pupillare testamentum tanquam patris accessorium per legem Corneliæ firmatur. Quam rationem æquè militare negari non potest, etiam cum primò impubes, deinde pater moritur. Neque suaviores existunt antiqui, dum eam etiam rationem afferunt, ut secundæ tabulæ non valeant, quia cum patre vivo moritur filius, ejus hæreditatem adire non potuit; non adita verò hæreditate ex patris testamento, secundæ corrumpantur tabulæ, *l. 2. §. 1. in fine, ff. de vulgari:* quia cum in suis hæredibus aditio necessaria non sit, atque scientia mortis, ut hæredes existant patribus suis, *l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. l. in suis 14. ff. de suis & legitim.* mortuo quocumque apud hostes patre, hæredem impuberem suum extitisse retro apparet, *l. apud hostes 8. Cod. de suis,*

suis, & legitim. hæredib.

- 17 Quare melius rem consequutum opinor Cuiac. *ubi supra*, ut Papiniani sententia illa sit, cum pater est apud hostes, & filius in civitate ante moritur, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, id est nihil esse in ipsius sententia difficile, aut deputatione dignum circa secundas tabulas, sed rem facilem, & omnino expeditam: nam si revertatur pater, filium familias decessisse impubere in civitate apparet, propter jus postliminij, *dict. l. penult. cum alijs*: sicque tabulæ secundæ valere non possunt, cum ad id præcedere oporteat mortem patris subsistentis, *princip. Inst. de pupil. & ejus testamenti confirmationem, l. moribus 2. §. 1. vers. adeo, ff. eodem tit.* cum alijs filius familias neque habeat bona, neque habere possit, ut hæredes habeat vivo patre; sicque legi Corneliæ tunc locum non esse, merito Julianus quoque docet *in dict. l. lex Cornelia 28. vers. si vero*. Sin vero pater non revertitur, statim secundæ tabulæ valent, ex ratione dictæ legis *pater 10.* quæ repetita extat *in dict. l. quod si filius 11.* ibi: *Quoniam non reverso eo, exinde sui juris videtur fuisse, ex quo pater hostium*
- 18 *potius est.* Quo etiam loquendi modo utitur Ulpian. *in l. Ab hostibus 15. ff. ex quibus caus. maior.* quam interpretationem, licet non laudato authore sibi adscribat Cuiac. ante eum tamen tenuit eam Cuman. *in dict. l. lex Cornelia, num. 6.* quam cum non bene fortè perciperet Costa audacem illum appellat *ubi supra, n. 17.* nec quidquam etiam quod in contrarium moveat, affert Anton. Fab. *dict. cap. 6.* licet Cuiac. reprehendendo, & contendendi studio contra stimulum calcitrare non sistat.

- 19 Quarta quæstio sit: Pater condidit testamentum sibi & filio impuberi; & cum moreretur in civitate, postea filius impubes captus fuit ab hostibus, & apud eos decessit. Quæritur, an in hac hypothesi per legem Corneliæ confirmentur tabulæ pupillares? Et quidem negativè respondisse huic quæstioni videtur Papinian. *in dict. l. pater, §. 1.* ea ratione, quia lex Cornelia nihil de secundis ta-

bulis loquuta est, cum ejus dumtaxat personam demonstrarit, quæ testamenti factionem habet; quam tamen non habet impubes, §. *Præterea, Inst. qui. non est permis.* quare illas irritas esse necesse erat, cum lex Cornelia, quæ pro captivorum testamentis lata est, hic locum non haberet.

Sed Papiniano è diametro obviare videtur Julian. *in dict. l. lex Cornelia 28 ff. de vulgar. in vers. Sed si pater, ibi: Sed si pater in civitate accessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode* (sic enim prout in vulgaribus, non prout in alijs, *non commode*, nisi tunc interrogativè pronuncies, ut in alijs codicibus reperitur, legendum existimo cum Anton. Fab. *dict. lib. 10. conjetur. cap. 5. in fine*, neque aliter bene subiungeretur versiculus sequens) *dicitur hereditatem ejus ex ea lege ad substitutos pertinere.* Ex quibus verbis aperte colligitur, legem Corneliæ de confirmandis secundis tabulis in prædicta specie egisse.

Hanc difficultatem, omisâ sententiâ Fabri *ubi proximè*, existimantis Papinianum à Juliano dissentisse, rectè componi posse arbitror, si dicamus cum Accurs. *in dict. l. lex Cornelia, verbo Ex ea lege, quem sequuntur DD. Aretin. ibi num. 2. & 4. Cost. in dict. cap. si pater, 2. part. verbo Testatore mortuo, num. 18. Caldeyra lib. 4. variar. cap. 7. Cuiac. lib. 29. quæst. Papinian. dict. l. pater 10. §. 1. quod licet verba legis deficient* (qui est sensus dicti §. 1.) *ex ejus tamen subintellecta mente secundæ tabulæ consistent* (qui est sensus dictæ legis *lex Cornelia*.) quod ideo rectè dicitur à Juliano ex lege Cornelia fieri, quia non minus ex lege fit, quod ex mente, & sententia, quam quod ex verbis ejus fit, *l. non minus 6. §. 1. ff. de verbor. significat. l. scire leges 17. ff. de legib.* quemadmodum æquè contra eam fieri dicitur, cum solis verbis mens, & sententia circumvenitur, *l. contra 29. cum seq. ff. de legib. l. non dubium 5. Cod. eod.*

Sub audiendæ verò in specie proposita, & ampliandæ legis Corneliæ ea ratio fuit,

fuit, quod lex Cornelia impuberis legitimam hereditatem confirmat, *l. bona 22 ff. de captiv.* & sic habet pro intestato impuberem, cum tamen intestatus esse proprie dicatur ille, qui cum testari potuisset, non est testatus, *l. 1. §. 1 ff. de suis & legitim. heredib.* Unde cum pupilli interfit testamentarium potius quam legitimum heredem habere, *l. Julianus 52. (aliàs l. si pupillus, ff. de acquir. heredit.)* merito mentem, & sententiam legis Corneliae ad hanc speciem pertinuisse praesumendum fuit, sicque quod amplius voluisset scribere, minus scripsisse, ut de testatore differens inquit Ulpian. *in l. quoties 9. §. sed si non corpore 2. ff. de hered. inst.* Juvat etiam quod cum caetera testamenta omnia lege Cornelia confirmarentur, iniquum videri potuisset pupillare, quod omnium favorabilissimum est, non confirmari. Et dicta satis insinuare videtur Papinian. *in dict. l. pater 10. §. 1. vers. planè, ibi: Planè captivi etiam impuberis hereditatem per legem Cornelianam differri: quoniam verum est, nec impuberem quidem factionem testamenti habuisse, &c.* Quasi apertius diceret Consultus, testamentariam impuberis hereditatem lege Cornelia confirmari, & licet solum de factione testamenti habentibus loquuta esset, mirum videri non deberet, cum ejus legitimam hereditatem, quae minus favorabilis est, confirmet, quamquam testamenti factionem non habeat: unde licet Cuiac. *ubi proximè, & lib. 15. observ. c. 17.* illud verbum, *quoniam*, delendum putet, quia sensum turbare videtur, & loco ejus reponendum esse, *quamquam*; & Holandrinam lectionem ita se habere testatur Gothofred. *in notis ad dict. §. 1. verbo Quoniam, & in manuscriptis codicibus*, etiam eodem modo legi notatum extet in margine dicti §. 1. nihilominus existimo vulgarem illam lectionem posse retineri, quia haud est alienum in jure, ut verbum, *quoniam*, eundem sensum conficiat sicut verbum, *quamquam*, ut probatur ex textu *in l. si hominem 19 in fine, ff. de usucap.* uncto Gothofred. *ubi proximè, & in dict. l. 59. verbo Quoniam.*

27 Ulterius dici potest legem Cornelianam

confirmare impuberis legitimam hereditatem idcirco, quia testamenti factionem non habet ex eo quod impubes etiam captus fuit: nam legis Corneliae institutum illud est, ut morientium apud hostes, testamenti factionem supplendo, perinde bona heredibus deferat, ac si in civitate decedentes illam habuissent, *dict. l. bona, & dict. l. lex Cornelia*; ideo ergo confirmat hereditatem, quia apud hostes decedentes testamenti factionem non habent; quia si eam haberent, legis Corneliae auxilio non indigerent.

Rectè igitur infert Papinian. *in dict. §. 1. in vers. & ideo*, non esse alienum, Praetorem subsequi in hac specie non minus patris impuberis substituentis, quam legis Corneliae voluntatem, utilesque actiones in hereditatem substituto praestare. Ubi advertendum est, Praetorem sequi utriusque voluntatem, & patris substituentis expressam, & legis subintellectam & ampliatam ex mente, & ratiocinatione, ut rectè intellexit Costa *ubi supra, num. 19.* & Cuiac. *citatis locis*, quem immeritò carpit Anton. 28 Fab. *dict. cap. 5.* motus ex eo, quod si ex tacita legis potestate hereditas substituto deferretur, non esset necessarium Praetoris auxilium, sed jure civili posset hereditatem adire: quod tamen Papinian. omninò requirit *in dict. §. 1.* Quia respondetur non esse novum, legum quoque tuendarum causâ bonorum possessionem à Praetore dari, *l. sed cum patre, num. 6. §. penult ff. de bonor. possess.* unde licet legis voluntate nitatur substitutus, nihil tamèn incommodi habet ex eo, quod à Praetore bonorum possessionem postulet. Et licet Angel. & Cuman. *in dict. l. lex Cornelia, las. in l. 5. n. 7. ff. de verbor. significat, & Zaz. in dict. l. 10. §. 1.* putaverint substitutum pupillarem posse nudà voluntate adire hereditatem sine Praetoris interventu; communiter tamen illud receptum est, ut necesse habeat bonorum possessionem secundùm tabulas agnoscere, ac petere à Praetore: quod evincere videntur verba dicti §. 1. & ita sensit communem dicens Alex. *in dict. l. 28. num. 10.* Costa *ubi supra, num. 20.* & supradictae interpreta-

pretationi apprimè id convenit. Unde
 30 etiam fit, utiles actiones præstari substituto: tum quia quoties non ex verbis legis, sed ex ejus sententia, & mente solum conceduntur, non directæ, sed utiles esse solent, juxta ea quæ resolvit Bart. in l. curatori, §. 2. Cod. de negot. gest. Alciat. in l. non omnis 6. §. verbum, de verbor. significat. Costa supra, num. 19. in fine: & probatur ex l. penult. ff. si quadrup. pauper. fecis. dicat. §. ult. Inst. de leg. Aquil. l. si servus 27. §. si fornicarius, ff. eod. l. 1. Cod. de interd. tum etiam, qui quemadmodum Prætor hæredem facere nequit, §. quis autem, Inst. de bonor. possess. sic nec hæredi directo competentes actiones bonorum possessori accommodare, ut advertit Fab. dict. cap. 5. ad finem, ubi verè reprehendit Guiac. existimantem ubi supra, ex lege Cornelia non transferri actiones directas, etiam casu, quo verba ipsius locum habent; quia cum hæreditatem tunc directò inducat, sic etiam pro ipsius potestate in consequentiam directas quoque actiones in hæredes transferre necesse est.

31 Quinta quæstio est, quid sit dicendum si fingamus filium impuberem ante obitum patris decessisse, sic ponendo speciem. Pater sibi, & filio impuberi fecit testamentum: impubes captus fuit, & decessit apud hostes; postea decessit pater in civitate, an scilicet in hoc casu per legem Corneliam pupillares tabulæ confirmantur, sicut in antecedenti quæstione confirmari diximus, quando pater si filius apud hostes decesserit, decessit in civitate? Et negativè respondet Julian. in dict. l. lex Cornelia 28. in vers. Si verò, ff. de vulgar. existimans rectè in prædicta specie legi Corneliæ locum non esse, ea ratione, quia non efficitur per eam, ut is qui nulla bona in Civitate reliquit, hæredes habeat; quasi apertius diceret, ea in specie captum filium familias decessere, retrotracta morte naturali ad tempus captivitatis. Et cum pater tunc temporis vivebat, evanescere necessum est pupillares tabulas, ut à fortiori probatur ex consequentia, quam Julianus infert in posteriori versiculo. Quare ibi, etiam pubes filius vivo patre captus fu-

erit, deinde mortuo in civitate patre, in hostium potestate decesserit, patris hæreditas ex lege XII. Tabul. non filij ex lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet: nempe quia cum mors filij retrotrahatur ad captivitatis tempus, filium familias decessisse mortuum fingitur, cum eo in tempore illius pater familias viveret; & ideò bona filij ad eum pertinent ex lege XII. Tabular. & non ad agnatum filij ex lege Cornelia, cum filius familias nec testari, nec hæredem habere possit ab intestato, princip. Inst. quib. non est permis. facer. testam. l. 1. ff. de suis, & legitim. hæredib.

32 Sed contra hanc decidendi rationem illud videtur obstare, quod cum hæreditas nomen juris sit, nulla bona requirit; indeque fieri, ut qui bona deducto ære alieno non habet, testari tamen possit, ejusque hæreditas detur, l. qui solvendo 60. ff. de hæredib. inst. l. 1. l. 3. & §. 1. ff. de bonor. poss. ff. Non videtur ergo subsistere Juliani ratio, dum ex eo in prædicta specie favorem legis Corneliæ denegat, quòd per eam non efficiatur, ut is qui nulla bona in Civitate relinquit hæredes habeat.

33 Respondetur tamen veram esse rationem Juliani, quia cum filius familias incapax sit bonorum actu & potentia, l. placet 79. ff. de acquir. hæred. l. 1. ff. si à parente quis fuerit manumis. hæredem habere non posse palam est: legis autem Corneliæ præcipuum caput de hærede inducendo, & de hæreditate curavit, l. filius familias 18. ff. ad leg. Falcid. instantiam verò procedere de eo, qui desinit bona habere, non per abnegationem potentia, sed contingentiam facti, ut cum Bald. & Salycet. in authentic. Ingressi, Cod. de sacr. Eccles. docet las. in d. l. lex Cornelia 28. num. 4. cui in instanti mortis potuit etiam ignoranter acquiri per servos, aut ex legato, aliave simili causa, per quam solet etiam ignoranti acquiri, ut advertit Fab. supra, cap. 8.

34 Sexta quæstio, & difficilior, illa est: Pater in civitate testamentum fecit sibi, & filio pupillo, cui substituit pupillariter; postea ambo capti fuerunt ab hostibus, & prior pater decessit: quæritur, an per

per legem Corneliam confirmantur tabulæ illæ pupillares? Et quidem sufficere substituto legem Corneliam, docet Papinianus in dict. l. quod si filius 11. §. 1. ff. de captiv. quemadmodum sufficeret si apud hostes patre defuncto postea filius in Civitate decessisset. Sunt verba Jurisconsulti sequentia: *Sed si ambo apud hostes, & prior pater decessat, sufficiat lex Cornelia substituto, non aliàs quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset.* Sed è diametro contrarium respondisse Scævola videtur in l. si pater 29. ff. de vulgar. sequentibus verbis: *Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, & ibi ambo decessant, quamvis prior pater decessat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, nisi reversus in Civitate impubes decessat; quoniam etsi ambo in Civitate decessissent, veniret substitutus.*

35 Sanè difficillimi sunt hi textus, & ut eos concilient Interpretes, hucusque laborant. Anton. Fab. ubi suprà, cap. 7. Papiniani verborum sensum in dict. §. 1. cum esse refert, ut in proposita specie ita demùm substitutus pupillaris admittatur, si filius cum patre captus postea in civitatem revertatur, ibique decessat, quasi illud verbum, *non aliàs*, eandem habeat constructionem, & interpretationem, ac verbum, *non aliter*; & sic in amicitiam redigit prædicta jura.

36 Sed faciliè convincitur hæc interpretatio. Primò, quia contraria omninò significatio prædictis verbis accomodatur. Secundò, quia Papinianus eam speciem tractat, in qua uterque, & pater, & filius, sed pater prior apud hostes decessit, ut constat ex prioribus verbis, ibi: *Sed si ambo apud hostes, & prior pater decessat.* Quomodo igitur fieri potest, ut ad propositam quæstionem Papinianus respondeat, sufficere quidem posse legem Corneliam substituto, sed ita demùm, si filius quem jam posuit apud hostes decessisse, in civitate moriatur? Aut quis credat de alio, quàm quod quæsitum ab eo fuit, respondisse? Ulteriùs verbum illud, *decessisset*, de quo in dict. §. 1. vulgari interpretationi non convenit, secundùm quam si Grammaticos Papinianus amavit, dicere debuerat, *non*

Pars II.

aliter quàm si in Civitate decessat, vel decesserit; ita ut de futuro, non de præterito tempore loqueretur. Tandem aliena est à Papiniani mente, quia à ratione à se tradit in dict. l. pater 10. abhorrere videtur, ut impubes, qui morte patris jam retrò sui juris factus, non habeat hæredem ex secundis tabulis, confirmatis paternis per legem Corneliam. Explodenda est omninò vulgaris hæc interpretatio.

Nec placet etiam traditio Bart. recepta ab alijs in dict. l. ex Cornelia, quam refert Costa ubi suprà, à num. 22. existimantis ideò in specie proposita pupillares tabulas non confirmari per legem Corneliam, quia testamentum patris irritum factum fuit, nec potuit per aditionem confirmari: non per impuberem, quem apud hostes decessisse ponimus: non per alium, quia nullum ipsi cohæredem à patre datum intelligimus, quia hæc sententia, & alia Costi quàm tradit dict. num. 22. rejicitur illa consideratione.

Pro cujus faciliori intelligentia ad-38
verto constituti juris esse, existentia sui hæredis pupillares tabulas confirmari, l. si filius qui patri 12. ff. de vulgar. l. filius qui se paterna 42. l. Julian. 42. ff. de acquir. hæredit. l. paterfam. 28. ff. de reb. author. judic. possid. Latèque probat Costa ubi suprà, verbo *deferuntur*, à num. 2. & ab Osuald. relati in notis ad Domel. lib. 6. cap. ... lit. X. Valenc. tom. 3. illustr. tract. 1. de acquir. hæred. cap. 7. à n. 12. item & illud certissimum esse, suos hæredes 39
cum illis aditio necessaria haud sit, ipso jure existere parentibus hæredes, dummodo in ipsorum potestate fuerint mortis eorum tempore; neque ad hoc scientiam aliquam esse necessarium, §. sui autem 2. Inst. de hæred. qualitat. & defer. §. 2. & §. sui autem, Inst. de hæred. quæ ab intest. defer. elegans textus in l. apud hostes 8. Cod. de suis & legitim. hæred. unde cum mortis tempore in dict. §. 1. impubes in patris potestate fuisse fingatur mortuo tempore, idest captivitatis, ex dict. l. pater 10. cum extitisse patri suum hæredem eodem tempore necessario dici debet, sicque tabulas pupillares

pillares confirmasse, & paternam hereditatem propriè junctam heredi reliquisse, *l. si quis filius fam. 7. §. 1. ff. de acquir. hered. cum multis: de qua re videndus Costa ubi supra, verbo Ac deinde filio, num. 4.*

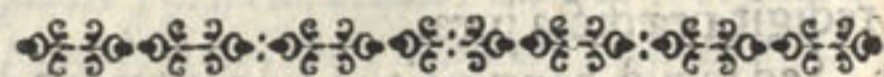
40 Et quidem mea hæc est opinio, ut Papinianus doceat *in dict. l. quod si filius, §. 1.* valituras lege Cornelia secundas tabulas: & hæc interpretatio rationi Papiniani conveniens est *in dict. l. pater 10.* ex qua veluti continuata ratione infert decisionem ad species dictæ legis *quod si filius 11. in princip. & §. 1.* Unde rectè sub intelligitur ratio *in d. §. 1.* non aliàs, hoc est in proposita specie valere secundas tabulas ac si filius reversus in civitate decessisset, juxta *dict. l. 10.* quod etiam placuisse reperio Cumano viro doctissimo, *in dict. l. si pater 29 ff. de vulgar.*

41 Illud tamen advertendum est, Papinianum idcirco exigere *in dict. §. 1.* ut pater prior decedat, quia ambo simul capti fuerunt; & si patris impubes non supervixisset, intelligi non posse eum patri suo existere heredem potuisse, sicque secundas tabulas confirmare. Unde ex eo, quod prius moritur pater, prius etiam captum præsumimus, cum utrumque tempus per legem Corneliam jungatur, *ex l. penult. §. ult. cum alijs, ff. de usucap. quod malim dicere, quàm cum Fabro supponere ubi proximè, prius etiam captum fuisse patrem, idque necessariò supplendum, & intelligendum esse in dict. §. 1.* Nam si prioritas etiam in captivitate exigitur, cur Papinian. de illa non meminit, cum juxta Fabri opinionem, id ejus sententiæ fundamentum fuerit? At verò de mortis prioritate solùm mentionem fecit, quæ non præcedente captivitate prioritate, nihil ipsa per se ad rem faceret. Certè secundùm hoc Papinianus non tam acutissimi ingenij virum (prout ab Imperatore nuncupatur *in l. cum acutissimi, Cod. de fideicom.*) ageret, sed rudis, & imperiti; quod etiam cogitatu absolum est. Ulteriùs, qui si pater caperetur, deinde filius, licèt posterior pater, & prior filius decessisset, nihilominus tamen, cum tempora mortis jungantur temporibus cap-

42

tivitate juxta supradicta, semper verum esset dicere, prius patrem, quàm filium decessisse: ergo prioritas illa mortis patris supervacue exigeretur à Papiniano, *in dict. §. 1.*

Neque obstabit supradictis si dixeris, 43 quoties pater, & filius simul pereunt, præsumptione juris prius patrem, mox filium decessisse intelligi, *l. qui duos 10. §. cum bello 1. l. cum pubere 23. ff. de reb. dub. quare videtur inaniter prioritatem in morte patris à Papiniano exigi in dict. §. 1.* quoniam respondebitur eam regulam tunc locum habere, quando parentes simul cum puberibus filijs decedunt, non verò quando cum impuberibus, quoniam tunc propter imbecillem eorum ætatem prius mortuos esse, quàm illorum parentes præsumitur, *dict. l. qui duos 9. §. final. l. si mulier 24. ff. de reb. dub. l. inter socerum 26. ff. de pact. dotalib.* de qua materia & præsumptione, ultra Donel. & Cost. *in dict. §. Cum bello,* videndi sunt Covar. *lib. 2. resol. cap. 7.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 50.* Charond. *lib. 1. verisimil. cap. 21.* unde ut hæc præsumptio cessaret, meritò exigitur patri supervixisse impuberem apud hostes, ut sic etiam prius patrem, deinde filium captum & mortuum intelligeremus.



C A P U T X C I X.

Utrum Nuntius cum potestate Legati à latere, aut Legatus à latere habeat potestatem ferendi censuras in Archiepiscopi, aut Episcopi diœcesi, eis contradicentibus; ac etiam facultatem absolvendi ab illis.

S U M M A R I U M.

- 1 Archiepiscopus aut Episcopus in suis diœcesibus habent potestatem ferendi censuras.
- 2 Nuntius cum potestate Legati à latere, aut Legatus à latere, etiam contradicente

cente Archiepiscopo, aut Episcopo in materia ad suam jurisdictionem concernente habet potestatem ordinario jure ferendi censuras, sicut etiam suus Auditor.

3 Nec prohibetur excommunicationes ad finem revelationis decernere.

4 Etiam potest concedere Paulinas.

Licet Archiepiscopus, aut Episcopus in suis Diocesis habeant potestatem ferendi censuras cum ea libertate, de qua late diximus cap 79.

2 Attamen etiam contradicente Archiepiscopo, aut Episcopo in materia ad suam jurisdictionem concernente habet Nuntius cum potestate Legati à latere, aut Legatus à latere potestatem ordinario jure ferendi censuras, sicut etiam suus Auditor, ut est textus in cap. Legatus, de offic. Legati, in 6. & ibi Gloss. & in cap. Licet, de offic. Vicarij, lib. 6. verb. Officialem, ex quibus ita tenet Leand. part. 4. de censur. ecclesiast. tract. 1. disp. 2. quest. 12.

3 Nec prohibetur in Concilio excommunicationes ad finem revelationis decernere, ut tenet Prosper Fagn. in cap. Quoniam, n. 44. de offic. delegat. pag. 403.

4 Et etiam potest concedere Paulinas, ex Gomez Bajo pract. Eccles. lib. 3. part. 2. cap. 1. num. 2. & sicut potest excommunicare, ita etiam potest absolvere à censuris per viam gratiæ in casibus de quibus agunt DD. quos refert & sequitur Barb. de jur. Eccles. lib. 1. cap. 5. n. 27. ex multis juribus, de quibus ibi.

C A P U T C.

Utrum Nuntius cum potestate Legati à latere ad Regem nostrum, aut Hispaniarum missus possit etiam in locis Legationum, per quæ non transit, gratias concedere, etiam contradicente Archiepiscopo, aut Episcopo.

SUMMARIUM.

1 Utrum Nuntius, aut Legatus possit in locis, per quæ non transit, gratias concedere.

Affirmative resoluenda est quæstio; Legatus enim à latere ad Regem nostrum, ac Hispaniarum missus potest etiam in locis legationum, per quæ non transit, gratias concedere, etiam contradicente Archiepiscopo, aut Episcopo, ut ex Puteo decis. 467. in annotatione marginal. lib. 2. tradit Bicch. decis. 400. num. 15. & 16.

C A P U T CI.

Utrum Legatus à latere, aut Nuntius possint in sua Provincia quicquid Archiepiscopi, Episcopive in suis Diocesis, eis contradicentibus.

SUMMARIUM.

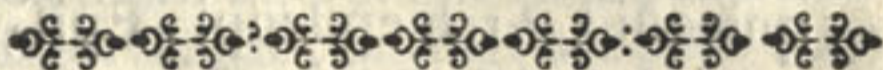
1 Legatus à latere, & Nuntius potest in sua provincia quicquid Archiepiscopi, Episcopive in suis Diocesis.

2 Explicatur, & num. 3. & 4.

5 Legatus circa dispensationes concedendas juxta facultatem potest in sua Provincia quantum Episcopus in sua Diocesi.

Licet Legatus à latere, & Nuntius possint in sua Provincia quicquid Archiepiscopi, Episcopive in suis Diocesis, ut tenet Garcia de benef. 1. part. cap. 5. num. 283. Sanch. de matrim. lib. 8. disp. 9. num. 25 Mendos. & Gonzal. quos refert August Barbos. dict. cap. 5. num. 24. Villaroel. dict. quest. 4. 1. part. art. 4. num. 21. Castr. Pallau. de sponsalib. disp. 13. punct. 13. §. 11. num. 1. Solorzan. de jur. Ind. lib. 2. cap. 4. n. 14. Reinof. observ. 60 num. 9 Aug. Barb. de jur. Eccles. lib. 1. cap. 5. n. 24.

- 2 Attamen in Nuntio procedit in secunda instantia per viam appellationis, ut in Archiepiscopo respectu suffraganei, ut in specie dicit Castr. Pallav. *ubi supra*.
- 3 Vel in casibus, in quibus habet expressam facultatem, ut diximus supra; & secus ultra eos, quia tunc non habet jurisdictionem ordinariam, nec se potest intromittere in Ordinarij, Archiepiscopi, aut Episcopi jurisdictionem, ut diximus supra.
- 4 Vel quando non datur præjudicium Archiepiscopi, aut Episcopi, ut ex alijs tenet Barbof. *dict. cap. 5. num. 61.*
- 5 Et ideo circa dispensationes concedendas juxta facultatem potest in sua Provincia quantum Episcopus in sua dicecesi, ut per Covar. *de sponsalib. 2. part. cap. 6. §. 10. num. 11.* Henriq. *in summa, lib. 12. cap. 2. in princip.* Sanch. *de matrim. lib. 8. disp. 9. num. 25.* August. Barbof. *de jure Eccles. lib. 1. cap. 5. num. 22.*



C A P U T CII.

Utrum Legatus à latere, aut Nuntius cum ejus potestate possit auferre jus unius Ecclesiæ, ac separare, alterique concedere in præjudicium Archiepiscopi, aut Episcopi, & eis contradicentibus.

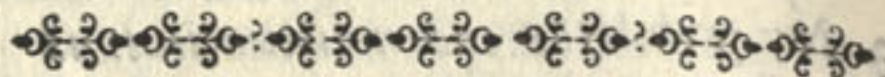
S U M M A R I U M.

1 Licet potestas Legati à latere summa sit, attamen nihil potest agere in præjudicium alterius, nec potest auferre, aut separare, aut alteri concedere in scio Archiepiscopo, aut Episcopo: & num. 2.

1 Licet potestas Legati à latere summa sit, ut supra diximus c. 33. num. 2. ex Menoch. *conf. 477. n. 10.*

Attamen nihil potest agere in præjudicium alterius, nec potest auferre, ac

separare, & alteri concedere in scio Archiepiscopo, aut Episcopo, & eis contradicentibus, ut eleganter resolvit Menoch. *conf. 477. num. 13. & 14. & per tot.*



C A P U T CIII.

Utrum Nuntius cum potestate Legati à latere, aut Legatus à latere erigere possit Ecclesias, seu Episcopatus, aut eas dismembrare, contradicente Archiepiscopo.

S U M M A R I U M.

- 1 Cathedralium erectio est de reservatis Papæ.
- 2 Idem dicendum est quando Ecclesia Cathedralis in Metropolitanam erigitur.
- 3 Similiter quando ex aliqua Cathedrali fit dismembratio ad alias Cathedralis erigendas, autoritate solius Romani Pontificis fieri debet.
- 4 Idem dicendum est in unione duorum Episcopatum, quia solum ad Pontificem pertinet.
- 5 Solus etiam potest in eis novas dignitates erigere.
- 6 Nuntius, aut Legatus à latere nihil potest statuere circa has materias, etiam non contradicente Archiepiscopo, aut Episcopo, & multò minus eo contradicente.
- 7 Eodem modo non potest privare Cathedralis sua Cathedralitate.

Cum Cathedralium erectio sit de reservatis Papæ, cap. 1. de translatione Episcoporum, cap. 1. ne Sede vacante, cap. Quod translationem, cum Gloss. de offic. Legat. cap. Felix, cap. præcipimus 53. juncto §. sicut, 16. quest. 1. cum multis Solorzan. *de jure Indiar. 2. tom. lib. 3. c. 4. num. 1. & in politic. Indiana lib. 4. cap. 4. in princip.*

Idemque dicendum sit quando Ecclesia Cathedralis in Metropolitanam erigitur,

gitur, ex textu in dict. cap. 1. de translatione Episcoporum, Loter. de re beneficiar. lib. 1. quæst. 11. num. 98 Frances de Ecclesijs Cathedralib. cap 3. num. 1. & 2.

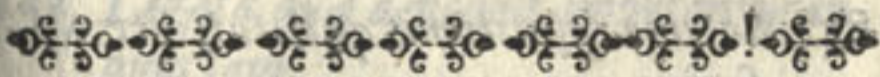
3 Similiter quando ex aliqua Cathedra si fit dismembratio ad alias Cathedrales erigendas, autoritate solius Romani Pontificis fieri debeat, extravag. 1. de prebend. inter commun. cap. Inter corporalia, de translatione Episcopi, cap. Mutationis 7. quæst. 1. Tamburin. de jure Abbat. tom. 2. disp. 14. quæst. 15. num. 20. Frances dict. cap. 3. n. 3. 23. & 63.

4 Et idem dicendum sit in unione duorum Episcopatum, quia solùm ad Pontificem pertinet, cap. Et temporis, cum seqq. 16. quæst. 1. Garcia de benefic. part. 12. cap. 2. num. 60. August. Barb. de jure Eccles. lib. 1. cap. 2. num. 147. & ad Concil. sess. 7. de reform. cap. 6. num. 7. & sess. 21. de reform. cap. 5. num. 4.

5 Ac per consequens in eis novas dignitates erigere, Gloss. in cap. cum olim, verb. Concessimus, de consuetudine, Barb. ubi supra, num. 148. Frances dict. cap. 3. num. 9.

6 Ideo nihil circa has materias potest statuere Nuntius cum potestate Legati à latere, aut Legatus à latere, etiam consentiente Archiepiscopo, aut Episcopo, & multò minùs eo contradicente.

7 Eodem modo non potest privare Cathedralis sua Cathedralitate, ut profequitur idem Frances dict. cap. 3. n. 28. & cap. 8. num. 5. ubi etiam quod non potest Legatus unire Cathedralis; & quid in illarum Dignitatibus.



CAPUT CIV.

Utrum si testator condens testamentum duos hæredes instituit, Archiepiscopum scilicet, & Episcopum, & ab Episcopo certam villam, quam ipse testator in bonis suis habebat, Nuntio legavit, & Episcopus hæreditatem repudiavit, & Nuntius

ab Archiepiscopo altero cohæredede legatum petierit, debeatur, & censeatur repetitum.

SUMMARIUM.

- 1 Portio repudiata accrescit alteri cohærededi.
- 2 Idem est in hæredibus ab intestato venientibus.
- 3 Casus controversiæ maximè dubius est.
- 4 Ponderatur lex Pater meus 29. §. 1. & 2. ff. de legat. 2. ad probandum non repeti legatum nominatim relictum.
- 5 Adducitur ad idem textus in l. si plures 98. ff. de legat. 3.
- 6 Adducitur etiam ad idem intentum textus in l. 1. §. id quod ex substitutione 13. ff. ad leg. Falcid.
- 7 Ponderatur etiam textus in l. 1. Cod. si omisa causâ testam.
- 8 Si legatum relinquatur ab hærede proprio nomine, magis videtur gravata persona, quàm hæreditas.
- 9 Allegantur DD. qui tenent hanc partem.
- 10 Limitatur favore alimentorum, & piæ causæ, & in pensione annua, & num. 11. Resolvitur contraria sententia, num. 12. cum seqq.
- 14 Adducitur rationis fundamentum circa substitutum, & num. 13. circa cohæredem.
- 15 Ponderatur textus in l. si Titio 61. §. 1. ff. de legat. 2.
- 16 Rescriptum Severi introduxit repetitionem legatorum nominatim relictorum, & num. 20.
- 17 Plures simul onerati loco unius habentur.
- 18 Semper legata repetita intelligebantur, si generalibus verbis ab omnibus hæredibus testator legabat.
- 19 Idem si impersonaliter, vel appellativo nomine.
- 21 Expenditur lex Cùm patronus 28. ff. de legat. 2.
- 22 Portio patroni gravari nequit.
- 23 Quomodo quis intelligatur gravatus nominatim.
- 24 Expenditur lex si Titio & Maxio 61. §. 1.

294 Tract. de Competent. inter Archiep. &c.

- §. 1. ff. de legat. 2. & num 35.
- 25 Propositur textus in l. 1. §. illud 9. ff. de legat. 3.
- 26 Fabiana ad eum emendatio adducitur.
- 27 Vera assignatur concordia, & num. 29.
- 28 Hæredes ab intestato codicillis possunt gravari.
- 30 Explicantur ultima verba dicti §. illud 9.
- 31 Expnditur textus in l. 2. §. ultim. ff. de suis, & legitim. hæred.
- 32 Quid sit instituere hæredem cum cretione.
- 33 Distinctio inter hæredem cum cretione, & sine cretione.
- 34 Adducitur textus in l. quidam referunt 14. ff. de jur. codicil.
- 36 Adducitur §. 1. hujus legis.
- 37 Proponitur species dictæ legis quidam, in princip.
- 38 Quid Sabini circa speciem textus putarent.
- 40 Quid Proculeriani.
- 39 Codicilli sunt sequella testamenti.
- 41 Legatum relictum in codicillis mortuo illorum tempore nullum est.
- 42 Proponitur, & explicatur species §. 1. dictæ legis quidam referunt.
- 43 Aiquitas Africani ad species supraddictorum jurium.
- 44 Quomodo hæredes gravati intelligantur ad præstationem legatorum.
- 45 Adducitur lex si duobus 16. §. 1. ff. de legat. 1.
- 46 Adducitur lex non justam 4. Cod. ad Trebel.
- 47 Allegantur DD. qui repetitionem legatorum concedunt.
- 48 Fallit si aliam rem à substituto legaverit testator.
- 44 Vel si certa causa fuit, quæ in substituto cesset.
- 50 Vel si fideicommissarium substituerit.
- 51 Remissivè interpretatio legis si Titio 61. §. 1. ff. de legat. 2. legis 2. §. ultim. ff. de suis & legitim. hæred. & legis 1. §. illud 9 ff. de legat 3
- 52 Expenditur lex penultima, ff. de jure codicill. & num. 54. 55. 56. 57. 58. & 59.
- 53 Quando agnatione posthumi rumpantur codicilli.
- 54 Quare rumpatur testamentum, & non codicilli ab intestato.
- 59 Hodie rescisso testamento legata, & libertates conservantur.
- 60 Quæ pro non scriptis habentur remanent sine onere.
- 61 Fallit in scriptore alieni testamenti.
- 62 Fallit etiam in onere fideicommissarie libertatis.
- 63 Interpretatur textus in l. Civitatibus 129 §. 1. ff. de legat. 1.
- 64 Nostra resolutio sequenda est in Lusitanæ Regno.
- 65 Quid senserit Antonius Faber in hac materia.
- 66 Impugnatur, & num 83.
- 67 Triplici modo deficiunt à defunctis relicta.
- 68 Quæ habeantur pro non scriptis.
- 69 Quomodo intelligatur.
- 70 Habentur pro non scriptis captis ab hostibus relicta, si postea non redierint.
- 71 Sic etiam quæ quis sibi adscribit.
- 72 Habetur etiam pro non scripta quæcumque scriptura capitoria.
- 73 Sic etiam quæ peregrino relinquuntur.
- 74 Nisi pro alimentis relinquuntur.
- 75 In his quæ pro non scriptis habentur nihil de novo introduxit Justinianus.
- 76 Quæ post factum testamentum deficiebant vivo testatore, de jure antiquo pro non scriptis erant.
- 79 Lege Papia fiebant obnoxia fisco, si non deficerent servitute, vel deportatione.
- 78 Qui circa ea Justinianus introduxerit.
- 79 Substitutus præfertur conjuncto.
- 81 Sensus legis unice, §. pro secundo, Cod. de caduc. tollend. & num. 82.
- 84 Materia repetitionis qualitatis, remissivè.
- 85 Quæ sint propriè caduca, & num. 86.
- 87 Sui hæredes statim à morte testatoris hæredes sunt.
- 88 Lex in suis, ff. de liber. & posthum. adducta ad propositum.
- 89 Hæredes ex parte non poterant adire, nisi apertis tabulis, & in illis verificabatur caducum.
- 90 Expenditur textus in lite n veniant. §. ait Senatus, ff. de hæreditatis petitione, & num. 91.
- 92 Quid super propriè caduca introduxit Justinianus.

- 93 Iterum impugnatur Faber.
 94 Notantur DD. supra num. 9. citati.
 95 Quam significationem habeat nomen onus, in nostro jure.
 96 Interpretatur textus in l. pater meus 29. §. 1. & 2. ff. de legat. 2. & numer. 98.
 97 Celsus & Justinianus ante rescriptum floruerunt.
 99 Sensus Celsi in dict. l. pater, procedit tam ante, quam post rescriptum.
 100 Expenditur textus in dict. l. Celsus, in princip. & numer. 101. 102. & 103.
 104 Expenditur textus in §. 2. & 5. ejusdem legis, & numer. 105. 106. & 107.
 108 Interpretatur textus in l. si plures 98. ff. de legat. 3. ubi reprobatu Alciatus.
 109 Refertur intellectus Cuiac. & Donel. & reprobatu, & numer. 110.
 114 Refertur intellectus Facomei, & n. 113. improbatu, & ostenditur Paulum vixisse post rescriptum.
 116 Assignatur verus intellectus à numer. 115. & depingitur species.
 117 Interpretatur textus in l. 1. §. id quod ex substitutione 13. ff. de leg. Falcid. & numer. 135. 136. 137. 138. & 139.
 118 Ostenditur adesse textum expressum pro nostra resolutione.
 119 Si plures sint hæredes, unusquisque deduci Falcidiam.
 120 Quoties portio integra portioni onerata accedit, augentur legata; non ita è conuerso, & numer. 121.
 122 Legata quæ deficiunt imputantur in quartam.
 123 Ratio diversitatis, ob quam in uno casu fit contributio, non autem in alio.
 124 Principale non potest sequi jus accessionis.
 125 Supradicta procedunt indubitanter quando pars accedit jure accrescendi.
 126 Quid si accedat jure substitutionis vulgaris? Est punctum difficile.
 127 Una opinio docet indistinctè legata contribui; altera negat, & numer. 128.
 129 Prima opinio verior, & probatur.
 130 Impugnantur Donellus, & Cuiac. & numer. 131.

- 132 Cohæres ex parte substitutus videtur hæres sub conditione.
 133 In hoc hærede partes commiscuntur, & contribuuntur legata.
 134 Assignatur ratio differentie inter partem gravatam a cadentem jure accrescendi, & accidentem jure substitutionis.
 141 Expenditur textus in l. 1. §. si cohæredis, ff. ad l. Falcid. usque ad numerum 146.
 142 Paulus scilicet non assentiebat Principum decretis.
 147 Interpretatur textus in l. 1. Cod. si omiff. caus. testament.
 148 Notatur Fachineus.
 149 Responsio ad ultimum argumentum.
 150 Resolutio speculativorum DD. attendenda, & tenenda.

AD veram resolutionem consequendam illud tanquam certum supponimus, ab Episcopo nempe repudiatam hæreditatis portionem cohæredi accrescere Archiepiscopo, eique acquiri qui testatoris voluit esse hæres. Jura sunt ad hoc vulgaria, & expressa in l. si quis hæres 35. l. cum hæres 52. §. qui ex parte, l. qui ex duabus 53. §. ult. l. qui patri 59. l. servus communis 67. ff. de acquir. heredit. l. 3. §. ultim. ff. de bon. poss. ff. l. testamento 6. Cod. de impuberum, l. quidam elogio 20. Cod. de jure delib. l. unica, §. his ita definitis. §. in his, Cod. de caduc. tollend. Quod etiam locum sibi vendicat in hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur, prout certi juris esse ostendunt textus in l. 1. §. nemo, ff. ad Tertyll. l. si ex pluribus 9. ff. de suis & legitim. hæred. l. unica, Cod. quando non petent. partes.

Sed cum hoc certissimum sit juris principium, & indubitatissimum, quaestio tamen proposita satis difficilis est, propter multa Jurisconsultorum loca inter se primâ facie dimicantia: contra Nuntium urgent sequentia.

Primò Celsus in l. pater meus 29. §. 1. & 2. ff. de leg. 2. ubi claris verbis decidit id, quod alicujus hæredis nominatim fidei committitur, posse videri testatorem ita demum dari voluisse, si ille extitisset hæres.

hæres. Et prosequens docet in §. 2. quod si filio hæredi pars ejus à quo nominatim legatum est adcrevit, non præstabit legatum: sed ab Episcopo legatum esse fundum nominatim Nuntio proponitur. Ergo secundum Celsum videtur dicendum Archiepiscopo, cui portio deficiens accrevit, legatum præstare non teneri.

5 Secundò facit dubitandi rationem Paulus in l. si plures 98. ff. de legat. 3. in illis ultimis verbis, ibi: *Itaque si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his, nominatim damnare debet.* Clarè ergo docet hîc Paulus, legatum nominatim relictum repetitum non intelligi: sic ergo in casu nostro non repetetur ab Archiepiscopo legatum ab Episcopo nominatim relictum.

6 Tertio dubium facit idem Paulus in l. 1. §. id quod ex substitutione 13. ff. ad legem Falcid. in sequentibus verbis: *Sed ea quæ ab eo legata sunt, si omiserit hæreditatem, aug. buntur, scilicet si ab eo nominatum datum sunt.* Hîc namque aperte significatur non augeri legata ita nominatim relicta, quia corrumpuntur repudiante hærede, a quo legata sunt; ut sic intelligatur, neque à substituto, neque à cohæredi repetita censerentur.

7 Quarto faciunt difficultatem Imperatores Severus, & Antoninus in l. 1. Cod. si omiss. caus. testam. Quò loci videntur rescribere, ita demùm substitutum teneri ad præstationem legati ab instituto relictum, si institutus in fraudem legati hæreditatem repudiaverit, cujus fraudis particeps fuerit ipse substitutus. Unde facile deducitur, semotà fraude non teneri substitutum præstare legata ab hærede nominatim instituto relicta.

8 Quintò probatur ratione, quia quando legatum est relictum proprio hæredis nomine expresso, magis videtur gravata persona quàm ipsa hæreditas, l. quoties 23. l. nonnunquam 28. ff. ad Treb. Onus ergo personale ad alium transire non potest. Ita in expresso tenent hanc sententiam Bart. in l. Licet Imperator, num. 3. vers. primo casu, ff. de legat. 1. & in l. si duobus, §. 1. ff. eodem

tit. & post eum Alex. Jas. & alios sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 108. à num. 24. Mantica. de conject. ultim. vol. lib. 8. tit. 2. num. 15. ubi inter alios allegat Ruin. cons. 67. n. 6. & cons. 99. num. 16. vers. Si ergo ultimus, lib. 2. refertque scribere communem esse, & ab ea non recedendum in consulendo, & judicando. Gom. 1. tom. var. cap. 12. num. 36. vers. item etiam, Peregrin. de fid.icom. art. 16. num. 59. ubi vocat veram, & receptam, asseritque etiam ab ea in consulendo & judicando recedendum non esse. Surd. cons. 253. num. 37. & 38. & de aliment. tit. 8. privil. 15. n. 2. Gratian. forens. tom. 1. cap. 104. n. 45. & 46. Fusar. cons. 93. à num. 21. & cons. 96. num. 4. & de substit. quæst. 344. num. 7. supponitque Tiraquel. in tract. de privil. pie causæ, privil. 36. circa princip. Castill. lib. 8. de aliment. cap. 32. à num. 1.

Hanc tamen communem sententiam solent limitare DD. favore alimentorum & piæ causæ; nam tunc etsi ab instituto nominatim legatum sit, docent nihilominus à cohærede, vel à substituto legatum repeti, præstandumque esse, per textum in l. 4. §. Lucius, ff. de aliment. & cibar. legat. sic post alios limitant Tiraquel. dict. privil. 36. & 37. Surd. dict. privil. 15. à num. 2. ubi inter alios refert Romanum singul. 388. num. 5. extendentem ad annuam pensionem, eâ videlicet ratione, quia succedit alimentorum in causam. Gom. dict. num. 36. in dict. vers. item etiam, in illis verbis: *Nisi sit legatum alimentorum.* Mantica. dict. tit. 2. num. 16. Peregrin. dict. art. 16. num. 60. ubi limitat pro alimentis, pro dote, pro anima, pro pauperibus, & hujusmodi Gratian. dict. cap. 104. num. 47. 48. 49. & 50. Fusar. dict. cons. 96. num. 2. Castill. dict. cap. 32. per tot. Cùm igitur legatum quod agitur in presenti specie, neque pium, neque pro alimentis proponatur relictum, & insuper gravatus dicatur Episcopus hæres proprio nomine, sequitur dicendum Episcopo repudiante ab Archiepiscopo non deberi.

12 Cæterùm salvâ pace tantorum DD. huic sententiæ acquiescere non possum: quare certius existimo, legatum ab Episcopo

copo Nuntio relictum, repudiante Episcopo ab Archiepiscopo cohæredere debere.

13 Moveor regulâ textus in *l. licet Imperator 74. ff. de legat. 1.* quò loci fit mentio rescripti Imperatoris Severi, quo cautum fuit videri voluntate testatoris repetita à substituto, quæ ab instituto fuerint relicta: quod enim à testatore legatum est, declarat voluisse eum id legatario præstari: nulla autem causa est, cur testator ab instituto id præstari velit, nolit autem præstari à substituto. Neque enim magis dilexit substitutum, quàm institutum. Sed minus indicium est, quod institutum in hæreditate substituto prætulit. Huc accedit, quod substitutus iudicio testatoris eandem hæreditatem consequitur. Consentaneum igitur est, ut substitutus, qui in cæteris iudicium testatoris agnovit, etiam hac in re agnoscere debeat.

14 Quæ omnes considerationes æqualiter procedunt in cohæredere, cui deficientis cohæredis portio accessit; nam & hic in eam portionem jure substituitur, *l. si in testamento 5. ff. de vulgar.* & ita in specie argumentatur Ulpian. contra Juliani sententiam in *l. si Titio & Mævio 61. §. 1. ff. de legat. 2.* in illis verbis: *Sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta, à substituto debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequitur accrescentem portionem.* Quod apertius, & generalius definiuit postea Justinianus in *l. unica, §. his ita, Cod. de caduc. tollend.* Cum igitur portio Episcopi in nostra hypothese accreverit Archiepiscopo, nihil est ut non dicamus ei debere accrescere cum eodem onere præstandi & solvendi legatum Nuntio.

16 Neque Severi rescriptum limitandum est in legatis, vel fideicommissis nominatim ab hæredibus relictis, cum potius si verum amamus de ipsis solummodò procedebat, & circa ea disposuisse intelligendum sit, pro regula tradens repetita censenda fore à substitutis vel cohæredibus, ex conjecturata testatoris defuncti voluntate.

17 Et pro maiori rei explicatione aduerto, quod si testator duos, pluresve cohæ-

redes instituerit, & conjunctim eos gravaverit, quamvis nominatim sub proprijs eorum nominibus, veluti *Lucius Titus, Gaius Senus Publio Mævio decem dare damnas sunt*; in hac, inquam, specie portio deficiens semper cohæredum cum suo onere accrescit.

Et ratio est, quia non minus in onere ipso, quàm in hæreditate conjuncti hæredes sunt, & non tam pars, quàm gradus gravatus videtur, & plures simul loco unius habentur, ut est textus elegans in *l. si duobus 16. §. 1. ff. de legat. 1. l. unica, §. his ita, Cod. de caduc. tollend.* neque in hoc casu facienda est distinctio, si conjunctus hæres esse non possit eo tempore, quo adjungitur, si hæreditatem postea non adivisset; *dict. l. si duobus, §. 1. in princ. l. Civitatibus 122. §. Lucius, ff. de legat. 1. l. quidam referunt 14. §. 1. in ultima specie, ff. de jure codicill.*

Similiter certissimi juris est, quod si testator generaliter ab omnibus hæredibus legata vel fideicommissa præstari caveat per illa usitata verba: *Quisquis mihi ex superscriptis hæres, hæredesve erunt, de omnibus damnas sunt præstare, quod cuique infra leg vero præstari fieri ve jussero*; quorum mentio fit in *l. si quis 3. l. quidam 14. §. 1. ff. de jure codicill. l. hæc verba 3. l. ab omnibus 104. l. Lucius Titius 133. ff. de legat. 1. l. Lucius 88. §. quisquis, ff. de legat. 2. l. quisquis 95. l. si plures 98. ff. de legat. 3. l. quæ conditio 39. ff. de condit. & demonstr.* quæ formula appellatur generale caput, in *l. post emancipationem 40. §. fin. ff. de legat. 3. & in l. generale 32. ff. de usufruct. legat.* repetita censerit, & deberi vel à cohæredere, vel à substituto: & in hoc casu semper absque controversia transivit præfata hæc conclusio, ut ex supradictis juribus constat, ut tradit cum pluribus Menoch. *d. præsumptione 180 num. 2.*

Et hoc similiter procedebat, si generaliter & absolutè, vel impersonaliter, seu appellativo nomine legatum relictum esset ita: *Seio centum dari volo, vel hæres meus centum dabo.* De quibus formulis, & in quibus speciebus accipienda sunt jura in *l. si pater 47. §. fin. ff. de fideicom. libert. l. quidam 69. §. quoties, ff.*

de legat. 1. l. cum pater 77. §. cum pater, ff. de legat. 3. l. si plures 98. ff. de legat. 3. Menoch. ubi supra, à num. 2. à vers. extenditur, cum seqq.

20 Cum ergo si legata sub aliqua ex istis formulis relinquerentur, ex coacta legandi formulæ significatione repetita nominatim relicta esse censenda dubium non esset, utique præcisè infertur absque præfato rescripto vel à cohærede debita fuisse. Ne igitur superfluum, & inutile dicamus rescriptum Severi, id ad legata nominatim relicta referri oportet, ut post illius promulgationem concludamus jam regulam esse, legata vel fideicommissa etiam nominatim relicta ab instituto (eo repudiante) à cohærede vel substituto deberi; & specificè sic probatur sequentibus Jurisconsultorum locis.

21 Primus sit Marcelli in l. cum patronus 28. ff. de legat. 2. cujus hæc est species: Patronum ex debita portione hæredem instituit libertus testator, & ab eo fideicommissum quoddam reliquit: omisit patronus hæreditatem, atque ideo vel alteri cohæredi, si illum habuit, accrescit ejus portio, vel ad ejus substitutum devolvitur (si eum & substitutum habentem fingamus.) In hac hypothese dubitat Consultus, an illic, cui eam partem vindicat, teneatur præstare fideicommissum, ea ratione, quoniam quod illius personæ præstaretur, hoc nequaquam ad alium pertinere deberet. Quasi apertius diceret, quod quamvis fideicommissum relictum à patrono non valeat, cum illius portio gravari nequeat, l. si his 4. in princip. ff. de condit. & demonstr. l. 3. §. Si filius, ff. si à parente quis fuerit manumissus, l. patronus 20. ff. de donat. hoc privilegium personale patroni ad alium extendendum non est. Et ecce ergo textus expressus, in quo fideicommissum nominatim relictum à cohærede vel substituto repetitur; quia negari non potest patronum hîc nominatim gravatum fuisse: tum quia Jurisconsultus loquitur per verba illa, *Personæ præstolarentur*, quæ significant patronum ipsum ex persona, id est nominatim gravatum.

23 Tum quia demonstrant altera verba

(ab eo) quæ relationem ad ipsummet patronum gravatum faciunt; & DD. supra citati, qui contrariam tuerentur sententiam; dicunt legatum, vel fideicommissum intelligi nominatim relictum non solum quando nomen hæredis proprium exprimitur, sed etiam si taxativè instituto impositum est onus Menoch. dict. præsumpt. 104 n. 24. & etiam quando onus restringitur ad ejus personam; Menoch. lib. 1. cons. 86. num. 43. Peregrin. de fideicom. dict. art. 16. num. 59. in fin. Gratian. dict. cap. 104. num. 46. Fusar. dict. cons. 93. num. 23 & 24. & de substit. dict. quæst. 344. num. 6. Concludit ergo textus hic ita ponderatus intentum nostrum, etiam secundum sensum Doctorum, qui nobis adversantur; neque unquam vidi al quem illorum solutionem ei præstitisse.

24 Secundus locus sit Ulpiani in l. si Titio & Maevio, §. 1. ff. de legat. 2. species talis est: Gravatus fuit quidam ex legitimis hæredibus fideicommissis (si velis accommoda speciem ad terminos legis *Conficiuntur* 8. §. 1. ff. de jure codicill.) qui hæreditatem repudiavit. (datur etiam inter hæredes ab intestato accrescendi jus, ut supra jam prænotavimus, num. 2.) inquit J. C. an cohæres ejus sit cogendus fideicommissa præstare? Et refert Julianum dixisse, non teneri, quoniam portio ad cohæredem sine onere pertineret. Respondet tamen contrarium Ulpianus his verbis: *Sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequitur accrescentem portionem.* Certè, ni fallor, adduci non potest locus expressior: negari namque minimè potest Ulpianum hîc ponere casum de hærede legitimo nominatim gravato, ut demonstrant illa verba: *Cum essent ab eo fideicommissa relicta*; quæ relationem & restrictionem ad personam faciunt; atque ideo juxta supra dicta n. 21. arguunt gravamen nominatim impositum: & tamen ut discedat à Juliani opinione argumentatur ex sententia rescripti Severi, docens cohæredem fideicommissorum onere teneri, quia est quasi substitutus; cum Severus ref-

rescripserit, relicta à substituto repetita fore. Docet ergo manifestè Ulpianus, post rescriptum Severi legatum vel fideicommissum etiam nominatim relictum repetitum intelligi: cujus etiam textus adhuc solutionem ab adversarijs præitari non viderim.

25 Neque adversus eum opponi potest ex eodem Ulpiano *in l. 1. §. illud 9. ff. de legat. 3.* ubi pro indubitato ait, quod si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere poterit, fideicommissum reliquerit, si illud eo repudiante, ad sequentem in gradu devoluta sit successio, cum fideicommissum non deberi. Non repetitur ergo fideicommissum inter venientes ab intestato, ac proinde non sibi constat Ulpianus, ut possit ad decisionem nostri casus allegari. Quia licet Faber *lib. 4. conjecturar. cap. 15.* ad eam difficultatem opprimatur, ut existimet negationem *in dict. §. illud*, abundare, & tollendam affirmet, ita ut legatur, eum fideicommissum deberi, casuum tamen distinctione in facilem concordiam reducuntur hi loci. Namque *in dict. l. si Titio*, loquitur Ulpianus de duobus ejusdem gradus legitimis hæredibus: & *in dict. §. illud*, loquitur de legitimis hæredibus in diverso gradu existentibus; & in priori specie asserit fideicommissum etiam nominatim relictum eo repudiante ab altero deberi: in secunda specie docet fideicommissum relictum ab eo qui in primo gradu est, eo repudiante non deberi ab eo qui in secundo gradu est. Et ratio differentie in eo consistit, quia in priori specie perinde habentur legitimi hæredes ac si instituti essent, cum videatur sponte sua defunctum his relinquere legitimam hæreditatem: quâ ratione admissum est ut possit codicillis eos fideicommissis onerare, *l. si fundum 92. §. si Titio, ff. de legat. 2. l. 2. §. Sciendum, ff. de legat. 3. l. 3. & l. conficiuntur 8. §. 1. ff. de jur. codicill.* Meritum ergo est, ut cohæres cum ex defuncti judicio veniat, & veluti ad hæreditatem admittatur, fideicommissi onere teneatur, *dict. l. si Titio 61. §. 1.* at verò in secundo casu, cum ille qui in secundo gradu est, non ex vo-

luntate defuncti veniat, sed potius ex alterius facto & repudiatione, idest illius qui in primo gradu erat, rectè fideicommissi onere non tenetur, *dict. l. 1. §. illud*: & hic est verus sensus horum jurium quem jam præferat, *Glos. in dict. l. si Titio, §. 1. verbo Cum suo onere.* In secunda solutione, optimè reprobat Fabro expendit Osuald. *ad Donel. lib. 8. comment. cap. 8. lit. B.* quem sequutus est Melchior de Valencia *lib. 1. illustr. tract. 1. cap. 4. num. 11.* & in effectu tenet Larrea *tom. 2. decis. Granatens. 51. num. 49.* optimè J. C. *in dict. §. illud ad-* 30 *didisse illa verba: Et ita Imperator noster rescripsit*, quia cum Severus ex tacito testatoris judicio legatorum repetitionem inducat, deficiatque hæc voluntas in eo qui in secundo gradu est, quia neque expressè, neque tacitè à defuncto fuit vocatus, sed solum ille, qui in primo gradu, quem ideo solum gravaverit; rescribit consequenter à cessante ratione ibi repetitione cessare debere, quemadmodum ex eadem defuncti voluntate cessat in alijs exemplis relatis *in dict. l. licet 74. ff. de legat. 1.*

Et ex eadem defuncti voluntate, at- 31 que judicio admittitur repetitio ab eodem Ulpiano *in l. 2. §. ultimo, ff. de suis & legitim. hæred.* In eo ponenda est species de hærede instituto cum formula cretionis. Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto hæredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hæreditatem, necne: veluti, *Titius hæres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris, poterisque: nisi ita creveris, non hæres esto.* Ulpian. *in fragment. tit. 32 22. §. cretio*: & hæc distinctio datur inter hæredem sine cretione institutum, & institutum cum cretione; quia hæres institutus sine cretione, si constiterit nolle se hæredem esse, statim excluditur ab hæreditate, & amplius eam adire non potest. Cum cretione verò hæres institutus, sicut cernendo fit hæres (cernere est verba certionis dicere ad hunc modum: *Cum me Mævius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque*:) ita non aliter excluditur, quàm si intra dies cretionis non creverit; ideoque