IOHANNIS VOET,

ICTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LVGDVNO-BATAVA,

COMMENTARIVS

AD

PANDECTAS.

IN QVO, PRAETER

ROMANI IVRIS PRINCIPIA

AC CONTROVERSIAS ILLVSTRIORES,

VS ETIAM HODIERNVM,

ET PRAECIPVAE FORI QVAESTIONES

EXCVTIVNTVR.

TOMVS SECVNDVS.

CVM PRIVILEGIO S. MAI. REG. BORVSS.

HALAE,

SVMTIBVS IOAN. IAC. CVRTII,

MDCCLXXVIII.

INDEX TITVLORVM
IN
COMMENT. AD PANDECT.
CONTENTORVM.
TOMO SECVNDO.

LIBER V.

TIT. I. *De Iudiciis, & ubi quisque agere vel conveniri debeat.* pag. 1.
II. *De inofficioso testamento.* 153
III. *De hereditatis petitione* 242
IV. *Si pars hereditatis petatur.* 265
V. *De possessoria hereditatis petitione.* 269
VI. *De fideicommissaria hereditatis petitione.* 270

LIBER VI.

TIT. I. *De rei vindicatione.* 271
II. *De publiciana in rem actione.* 311
III. *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.* 320

LIBER VII.

TIT. I. *De usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.* 366
II. *De usufructu accrescendo.* 420
III. *Quando dies ususfructus legati cedat.* 427
IV. *Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* 429
V. *De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.* 442
VI. *Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.* 449
VII. *De operis servorum.* 453
VIII. *De usu et habitatione.* 454
IX. *Usufructuarius quemadmodum cautet.* 460

LIB.

LIBER VIII.

TIT. I. *De ſervitutibus.* 471
II. *De ſeruitutibus praediorum vrbanorum.* 476
III. *De ſeruitutibus praediorum ruſticorum.* 495
IV. *Communia praediorum tam urbanorum, quam ruſticorum.* 507
V. *Si ſeruitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.* 531
VI. *Quemadmodum ſervitutes amittuntur.* 536

LIBER IX.

TIT. I. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* 553
II. *Ad legem Aquiliam.* 560
III. *De his, qui effuderint vel deiecerint.* 596
IV. *De noxalibus actionibus.* 602

LIBER X.

TIT. I. *Finium regundorum.* 614
II. *Familiae erciſcundae.* 627
III. *Communi diuidundo.* 670
IV. *Ad exhibendum.* 678

LIBER XI.

TIT. I. *De interrogationibus in iure faciendis, et interrogatoriis actionibus.* 683
II. *De quibus rebus ad eundem iudicem eatur.* 692
III. *De ſeruo corrupto.* 695
IV. *De fugitiuis.* 699
V. *De Aleatoribus.* 702
VI. *Si menſor falſum modum dixerit.* 712
VII. *De religioſis et ſumtibus funerum et vt funus ducere liceat.* 714
VIII. *De mortuo inferendo et ſepulchro aedificando.* 728

LIBER QVINTVS.

TITVLVS I.

DE JVDICIIS, ET VBI QVISQVE AGERE VEL CONVENIRI DEBEAT.

SVMMARIA.

1. *Nemo sibi ipsi jus dicere debet.*
2. *Recensentur casus excepti. An & judex multare possit eos, qui ei, qua judici, injuriam fecerunt?*
3. *Quid sit judicium; quid summarium; & an idem sit* summatim & de plano *cognoscere?*
4. *Quibus in casibus summariae cognitioni locus sit tum jure Romano, tum moribus?*
5. *Si lis principalis summatim agitetur, idem agendum in quaestionibus in eam incidentibus; etiam in causa appellationis. An quis possit ab ordinario judicio coepto desistere & ad summarium transire?*
6. *Quid sit judicium civile, quid criminale?*
7. *In concursu judicii civilis & criminalis ex eadem vel diversis causis, an prius civile, an prius criminale terminandum sit, per distinctiones explicatur.*
8. *Plures aliae recensentur divisiones judiciorum. Lata fuit lex Julia, altera judiciorum publicorum, altera privatorum; posterioris capita quaedam proponuntur.*
9. *Quot personae constituant judicium? quis actor, quis reus sit?*
10. *Qui habeant legitimam personam standi in judicio; an collegia illicita sed tolerata? & an & quando filiusfamilias, tum jure civili, tum hodierno?*
11. *An minores 25. annis sine curatore? & quid, si sine curatore steterint in judicio?*
12. *An jure Romano & hodierno in causis criminalibus, si accusentur aut accusent? An jure Canonico, & moribus, in causis matrimonialibus & beneficialibus?*
13. *An qui veniam aetatis impetrarunt, aut nuptiis vel aliter pro majoribus sunt habiti, etiam de immobilibus sine curatore litigent?*
14. *An uxor hodierno jure possit sine viro stare in judicio tanquam rea vel actrix? vel impedire, ne vir uxoris nomine litiget? & quid juris, si contrarium pacto dotali actum sit; vel vir bonis cesserit?*
15. *Quid si litigare velit ut tutrix liberorum primi thori, vel ut executrix testamenti, vel ut publica mercatrix?*

16. *Stat tamen in judicio ex mariti mandato. Quid si maritus rata habeat per uxorem in judicio gesta? Quid si maritus absit, & periculum in mora? an sine viro alios sistere, vel sisti ipsa possit?*

17. *An criminis accusata uxor sine viro suo stet in judicio, & an poena pecuniaria in eam constituta, stante matrimonio executionem habeat contra maritum?*

18. *Si maritus malitiose agere vel defendere nolit in causa uxoris, uxor potest judicis autoritate. An periculo mariti tunc uxor vincatur? & quid si maritus nolit nomine uxoris movere actionem injuriarum?*

19. *Si uxor non jure steterit in judicio & vicerit, marito prodest.*

20. *Actoris arbitrio relinquitur, quando velit agere. Litis coeptae instantia quanti temporis lapsu perimatur? facile tamen adversus eam impetratur restitutio.*

21. *Quando locum habeat actio ex* lege diffamari? *Ejus extensio ad omnes causas, tanquam aequa, defenditur.*

22. *Non est locus actioni ex* l. diffamari, *nisi probetur diffamatio. Quando necesse non sit, probari jactantiam aut diffamationem?*

23. *Quo in loco sit intentanda actio* ex l. diffamari? *An alibi hac actione, alibi de negotio principali litigari?*

24. *Quot citationibus opus sit antequam vocato* ex l. diffamari *silentium imponatur? & an contra impositum silentium restitutio concedi possit?*

25. *Actor minus, aut partem debiti petendo, non peccat; at omnino plus petendo. Quae sint poenae plus petentium jure veteri, novo, Canonico, & hodierno?*

26. *An, si actor coeperit quid petere pendente conditione, ac lite pendente conditio existat, reus condemnandus sit?*

27. *Agi non potest, antequam dies vel conditio debiti extiterit. Recte tamen agitur ad praeteriti simul & futuri temporis usuras, fructus, reditus, alimenta, annua, menstrua, item post anni primi lapsum ad condemnationem debiti annua bimatrima die solvendi, ut ita suis quibusque temporibus in futurum fiat executio.*

28. *Quomodo agat de jure praelationis in generali concursu creditorum is, cui ex die vel sub conditione debitum: & an is, cui ex die vel sub conditione debetur, interim cautionem petere possit in judicio stricti juris?*

29. *Quisque de suo, nemo de alieno debito conveniendus. An uxor pro marito, maritus pro uxore, filius pro patre? non extraneus pro extraneo; & de prohibitis pignorationibus.*

30. *Licitae tamen ex concessione Principis pignorationes, seu repressaliae, quoties debitor & creditor non subsunt uni supremo Principi, & Princeps alterius regionis peregrino creditori*

tori contra ſuos ſubjectos jus dicere detrectat.

31. *Ordinarius judex non poteſt repreſſalia concedere, nec Princeps peregrinis, ſed tantum ſubjectis ſuis.*

32. *Actore vel reo mortuo citandi hodie heredes ejus ad reſumenda arma litis, licet adierint cum beneficio inventarii.*

33. *Non tamen, ſi in cauſa jam concluſum ſit; nec, ſi ſententia jam lata ſit, quo caſu tantum nova executio contra heredes decernenda. Quid juris, ſi tutor pendente lite moriatur? vel unus ex pluribus coheredibus poſt reſumta arma litis?*

34. *Tertius in lite poteſt intercedere, ut litem in ſe transferat; quibus in caſibus id fieri poſſit? An tunc intercedens recte petat, litem ad ſuum forum remitti? An hoc modo intercedere poſſit, qui ſciens paſſus eſt litem ab alio ſuſtineri, nec quantocius contradixit?*

35. *Quot modis tertius in lite intervenire poſſit, ut alterutrum juvet? Quibus in caſibus interveniat ex voluntate unius litigantium? Quibus in caſibus utroque invito?*

36. *Apud quemcunque judicem fieri poteſt interventio, & in quavis judicii parte, etiam in ipſa appellatione.*

37. *Nullus intervenit, niſi is, cujus intereſt, & qui eandem cum litigantibus habet litigandi cauſam; alias nova lite experiri debet; ut ſi ipſe velit rem vindicare tanquam ſuam, quam alius vindicat.*

38. *Interveniens ut alterutrum litigantem juvet, non poteſt judicem declinare ut incompetentem, ſed quidem ut ſuſpectum; nec quicquam novi facere, quod is, cui ſe jungit, facere prohibetur. Qui ſcripſerint de intervention.*

39. *Quid ſit judex? narratur vetus judiciorum ordo & judicum dandorum mos: qui plura de eo ſcripſerint: & de judicio decemvirali. Quando ceſſaverit judicum dandorum uſus, & quid jure noviſſimo?*

40. *Quales cauſae olim non potuerint per pedaneos judices cognoſci: an & cauſae liberales?*

41. *Quis olim in Hollandia judiciorum ordo fuerit?*

42. *Qui prohibeantur eſſe judices? an caeci, furioſi tempore dilucidi intervalli, majores annis octodecim?*

43. *Repelli poſſunt judices ſuſpecti, ſed non aliter, quam allegata & probata ſpeciali ſuſpicionis cauſa, tum veteri, tum novo jure, tum moribus.*

44. *Recenſentur plures cauſae ſuſpicionis: ſuſpectus an judex, cujus filius alteri litigantium patrocinium aut procurationem in ea lite praeſtat? an is, cujus liberi aut fratres actori vel reo domeſtici aut a miniſteriis publicis ſunt?*

45. *Suſpectus non eſt judex urbanus in lite inter civitatem & civem vel peregrinum; nec ſenatores in cauſa ſocietatis Indicae, licet in ea partem habeant: contra ſi judex actori vel*

reo in ea causa privatus socius esset.

46. *Suspectus est, quem pars una, non quem uterque petiit; quoto gradu cognationis vel affinitatis quis jure Romano ac moribus suspectus sit? Qualis amicitia ac familiaritas judicem suspectum faciat? rejiciuntur plures frivolae suspicionis causae. An jure Romano judex major potuerit recusari ut suspectus?*

47. *Totum collegium judicum hodie regulariter non potest suspectum dici, sed singuli, in quos justa cadere dicitur causa; nisi totum collegium facto quodam se reddiderit suspectum; & quis de causis suspicionis, tum singulorum, tum totius collegii, judex competens sit?*

48. *Exceptio judicis suspecti opponenda ante litem contestatam, quandoque & post.*

49. *Qualia sint officia judicis, quae ad* nobile, *quae ad* mercenarium *ejus officium reducenda sint? Quando judex tum nobile tum mercenarium officium impertiri possit non rogatus, plenius, & exemplis multis demonstratur, si lex aut consuetudo, aut suspicio falsitatis contra instrumentum, aut appellationis desertio, aut praescriptio, aut meri juris exceptio, velut ordinis, divisionis, non fuerint allegata.*

50. *Judex non debet per minorem causam majori cognitioni praejudicare; debet judicare secundum allegata & probata, simulque secundum conscientiam. Quid agendum, si haec duo pugnent?*

51. *Debet judicare secundum leges, sive major, sive minor judex sit. Cujus loci leges in judicando observandae sint, per distinctiones explicatur. Quid juris, si pendente lite, vel appellatione, lex nova lege abrogetur?*

52. *Nullus in jure est aut esse debet* casus pro amico, *ut loquuntur.*

53. *Intra biennium criminale, civile judicium intra triennium finiendum; & quid olim obtinuerit? an adhuc hodie biennium servetur in criminalibus?*

54. *Quae causae etiam jure novo intra brevius tempus, quam est biennium aut triennium, terminandae sint?*

55. *Biennio vel triennio a lite coepta lapso perimitur tota causa, non sola litis instantia.*

56. *Quid jure Canonico & moribus? Lites generaliter quantocius terminandas esse, praecipue, si peregrinis jus dicendum sit.*

57. *Alia circa judicis officium monita, praecipue, ne affectibus indulgeant.*

58. *Quae jure Romano & hodierno sint poenae judicis dolo vel imprudentia male judicantis, assessorum, & advocatorum a judicibus rogatorum & perperam jus suggerentium?*

59. *Quodnam sit officium judicis, cui litis instructae praepara-*

ratorium examen committitur, ut reliquis referat?

60. *De miniſtris judicum, ſcribis, apparitoribus, accenſis, interpretibus, praeconibus, lictoribus, viatoribus, carnificibus, eorumque officiis tum ex Romano tum ex hodierno jure, remiſſive.*

61. *An graphiarii noſtri ſeu ſcribae judicum ſuſpecti argui poſſint, ne certis in litibus ſuo munere fungantur?*

62. *Quid juris, ſi apparitores judicum injuriis affecti ſint? & quid, ſi modum egreſſi vim paſſi ſint?*

63. *De ſportulis judicum & apparitorum.*

64. *Actor ſequitur forum rei; litis initio inſpicitur, quodnam ſit forum rei; exceptio fori declinatoria ante omnia alia debet allegari, & perit, ſi aliud a reo actum ſit, aut in judicio allegatum.*

65. *An judex ipſe, qui declinatur, de eo judicet, & an vocantem ad forum non competens in expenſas damnare poſſit? An reus teneatur venire ut exceptionem fori declinatoriam opponat?*

66. *Quot modis quis forum competens ſortiatur? ſi reus pluribus in locis forum competens habeat, actoris electio eſt.*

67. *Ratione delicti in loco criminis perpetrati reus non modo praeſens ſed & abſens accuſari poteſt.*

68. *Poteſt tamen & in alio quovis loco in quo reperitur, praecipue in loco domicilii. In Hollandia tantum in loco domicilii, ſi extra locum domicilii intra Hollandiam deliquerit, nec apprehenſus in flagranti delicto, aut fugitivus ſit. Quid ſi Hollandus extra Hollandiam deliquerit?*

69. *An quis criminis accuſari poſſit in loco, in quo immobilia habet, ſi ibi non deliquerit, nec apprehenſus ſit, nec domicilium foveat?*

70. *In concurſu fori multiplicis in reo accuſando praeventioni locus eſt. Quis cenſeatur praeveniſſe? Quid ſi unus prius citaverit edictis, alter reum poſtea apprehenderit? Quid ſi unus in crimen inquiſiverit, alter dein edictis citaverit ante primum inquirentem?*

71. *Praeventioni enim locus, cum in confinio duorum territoriorum crimen perpetratum eſt. Si inter duos de jurisdictione criminali quaeſtio ſit, nec brevi finiatur, judex utroque ſuperior ad ſe litem criminalem evocare poteſt.*

72. *Qualia crimina moribus noſtris non niſi a certis judicibus coerceri poſſint? remiſſive.*

73. *Quomodo ratione contractus quis ſortiatur forum competens, & ubi quisque cenſeatur contraxiſſe, ſi per literas conſenſus declaratus ſit, vel alibi conſenſus interpoſitus, alibi inſtrumentum conſcriptum ſit; vel alibi contractum ſed ad locum alium deſtinatum ſit implementum contractus?*

74. *Ubi actio tutelae, vel ad legata, vel ad diviſionem hereditatis, vel univerſali judicio con-*

curſus inter creditores agendum ſit, remiſſive; exceptiones proponuntur, quibus quis in loco contractus non poteſt conveniri.

75. *De foro competente ex prorogatione, remiſſive*

76. *De foro competente ratione rei ſitae; & an quis vi privilegii actionem in rem in loco rei ſitae motam trahere poſſit ad forum ſuum privilegiatum?*

77. *Actio in rem etiam extra locum ſitus in loco domicilii poſſeſſoris moveri poteſt, ſi de mobilibus, non item ſi de immobilibus agatur; & quid juris in petitione hereditatis?*

78. *De foro competente ex reconvention; quid juris, ſi reconventus reſpondere nolit? An actor renunciando liti inchoatae poſſit evitare reconventionem? An conventus ex contractu reconveniri poſſit pluribus actionibus, etiam natis ex delicto; an reconventio, & quousque in injuriarum actione locum habeat? an unus ex pluribus coheredibus agentibus aut conventis, reconveniri vel reconvenire ex alia cauſa poſſit?*

79. *Nemo invitus cogitur reconvenire, & an reus pendente lite poſſit actorem alia lite apud aliam judicem pulſare?*

80. *Quo tempore, & an poſt litem conteſtatam reconventio fieri poſſit? an & poſt ſententiam in appellatione?*

81. *An tutor, curator, adminiſtrator nomine officii pro pupillo & ſimilibus agens reconveniri poſſit de eo, quod ſuo nomine debet; & vice verſa?*

82. *An ſocius nomine ſocietatis agens, de eo quod alia ex cauſa ſolus debet?*

83. *An actor reconveniri ab eo, qui reo in lite aſſiſtit, veluti ab autore, qui emtori vocato adeſt? & an autor vocatus ut aſſiſtat, emtorem vocantem reconvenire poſſit?*

84. *An is, qui in rem ſuam procurator conſtitutus eſt per ceſſionem actionis, ſi agat, reconventionem pati teneatur, de eo, quod cedens debet, per diſtinctiones explicatur.*

85. *Non poteſt fieri reconventio apud judices tales, qui in ea cauſa, de qua fit mutua petitio, ne ex ſpeciali quidem prorogatione poſſent competentes eſſe: & quid juris, ſi reconventio fiat de majore quantitate, poteſtatem vulgo excedente?*

86. *An reconventioni locus, ubi tantum extraordinaria fit imploratio officii judicis, quae non continet ullam juris perſecutionem, veluti, ut tantum inſinuatio alteri fiat? an in ſummariis & privilegiatis cauſis reconventio ex cauſa non privilegiata? an & tunc utraque cauſa ſimul terminanda ſit? Quid juris, ſi utraque ſummaria ſit?*

87. *Moribus reconventio admiſſa in interdictis adipiſcendae poſſeſſionis, non item in interdictis recuperandae poſſeſſionis, nec in cauſa fractae pacis publicae.*

88. *Propter quas rationes & quibus*

quibus in causis judex possit terminare causam conventionis ante causam reconventionis, atque ita diversis temporibus? condemnatus tamen ex conventione potest id, in quod damnatus est, deponere apud judicem, & arrestare pro eventu litis in reconventione.

89. *Reconventus non potest iterum secundam facere reconventionem.*

90. *De foro competente ex continentia causae.*

91. *De foro competente ex causa originis, quis sit locus originis? quid si in insula aut vico, aut matre peregrinante natus sit? originis locus etiam fingitur ex manumissione, adoptione; & communis patria est Roma, ubi quisque conveniri potest, nisi habeat jus revocandi domum: qui id habeant, praecipue quando id habeant aut non habeant legati? & quid moribus?*

92. *De foro competente ratione domicilii. In quibus distet* origo *a* domicilio? *Domicilium est mutabile, potest quis esse sine domicilio, potest & simul plura habere; & ubi tunc conveniendus sit? Praesumitur quisque domicilium habere in loco originis, donec contrarium probetur.*

93. *De domicilio necessario; qui illud habeant; & de domicilio litis causa eligendo; an electio duret post sententiam, & appellationem, & mortem eligentis?*

94. *Quid sit domicilium proprie dictum; quid domicilium improprium; an & quousque studiosi domicilium habeant ubi studiorum causa degunt?*

95. *Uxor mariti domicilium sequitur, & retinet vidua facta, nisi sponte mutet. An & uxor illegitima, vel sponsa?*

96. *Famuli & ancillae sequuntur domicilium domini, cui ministrant.*

97. *Ex quibus conjecturis colligi possit, aliquem domicilium certo loco constituisse?*

98. *Non constituitur domicilium solo animo, sola contestatione, sola habitatione, nec ex eo solo, quod quis tabernam, pergulam, horreum certo loco habet; aut operis aut litis aut negotiationis gratia ibi moratur, & quid juris in iis, qui Indias petunt, quive delegati sunt ad Collegia Ordinum generalium, Consilii status, Archithalassica &c. & an, ac quousque hi omnes istis in locis conveniri possint?*

99. *Migrare quisque & domicilium mutare potest; & tunc evitat onera personalia prioris domicilii; amittit & jura ac privilegia ejus. Improbata migratio, quae catervatim fit in praejudicium utilitatis publicae. Migrantes certam fisco loci, unde migrant, inferunt bonorum partem, jure* issuae *vel* exuae. *Nemo praesumitur domicilium mutasse, sed id probandum.*

100. *Filius major seorsim a patre domicilium constituere sibi potest; filius minor una cum patre migrante migrare potest & domicilium mutare, nisi id*

fiat animo fraudandi eos, qui ex domicilii prioris lege minori succeſſiſſent.

101. *Marito domicilium mutante ex neceſſitate vel libera voluntate, uxor quoque illud mutat, etiamſi mutatio uxori damnoſa ſit; nec tunc uxor petere poteſt a marito migrante vel heredibus ejus id quod intereſt; niſi nominatim pacto dotali id actum ſit, ne maritus alio migret.*

102. *Heres non ſuccedit in domicilium defuncti, nec ex ejus domicilio forum competens ſortitur, niſi lis cum defuncto jam conteſtata ſit.*

103. *De foro competente ex privilegio. Milites ubi forum competens ſortiantur in cauſis civilibus & criminalibus de jure Romano?*

104. *Ubi ſecundum mores hodiernos in criminalibus?*

105. *De illis, qui cum milites non eſſent, tamen difficilibus patriae temporibus in armis ſunt, & tunc militare delictum perpetrant.*

106. *Quid, ſi quis ante militiam deliquerit, & jam accuſatus vel jam condemnatus fuerit, antequam militiae nomen daret, an maneat judicis ordinarii jurisdictio? & quid, ſi nomen militiae dederit antequam accuſaretur?*

107. *Quid juris hodie ſit circa militum forum competens in cauſis civilibus?*

108. *Milites in eo quidem loco, in quo militiae cauſa morantur, habere fori privilegium, ſed tamen in loco domicilii aut alio foro ſecundum jus commune competente, conveniri poſſe apud judices ordinarios actionibus civilibus pro debito adſtruitur ex jure Romano; nec longe abit jus hodiernum.*

109. *De foro privilegiato ſtudioſorum ex* auth. habita C. ne filius pro patre. *De foro privilegiato ſtudioſorum & profeſſorum Univerſitatis, quae eſt Lugduni Batavorum in cauſis civilibus & criminalibus; an prorogatione ſibi noceant? Quid juris, ſi agant actione ceſſa? nihil referre in qua Hollandiae parte contraxerint aut deliquerint Academiae membra.*

110. *De foro competente clericorum ex jure Romano & Canonico. An clericus judici laico prorogare jurisdictionem poſſit?*

111. *Ubi ſenatores vel clariſſimi conveniendi ſint? ubi Nobiles Hollandiae, Curiarum Hollandicarum ſenatores, delegati ad Collegia publica Hagae-Comitis congregari ſolita, advocati Curiae Hollandiae, aliique* curiæ ſuppoſiti *vulgo dicti, in cauſis civilibus ac criminalibus, & ubi advocati Ultrajectini in criminalibus?*

112. *Quid, ſi Nobiles, Senatores, Advocati &c. in alia provincia extra Hollandiam inveniantur aut bona habeant? ſi non Hagae, ſed alibi intra Hollandiam habitent, aut praxin exerceant?*

113. *Ubi conveniendi aſſeſſores camerarum maritimarum, aut aliis foederati Belgii collegiis gene-*

generalibus adſcripti, ſi deliquerint in officio? & de foro illuſtrium Germaniae virorum, remiſſive.

114. *De poteſtate judicandi conceſſa collegiis opificum, conſulibus aut praefectis nationis Anglicae, Belgicae, &c. per varias regiones.*

115. *Ubi pupilli, viduae, & aliae miſerabiles perſonae? Qui veniant appellatione miſerabilium perſonarum? an ſenes decrepiti? an virgines?*

116. *An mulier, cujus maritus exul eſt, aut ad triremes damnatus, aut captus, aut furioſus, aut prodigus?*

117. *An &, ſi tales perſonae opulentae ſint?*

118. *An mercatores mercaturae cauſa in locis peregrinis litigantes? & quid moribus?*

119. *An Eccleſiae, noſocomia, orphanotrophia, aliaque pia loca? an & univerſitates?*

120. *An hae miſerabiles perſonae poſſint, ſi velint, agere apud judicem ordinarium, & an etiam, cum conveniuntur, an tantum cum agunt, fori privilegio uti poſſint? & quid moribus?*

121. *Non intereſt, propriis, an hereditariis agant actionibus. Quid juris, ſi agere velint contra aliam aeque miſerabilem perſonam?*

122. *Si lis miſerabili perſonae ſit communis cum alia non privilegiata, an & non privilegiata fori privilegiati particeps reddatur?*

123. *An miſerabiles perſonae in contrahendo poſſint efficaciter ſuo fori privilegio renunciare? & an contra renunciationem expreſſam vel tacitam reſtitui poſſint?*

124. *Non gaudent hodie miſerabiles perſonae fori privilegio, niſi lis certam quantitatem, ſtatutis varie definitam, excedat.*

125. *An fori privilegio uti poſſint miſerabiles perſonae, ſi actione ceſſa agere velint?*

126. *Carent hae perſonae fori privilegio, ſi de aſſecuratione* (aſſurantie) *lis ſit, vel de miſſione in poſſeſſionem hereditatis, vel de aſſignatione bonorum parentis defuncti per ſuperſtitem pupillis facienda, vel agatur univerſali judicio concurſus inter creditores ad bona debitoris inidonei, vel familiae erciſcundae judicio inter coheredes, vel agatur de cauſis, quae certis tantum judicibus, cum excluſione aliorum, demandatae ſunt; & quales illae ſint? qui de hoc miſerabilium privilegio ſcripſerint?*

127. *Quibus ſpecialiter competat jurisdictio de violatis ſaltibus publicis & peccatis contra leges venationis?*

128. *De quibus cauſis judicent aſſeſſores rei maritimae,* (collegien ter admiraliteyt) *enarratur: judicant inter alia de fraudatis vectigalibus, de prohibitis importari vel exportari, ſi contra factum ſit, licet mulites res deprehenſas intra ſua praeſidia detuliſſent. Quid juris, ſi rei mercium ad hoſtes illicite exportatarum non in*

ipso flagitio deprehensi postea accusandi sint? Quid si de navibus aut mercibus ab hoste redemtis lis sit? Quid si delicta sint perpetrata in navi Indiam orientalem petente? & de judicio seu consilio navali.

129. *Ubi agatur de delictis publicanorum, de impositionum fraudationibus, & aliis ad impositiones publicas spectantibus?*

130. *Quales lites pertineant ad praefectos camerae pupillaris? judices esse nequeunt, si pupillis mortuis bona coeperint ad alios pertinere.*

131. *Quis in feudalibus jure feudali sit judex competens, si inter vasallos duos de feudo lis sit, vel inter dominum & vasallum, vel inter dominum & extraneum, vel inter vasallum & extraneum?*

132. 133. *Quis secundum hodiernos Hollandiae mores, & de amplitudine jurisdictionis Curiae feudalis Hollandicae? Quis competens, si lis de debitis, reditibus, servitutibus, partim feudali partim allodiali praedio impositis? & quo modo novissime iterum Curia provincialis & suprema de feudis judicet? Quis competens in feudis Flandricis, quatenus subsunt ordinibus generalibus? qui plura scripserint de hoc foro?*

134. *Ubi jure Romano & moribus de possessione vel quasi possessione rerum & jurium, feudorum & beneficiorum? & an propter causam possessionis lis quoque de proprietate ad superius tribunal trahi possit in Hollandia & Ultrajecti?*

135. *Judicem de possessione competentem facit situs rei, non domicilium turbantis.*

136. *De quibus causis lis statim omisso Inferiore apud supremam curiam in Hollandia moveri possit? de quibus apud provincialem Hollandiae Curiam? De quibus apud Curiam Ultrajectinam?*

137. *Curiae Hollandiae provinciali & supremae non licet cognoscere de causis politicis, nec de debitis quaestorum aerarii, qua talibus; recte tamen de litibus inter civitates, vel inter Hollandiam Zelandiamque; uti & de eo, si quis non jure se dignitate motum queratur.*

138. *Quis competens, si societates Indicae laesisse dicantur, aut ab aliis laesae?*

139. *Ubi de in integrum restitutione; ubi ex* l. diffamari *agi debeat? Quo modo per arrestum fiat forum competens, & quando id non liceat? remisse.*

140. *Jure Romano, Canonico, & hodierno* evocatio litis *frequens, & facit forum competens; improbatae tamen in Hollandia evocationes factae a Principe seu Comite, in quam rem varia privilegia. An expediat, licem singularem ab Ordinibus evocari?*

141. *Quid juris circa evocationes in Germania? remisse.*

142. *Cessat privilegium de non evocando, si quis mediante arresto vocetur extra territorium Hollandiae, ut de re immobili illic sita, vel personali actione litiget;*

litiget; uti &, si duo judices Hollandi inferiores contrarias eadem in causa sententias tulerint.

143. *De evocatione liris ad judicem superiorem ad petitionem partis ob moras in lite definienda factas; vel si contrariae in eadem causa sint duorum judicum inferiorum sententiae; vel quia duo diutius inter se litigant de criminali iurisdictione. Qui de evocatione ultra videndi sint?*

144. *Initium iudicii inchoati est litis contestatio. Quo modo illa fiat, quae minus plena, quae plena contestatio sit?*

145. *De ficta litis contestatione, quae est ex contumacia.*

146. *Reiicitur divisio litis contestationis in affirmativam & negativam, simplicem & conditionatam.*

147. *In omni iudicio opus est litis contestatione, etiam in summario. Quid si reus respondens protestetur, se id non facere animo litis contestandae?*

148. *Quae post litem contestatam in iudicio ulterius agenda? remissive.*

149. *Quinam sint effectus litis contestationis? ea actorem non solere deteriorem facere suam conditionem.*

Nemini regulariter sibi jus dicere permissum est: neque enim singulis concedendum fuit, quod per magistratum fieri publico potest, ne majoris inde tumultus oriatur occasio. *l. non est singulis 176. ff. de reg. juris.* neque prætor nati debuit, ad rixas & arma procedere eos, quos sua potest iurisdictione componere. *l. si cujus 13. §. sed si inter 3. ff. de usufructu & quemadm quis utat. Nos ideo* (inquit Quintilianus declam. 13.) *magistratus legesque a majoribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit; & assidue scelerum causae se refellant, si ultro crimen imitabitur. Damnum accepisti: erat lex, forum, judex; nisi vos jure vindicari pudet;* nec longe abludit Cassiodorus 4. variorum 10. *Hinc est*, ait, *quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu; quid enim a publica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur.* Idcirco sane judiciorum vigorem jurisque publici tutelam in medio constitutam esse, ne quisquam sibi ipsi permitteret ultionem, rescriptum est, *l. nullus 14. C. de Judaeis.* ac melius visum, ab aliis rem cognosci, quorum nihil interest, quam homines singulos, saepe sui nimium amantes, de proprio negotio & jure injuriave propria judicare. Quamobrem etiam Caroli V. constitutione nominatim vetitum, ne nobiles, aut cives, aut civitates, aut collegia, via facti sibi jus dicant, sub aliquo privilegii sibi competentis

colore,

colore, ſed jure cum adverſariis ſuis experiantur, *Placito 1. Aprilis anni 1521. vol. 2. Placit. Holl. pag. 2055. in fine.* Adde orationem meam *de docentium & diſcentium officiis.*

2. Data tamen fuit parentibus dominisque modica liberos ac ſervos coercendi poteſtas. *§. ult. Inſt. de his qui ſui vel alien. juris ſunt. tit. C. de emend. ſervorum. tit. C. de emendat. propinquor.* creditori licet debitorem cum pecunia fugientem ex fuga reducere. *l. ait praetor 10. §. ſi debitorem 16. ff. quae in fraud. credit.* patri conceſſum, deprehenſam in adulterio filiamfam. una cum adultero neci dare; quod & marito permiſſum in adulterum vilem domi ſuæ deprehenſum. *l. 20. 21. & ſeqq. ff. ad leg. Jul. de adult.* utrique inſuper adulterum eum, quem vel noluit vel non potuit obtruncare, retinere totis continuis horis diurnis nocturnisque viginti. *l. capite 25. ff. ad leg. Jul de adult.* Nocturnos inſuper agrorum populatores, aut itinera frequentata inſidiis aggreſſionis infeſtantes repellere, cuique jus eſt. *l. 1. 2. C. quando liceat unicuique ſine jud. ſe vindic.* &, ne ſingula enumerem, vim omnem injuſtam vi repellere, obſervato inculpatæ tutelæ moderamine, leges omnes omniaque jura ſinunt. *l. ut vim 3. ff. de juſtit. & jure. l. 1. C. unde vi. l. quod eſt 3. §. eum igitur 9. ff. de vi & vi armata.* Quin & judex, uti allegata exceptione fori declinatoria, cognoſcit de eo, an competens ſit, nec ne, ut dictum *tit. de juriſdict.* ita quoque non iniquum eſt, eum mulcta impoſita coercere tales, qui ei, qua judici, & munus implenti, aut miniſtris ejus, injuriam dicto aut facto inferre haud verentur; ſi modo de vindicta publica imponenda, non pœna judici læſo applicanda, quæſtio ſit. arg. *l. unic. ff. ſi quis jus dicenti non obtemperav. cap. Salonitanae 24. diſtinct. 63.* Andr. Gayl. *lib. 1. obſerv. 39.* Berlichius *part. 5. concluſ. 66. n. 39. & ſeqq.* Lambert. Goris *adverſ. tract. 4. ad l. 19. ff. de offic. praeſidis*, ad verba, *ſed contemni non patiatur. pag. 406. & ſeqq.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 16. defin. 28.*

3. Judicium eſt legitima cauſæ cognitio diſcuſſio ac definitio inter actorem & reum coram judice facta. Cujus variæ diviſiones ſunt; aliud enim ordinarium eſt, aliud ſummarium, in quo omiſſis longioribus litium ambagibus omnia breviter expenduntur; quo caſu judex *ſummatim cognoſcere*, *ſummatim aeſtimare*, *& ſummatim res exponi* dicebatur. *l. in hac actione 3. §. ſciendum 9. ff. ad exhibend. l. ſi quis libertatem 7. §. 1. ff. de petit. hered. l. a Divo Pio 15. §. ſi rerum 4. ff. de re judicata. l.*

Car-

Carbonianum 3. §. cauſae cognitio 4. ff. de Carboniano edicto. Zangerus *de exception. part. 1. cap. 1. n. 55. & ſeqq.* Et quamvis illa, quæ *ſummatim cognoſcebantur*, frequenter etiam *de plano cognoſci* & expediri dicerentur, dum judex non pro tribunali, ſed cum jam inde in planum deſcenderat locum, officium ſuum impertiebatur, (adde Sigonium *de judiciis lib. 1. cap. 7. in med.*) tamen non ſemper de *plano* & *ſummatim* cognoſcere, idem fuit; in quantum plura, quæ ſummatim exponebantur, non de plano, ſed pro tribunali tantum potuerunt expediri; veluti datio poſſeſſionis bonorum ex Carboniano edicto, quæ ſummaria quidem cauſæ cognitione præmiſſa concedebatur. *l. Carbonianum 3. §. cauſae 4. ff. de Carbon. edicto. l. 1. §. ſi ea 14. ff. de ventre in poſſeſſ. mitt.* alibi tamen, quam pro tribunali, haud danda fuit. *l. bona 3. §. pen. ff. de bonor. poſſeſſion. l. utile 2. §. dies 1. ff. quis ordo in bon. poſſeſſ. ſervetur.* D. Noodt *tract. de jurisdict. lib. 1. cap. 10.*

4. Locus autem eſt ſummariæ cognitioni in plerisque interdictis de poſſeſſione temporaria agentibus, ut latius dicendum in materia interdictorum; in actione ad exhibendum, bonorum poſſeſſione ex Carboniano edicto, aliisque ſecundum leges paulo ante allegatas; nec non in extraordinariis cognitionibus & perſecutionibus: cum nec hæ habeant ordinarii juris executionem. *l. pecuniae verbum 178. §. actionis verbum 2. ff. de verbor. ſignif. l. qui mutuam 56. §. pen. ff. mandati. tit. ff. de extraord. cognit.* plura vide enumerata apud Zangerum *de exception. part. 1. cap. 1. n. 60.* Mores quoque hodierni in multis ordinarii juris executione remiſſa, ac amputatis litium ambagibus, ſummarie cauſam agi induxerunt, veluti in negotiis matrimonialibus. *egt-reglement van de Staten Generaal ann. 1656. 18. Martii artic. 41. proviſioneel accord tuſſchen Holland en Zeeland 7. Martii 1607. art. 12. & nader proviſioneel accord 11. Junii 1674. art. 29.* Zangerus *d. part. 1. cap. 1. n. 60.* verſ. *triceſimo ſecundo.* Carpzov. *defin. forenſ part. 4. conſtit. 23. defin. 14.* in rationum redditionibus, liquidationibus, cuſtodia civili (*gyſelinge*) & oppoſitionibus adverſus executionem aut decreti interpoſitionem faciendis. *Ampliatie van d' inſtructie van den Hove van Holland 21. Decemb. 1579. art. 13.* Rebuffus *ad conſtit. reg. tom. 1. tract. de ſentent execut. art. 7. gloſſ. 9. n. 14.* Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ* 34 in controverſiis ad ſaltuum publicorum violationem ac transgreſſionem legum venatoriarum

riarum pertinentibus. *Placc. van Keyſer Carel van't kort recht in ſtuk van Wilderniſſen van den leſten Julii* 1545. item *ordonn. op de rechtdagen over de wilderniſſen van Holland &c. 20. Julii anno* 1622. in quæſtionibus maritimis apud rei maritimæ præfectos ventilandis. *Inſtructie van de Staten Generaal voor de Kameren der Admiraliteyt anno* 1597. *art.* 14. 15. 30 in cauſis fraudati cenſus & impoſitionum publicarum. *placito ordin. Holland.* 18. *Decembr.* 1677. in lite de alimentis non de præterito, ſed de præſenti vel futuro præſtandis. Gratianus *diſcept. forenſ. c. 33. n. 22. & ſeqq.* Pontanus *de alimentis cap. 19.*

5. Quodſi lis principalis ſummatim agitanda ſit, ſummarie quoque tractandæ erunt controverſiæ in eam incidentes & ejus occaſione natæ; ne alioquin pereat privilegium litium adbreviandarum certis in cauſis datum. Et, ſi lis in primo judicio ſummatim ventilata ſit, lege non repugnante, etiam per appellationem delata ad judicem ſuperiorem, eodem modo ſummarie ad finem perducenda eſt; cum nec per appellationem qualitas cauſæ, ſeu natura ejus ac privilegium, mutari poſſit. Vincent. Carocius *deciſ.* 115. Zangerus *de exception. part. 1. cap. 1. n. 60.* verſ. *viceſimo ſeptimo.* Si tamen is, qui parata poterat executione atque ita cognitione ſummaria conſequi ſibi debitum, ordinariam elegerit litigandi viam, renunciare liti cœptæ poteſt adverſario invito, & ſummario judicio ac parata executione facere debiti perſecutionem; nam & is, qui interdicto *unde vi* experiri poterat, aut interdicto *uti poſſidetis*, ſi prætermiſſis illis cœperit rei vindicationem intentare, non prohibetur petitorio pendente ad interdicta illa, adeoque ſummaria judicia redire; cum non videatur poſſeſſioni renunciaſſe, dum cœpit vindicare. *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi arm.* Cui accedit, quod liberum unicuique ſit, mutato petitionis libello, non modo rem aliam petere, ſed & aliam loco prioris perperam motæ intentare actionem; ut probatum *tit. de edendo;* & facit pro hac ſententia, *l. ſi ſe non 4. §. ſi ex conventione 4. ff. de re judicata.* Andr. Gayl *lib. 1. obſerv. 60. n. 4. 5.* Rebuffus *ad conſtit. reg. tom. 1. tract. de literar. obligat. art 6. gloſſ. 3. n. 7.* Carocius *deciſ. 57.* diſſent. Berlichius *part. 1. concluſ. 80. n. 23.* ibique DD. citati.

6. Inſuper aliud judicium civile eſt, aliud criminale, in quo ad pœnam capitalem, corporalem, aut pecuniariam fiſco appli-

applicandam contenditur. arg. *l. ult. ff. de privatis delictis. l. ult. ff. de furtis. l. quod senatusconsultum 6. l. 7. §. 1. l. ult. ff. de injuriis. l. ult. ff. ad leg. Jul. peculat. §. 2. & ult. Instit. de public. judiciis.* Julius Clarus *lib. 5. sentent. §. fin. quaest. 1. n. 2. & seqq.* Zangerus *de exceptionib. part. 1. c. 1. n. 35. & seqq.* Quamvis aliis placeat, etiam tunc civile judicium esse, cum sola pœna pecuniaria exigitur, licet fisco applicanda; veluti, cum actione populari quis pœnam petit, actori partim, partim fisco cessuram; ut in *l. lege Cornelia 25. §. ult. ff. de Senatusc. Silan.* Quo tamen casu latius judicii privati denominatio accipitur; cum alioquin popularia judicia a privatis distare in multis, ex *tit. de popularibus actionibus* manifestum sit. Eoque sensu latiore verum est, hodiernis quoque moribus civilia magis, quam criminalia judicia esse, in quibus ob delictum non nisi mulcta pecuniaria exigitur, accusatori, delatori, & fisco pro rata tribuenda; ea vero tantum esse criminalia, in quibus agitur de corporali coercitione. Carpzovius *defin. for. part. 4. const. 42. def. 2. & 3.* Nec levis in hujus controversiæ decisione etiam quantum ad hodiernam praxin utilitas est, quoties perpenditur, multifariam inter judicia civilia & criminalia interesse, ut dicetur *tit. de public. judiciis;* interim videri potest Clarus *d. §. fin. quaest. 1.*

7. Quodsi eodem de facto & civile & criminale judicium principaliter moveri possit, veluti de falso, de homicidio, de vi, ac similibus, juxta *l. unic. C. quand. civil. actio criminali praejud. l. inde 23. §. si dolo 9. ff. ad leg. Aquil. §. liberum 11. Instit. eod. tit. l. de fide 16. C. ad l. Cornel. de falsis. l. 1. C. si quis aliquem testari prohib.* videtur jure Romano fuisse in potestate læsi, utrum civile prius, an prius criminale voluerit judicium exercere, atque adeo vel persequi primo privatum damnum, vel publicam exposcere criminis ultionem. *l. unic. C. quand. civil. actio criminali praejudicet. l. inde 23. §. si dolo 9. ff. ad leg. Aquil. l. interdum 4. ff. de public. judiciis. l. praetor ait 2. §. hoc edicto 1. ff. de vi bonor. rapt.* Neque obstat, quod a D. Pio & rescriptum & decretum dicitur, *si de vi & possessione vel dominio quaeratur, ante quaerendum esse de vi, quam de jure proprietatis vel possessionis, l. qui coetu 5. §. 1. ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. si de vi 37. ff. h. t.* Non enim alia legis utriusque sententia est, quam quod, si quis de proprietatis aut possessionis jure contendere velit, & præterea conqueratur de vi, se scili-

ſcilicet vi de poſſeſſione rei controverſæ dejectum eſſe, prius de vi quæſtio, ſeu interdictum unde vi ad recuperandam naturalem rei litigioſæ poſſeſſionem, a judice terminari debeat; idque ſecundum Imperatorum aliorum conſtitutionem, verbis plenioribus legis utriusque ſuperioris ſenſum explicantem: *incerti juris non eſt*, inquiunt, *orta proprietatis & poſſeſſionis lite, prius poſſeſſionis oportere decidi quaeſtionem competentibus actionibus; ut ex hoc, ordine facto, de dominii diſceptatione probationes ab eo, qui de poſſeſſione victus eſt, exigantur, l. 3. C. de interdictis.* Adde *l. ordinarii 13. C. de rei vindic. l. ſi quis ſuper 3. C. fin. regundor. §. 4 Inſtit. de interdictis.* Præterquam quod & ipſa ratio naturalis abunde dictat, inutilem prorſus futuram interdicti, adeoque præparatorii judicii, ventilationem, poſtquam jam principalis de proprietate lis auctoritate rei judicatæ diremta eſt. Ne dicam, tantopere leges faviſſe reſtitutioni ſpoliatorum ante omnia faciendæ, ut, licet quæſtio momentaneæ poſſeſſionis, per interdictum agitanda, nihil cum judicio criminali commune habeat, nec ejus præparatoria ſit, tamen in *l. C. de appellat.* reſcriptum inveniatur, *prius de poſſeſſione pronunciare, & ita crimen violentiae excutere praeſidem provinciae debuiſſe;* quod & confirmatum in *l. ſi quis ad ſe 7. C. ad legem Jul. de vi publ. vel privata.* Etſi enim concurrente civili & criminali judicio, utroque principali, ex eodem facto, relictum fuiſſe arbitrio læſi, quonam prius experiri velit, jam dictum ſit; tamen quia poſſeſſionis momentaneæ quæſtio ſummatim tantum interdicto tractatur, nec longiorem inducit moram, conſultius viſum fuit, eam ante criminale de violentia judicium terminari potius, quam pendente criminali accuſatione vim paſſum interim poſſeſſione rei commodisque ejus fraudatum manere. Si vero non ex eodem facto, de quo hactenus, ſed diverſis ex cauſis civile & criminale judicium moveatur, dum forte maritus uxorem adulterii accuſat, uxor dotis petit reſtitutionem, regulariter prius criminale, tanquam majoris momenti, terminandum eſt. *l. adulteriis 33. C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. C. de ordine judicior.* arg. *l. per minorem 54. ff. h. t.* eoque facit quodammodo inſtructio Cur. Holland. *art. 48.* & edictum Philippi regis *de juſtitia criminali, anno 1570. 9. Jul. art. 62.* Quin &, ſi negotii civilis diſceptatio inſtituta ſit, & in eam forte incidat criminalis quæſtio; ſi quidem hæc præjudicialis ſit, ſic ut absque ejus definitione terminari nequeat

nequeat cauſa civilis jam cœpta moveri, etiam tunc prius de criminali quæſtione judicium finiendum eſt, veluti, ſi ſcripturæ aut teſtibus, ex quorum fide ſtabit cadetve tota cauſa, falſitatis aut ſubornationis crimen objectum ſit, cum univerſaliter verum ſit, prius quæſtiones præjudiciales terminandas eſſe. arg. *l. fundum 16. l. 17. 18. ff. de exception. praeſcript. & praej. leg. 1. §. 1. ff. famil. erciſ.* Brunnemannus *ad l. 3. & 4. C. de ordine judiciorum.* Uti ex adverſo, quia ſervis aliæ, aliæ liberis hominibus jure Romano pœnæ fuerunt propoſitæ. *l. 1. §. 1. 2. ff. de poenis.* ſi quis criminis accuſabatur, de cujus ſtatu controverſia ſuboriebatur, liberne an ſervus eſſet, ante criminale judicium liberalis cauſa ſuo ordine peragenda fuit, quoniam neceſſe erat, ante ſciri, ſi delictum probatum fuerit, utrum ut in liberum & ingenuum, an ut in ſervum oporteat judicium conſtitui. *l. ſi crimen 3. C. de ordine cognitionum.* cui non abſimiles ſunt factorum ſpecies occurrentes in *l. quoniam 26. C. ad leg. Jul. de adult. l. praeſes provinciae 8. C. ad leg. Fabiam de plagiariis.* Si tamen appareat, morandæ tantum ſolutionis gratia falſi crimen a reo teſtibus objici vel inſtrumentis, conſtitutum fuit, nihilominus, ſalva in poſterum executione criminis, debitorem ad ſolutionem compelli oportere. *l. ſatis 2. C. ad leg. Cornel. de falſis.* ſic ut non tam criminaliter, quam potius civiliter, diſquiſitio de fide inſtrumenti aut falſitate objecta apud Judices pedaneos, in lite pecuniaria datos, inſtituenda eſſet. *l. ſi lis pecuniaria 11. C. ad leg. Cornel. de falſis.* Quod & ſatis manifeſte a Valeriano & Gallieno conſtitutum fuit; dum juſſerunt, ut, *cum civili diſceptationi principaliter motae quaeſtio criminis incidit, vel crimini prius inſtituto civilis cauſa adjungitur, judex* non quidem præciſe debeat, ſed *poſſit eodem tempore utramque diſceptationem ſua ſententia dirimere. l. pen. C. de ordine judic.* Et hoc ipſum eſſe puto, quod & Conſtantinus voluit in *l. 2. Cod. Theodoſiani ad leg. Cornel. de falſis.* dum de illo litigante loquitur, *qui falſi ſtrepitum intulit,* ac proinde non in univerſum præcepit, ut ſemper coepta civilis diſceptatio, non obſtante falſi objectione, ad finem perduceretur: (qua enim, obſecro, ratione id poterat, cum judici juſta adverſus teſtes aut inſtrumenta hæreret ſuſpicionis cauſa, impediens quam maxime, ne ei per tales probationes ſiat veri ſides; ſine qua tamen dirimi litem non poſſe palam eſt?) ſed potius tunc demum, cum judici appareret, non niſi per

calumniam litis protelandæ cauſa adduci falſi allegationem. Nec alio de caſu intelligenda *l. pen. C. ad leg. Cornel. de falſis.* quippe in quam, uti ſententia, ſic ipſa verba *d. l. 2. Cod. Theodoſiani*, apparent ex parte translata. Vide paulo aliter ſentientes Cujacium *libr. 20. obſerv. 25.* Perezium *ad tit. C. de ordine judiciorum.* Meyerum *collegio Argent. ad Pand. h. t. n. 145. 146.*

8. Adhæc plures aliæ paſſim obviæ ſunt ſpecies judiciorum; dum alia præparatoria ſunt, alia principalia, alia publica, privata alia: quædam petitoria, quædam poſſeſſoria, ut tamen in concurſu poſſeſſorium primo finiendum ſit, ut paulo ante notatum; etiamſi, petitorio jam pendente, poſſeſſorium demum fuiſſet inchoatum. *l. cum fundum 18. §. 1. ff. de vi & vi armata l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Præterea nonnulla univerſalia dicuntur, veluti hereditatis petitio, familiæ erciſcundæ actio; quædam generalia, ut tutelæ judicium; plurima ſingularia, ut rei vindicatio, commodati, depoſiti, & ſimiles actiones. Itidem vel in rem ſunt, vel in perſonam, vel bonæ fidei, vel ſtricti juris; &, ut generaliter dicam, tot fere judiciorum diviſiones a DD. recenſentur, quot ſunt actionum. Cæterum de judiciis latæ fuerunt leges Juliæ, altera privatorum, altera publicorum judiciorum. Legis Juliæ privata judicia concernentis, veſtigia quædam in Pandectis ſuperſunt; etenim ea cautum legimus, ne judex arbitrium ejus rei, de qua judex eſt, recipiat, neve in ſe jubeat compromitti. *l. ſed ſi in ſervum 9. §. ſi quis judex 3. ff. de receptis.* ne minor annis viginti judicare cogatur. *l. cum lege 41. ff. de receptis.* ac denique de prorogatione jurisdictionis. *l. conſenſiſſe 2. §. convenire 1. ff. h. t.* Briſſonius *antiquit. libr. 4. cap. 7.*

9. Conſtituunt judicium perſonæ tres principales, actor, reus, & judex. Præter quos etiam perſonæ minus principales ſunt, vel actori & reo inſervientes, quales advocati, procuratores, defenſores; vel judici, quales aſſeſſores, tabelliones ſeu ſcribæ, apparitores & executores litium, aliique ſimiles. Quin & hodie illis in locis, ubi prætores judiciis intereſſe moris eſt, ut nomine Principis telam judicii exordiantur, & auctoritatem rei judicatæ præſtent, non a tribus, ſed potius a quatuor perſonis judicium conſtitui, videlicet prætore, judicibus, actore, & reo, obſervatum a Lamberto Goris. *adverſarior. tract. 3. part. 1. cap. 6. n. 14.* Actor eſt, qui ad judicium

cium provocat; reus, qui provocatur: adeo ut sola provocatio in judiciis duplicibus, in quibus uterque actoris & rei partes simul obtinere dicitur, demonstret, quis actoris, quis rei munus teneatur obire; nisi simul provocatione per ambos facta, res forte discernenda sit. *l. in tribus 13. l. 14. ff. h. t.*

10. In utroque necesse est, ut legitimam habeat personam standi in judicio: unde non servi tantum, qui jure civili pro nullis habiti, sed & impuberes, furiosi, prodigi, aliique similes, a limine judicii repellendi sunt, *tit. C. qui legit. person. standi in judic.* uti & collegia illicita, etsi tolerata sint, qualia sectarum diversarum varia apud nos. Vide *tit. quod cujusque universit. nomine.* in hostico quoque belli tempore commorantes, nisi speciatim ab ordinibus generalibus, aut illius provinciæ, in qua lis movenda est, agendi licentiam obtinuerint; sic ut haud sufficeret, quod salvi conductus diplomate muniti præsentes essent. *decreto Ordin. General. 2. Octobr. 1590. & decreto Ordin. Holl. 29. Octobr. 1590. vol. 2. placitorum pag. 2209.* Sim. van Leeuwen *cens. forens. part. 2. libr. 1. cap. 10. n. 13.* Responsa JCtor. Holland. *part. 1. consil. 289.* Groenewegen *ad tit. C. qui legit. person. stand. in jud. hab.* aut aliis suas cessissent actiones; exceptis solis actionibus ex mercatura, cum hostibus haud interdicta, natis. *d. consil. 289.* Filiumfamilias quod attinet, jure quidem Romano obtinuit, quod personali semper potuerit actione conveniri, sive illa ex contractu sive ex delicto nata esset, uti ex omni causa (excepto mutuo) potuit ut paterfamilias obligari. *l. filiusfamilias 39. ff. de obligat. & action. l. licet 3. §. ex furtiva 12. ff. de peculio. l. tam ex contractibus 57. ff. h. t.* sed executio fieri haud potuit, nisi ille paterfamilias factus esset, quo sensu nomen filiifamilias morte patris dicebatur bonum fieri, & Macedoniano Senatusconsulto mutuum in filiisfamilias improbante cautum fuit, *nullius posse filiifamilias nomen expectata morte patris bonum fieri, l. 1. ff. de Senatusc. Macedon.* aut nisi haberet castrense vel quasi castrense peculium, vel adventitium quatenus illud ei erat ex lege acquisitum, vel denique profectitium, cujus intuitu pater conveniri poterat peculio tenus. *d. l. 3. §. 11 ff. de peculio. §. actiones 10. Instit. de action.* Quodsi in rem actio esset, si quidem rei intuitu, quæ in profectitio computabatur peculio, solus pater conveniendus erat; sin in castrensi vel quasi castrensi peculio, solus filiusfamilias, tanquam pro patrefamilias in his-

ce habitus. At si res adventitia pleno accensita fuisset, in filiumfamilias adhibito patris consensu; si minus pleno, in patrem accedente consensu filiifamilias actio danda fuit. *l. ult. in fine pr. & §. 3. C. de bonis quae liberis.* Agere vero potuit filiusfamilias libere de castrensi vel quasi, ut paterfamilias, de profectitio pater; de adventitio non pleno pater concurrente filiif. voluntate, nisi is minor esset; de pleno filiusfamilias patre consentiente; qui & ad consensum interponendum a judice adigendus fuit. *d. l. ult. in fine pr. & §. 3. C. de bon. quae liberis.* Si tamen abesset pater, ac periculum in mora videretur, nec esset, aut ageret procurator ejus, soli filiofamilias liberum fuit has exercere actiones. *l. si longius 18. §. 1. ff. h. t. l. filiusfamilias 8. ff. de procuratoribus.* sub qua limitatione, ex jure veteri, & mutatione ob mutata a recentioribus Imperatoribus peculiorum jura, intelligendum est, quod a Paulo traditum est, in *l. 9. ff. de oblig. & action. filiumfamilias suo nomine nullam actionem habere, nisi injuriarum, & quod vi aut clam & depositi & commodati.* Scilicet, nisi in aliis actionibus movendis pater absit, vel nisi talia sint peculia, de quibus filiofamilias experiri jure novo datum est, secundum leges ante adductas. Sed, cum nunc apud gentes plerasque, saltem viciniores, usu receptum sit, patriam potestatem majorennitate, nuptiis, ac similibus aliis modis evanescere, quibus & tutela extingui solet, ut dictum *tit. de adoption.* consequens fuit, ut, omissis istis peculiorum distinctionibus, liberi superstite patre, si quidem minorennes sint, minorennium, sin majorennes, majorennium utantur jure in quæstione, an legitimam habeant in judicio standi personam.

11. Minores ipsos quod attinet, uti juri Romano, ita & nunc eos curatoris autoritate destitutos a limine judicii repelli, obtinuit; sic ut, licet de jure civili minoribus invitis curator dandus non fuerit, ad litem tamen fuerit iisdem præficiendus. §. *item inviti, 2. Instit. de curator. l. in rebus 2. C. qui legit. person. standi in jud. habeant, vel non.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 8. n. 6. & seqq.* Et quamvis momentaneæ possessionis actionem a quacunque persona adeoque & a minoribus, exerceri posse, placuerit Imperatoribus, ad id. ut spoliatus ante omnia restituatur, vel adversarius in possessione turbare desinat. *l. ult. C. qui legit. person. stand. in jud.* junct. *l. nunc. C. si per vim vel alio modo absentis possess.*

poſſeſ. turbata ſit. l. momentaneae 8. C. unde vi. noſtris tamen moribus ne ſic quidem minorem ſine curatore in judiciis admittendum eſſe, teſtis eſt Groenewegeu ad *d. l. ult.* Leeuwen *cenſur. forenſ. part. 2. libr. 1. cap. 10. n. 8.* An autem urgente neceſſitate minores, & qui juris interpretatione pro talibus habentur, debitores ſuos aut res eorum ſiſtere (ſeu arreſtare) poſſint, autoritate curatoris deſtituti, ſi de rato caveant, dixi *tit. de in jus voc. n. 34.* Si tamen minor ſine curatore in judicio ſubſtiterit, errore forte pro majore habitus, atque adeo nulla in perſonam ejus exceptione oppoſita excluſus, ſententia quidem adverſus eum pronunciata nullius momenti eſt. *l. cum & minores 4. C. ſi adverſ. rem judicat.* ſed pro eo lata effectum ſortietur: minoribus enim ætas in damnis ſubvenire; non in rebus proſpere geſtis obeſſe conſuevit. *l. non eo minus 14. C. de procurator.*

12 Cæterum non minus in cauſis criminalibus, curatore demum autore, in judicio ſubſiſtere minoribus datum fuit, ſive accuſatores eſſent, ſive accuſati. *l. clarum 4. C. de autorit. præſtanda.* Sed cum noſtro jure privatus nullus criminaliter accuſet, ſed ſoli prætores, advocati fiſci, aliique ſimiles nomine publico; & exemplo filiorumfamilias etiam minores, (ſi forte ad præturam contingeret eos ante legitimam admoveri ætatem) in publicis cauſis pro majorennibus habendi ſint. arg. *l. filiusfamilias 9. ff. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.* nihil vetat, quo minus ſine curatore ſolennes & publicas inchoent ac abſolvant accuſationes. Quin & minorem accuſatum ſine curatore in judicio ſtare poſſe & debere, ſic ut ſupervacua eo caſu habeatur curatoris autoritas, a pragmaticis invenio traditum, ac ſtatutis pariter multorumque autoritatibus firmatum a Groenewegio *ad l. 4. C. de autorit. præſtanda.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 2. lib. 1. cap. 10. n. 12.* Gothofredo *in not. ad d. l. 4.* Quod hactenus verum eſt, quatenus interrogati de crimine minores, ipſi de ſuis tenentur factis reſpondere, non curatoris ſui, ſed proprio ore: quo videtur per alluſionem reſpexiſſe Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 4. in pr.* alioquin enim, quin ad defenſiones in lite criminali faciendas curatoris autoritas adhiberi poſſit ac debeat, dubitare non ſinit conſtitutio Philippi Hiſp. Regis, *ordonnantie op de criminele juſtitie 9. Julii 1570. art. 61.* qua cautum, minori accuſato curatorem aſſiſtere poſſe, ac defenſiones pro eo proponere; usque adeo,

ut, ſi curatore careat, judex ei debeat curatorem adjungere, qui pro ipſo verba faciat ac intercedat; idque convenienter juris Romani diſpoſitioni, ſecundum quam omnino pulſatis in criminali cauſa minoribus adeſſe jubentur curatores; cum cautius & melius ſit, cum ſuaſione perfectiſſima reſponſa facere minores crimenque diſcutere; ne ex ſua imperitia vel juvenili calore aliquid vel dicant vel taceant, quod, ſi fuiſſet prolatum, vel non expreſſum, prodeſſe eis poterat, & a deteriore calculo eos eripere. *l. clarum 4. C. de autor. praeſtanda.* Jure quoque Canonico inductum fuit, eum, qui annum implevit quartum & decimum, in matrimonialibus, & beneficialibus, ac aliis ſpiritualibus, nec non ab eisdem dependentibus cauſis, perinde ac ſi major viginti quinque annis exiſteret, ad agendum vel defendendum per ſe vel procuratorem admittendum eſſe. *cap. ſi annum 3. de judiciis in 6. cap. ex parte 14. extra, de reſtitutione ſpoliator.* Gothofredus *in not. ad l. 2. C. qui legit. perſon. ſtandi in judic.* Montanus *de tutelis cap. 33. n. 610. & ſeqq.* Carpzovius *defin. for. part. 4. conſtit. 23. defin. 14.* ut tamen tutius atque conſultius noſtri cenſeant pragmatici, ad cauſas hasce curatorem (ſi non ſit) petij, cujus autoritate de negotiis hisce lis peragatur, quatenus judex arbitrari forte poſſet, eam debere intervenire.

13. Majoribus autem, legitimam perſonam ſtandi in judicio habentibus, æquiparandi, qui aut veniam ætatis impetrarunt, aut per nuptias patria vel tutoria fuerunt liberati poteſtate; ſecundum ea quæ latius *tit. de minoribus* fuere tractata. Quæ adeo vera ſunt, ut & de rebus immobilibus in judicio poſt impetratam ætatis veniam ſubſiſtere ſine curatore queant, non modo, ſi pleniſſima eis venia cum alienandi poteſtate tributa ſit; ſed & ſi ſecundum Romani juris normam eis indulta, ut quantum ad immobilium alienationem a minoribus cæteris diſtincti non ſint. Neque enim illa minorum omnium exæquatio circa immobilium alienationem, ſive veniam impetraverint, ſive non, in alio conſiſtit, quam ut utrobique non ſine decreto alienatio rata ſit. *l. pen. C. de his qui ven. aetatis.* nequaquam in eo, quod curatoris autoritate vel ad alienandum vel ad litigandum opus eſſet. Eoque facit, quod generaliter conſtitutum fuit, adoleſcentem, cujus curator a ſententia contra minorem lata appellaverat, ſuo poſſe nomine appellationem exercere, ſi interim veniam ætatis impetraverit, aut ad legi-

legitimam pervenerit ætatem. *l. ſi actor 10. C. de appellat.* Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 2. defin. 12.* Groenewegen *ad l. ult. C. qui legit. perſon. ſtand. in judic.*

14. Ex adverſo minoribus aſſimilatæ noſtris ac aliarum plurimarum gentium moribus mulieres majorennes maritis junctæ, ac maritali ſubjectæ poteſtati; de quibus itidem *tit. de minoribus.* Quamvis ergo jure civili uxor æque ſine marito, ac maritus ſine uxore, potuerit in judicio ſubſiſtere in cauſis propriis. arg. *l. 1. §. ſecundo loco 5. ff. de poſtulando;* ſic ut & marito uxor proponatur mandaſſe litem ſuam in judicio peragendum. *l. non eo minus 14. C. de procurator.* nec uxor pro marito, vel maritus pro uxore, potuerit conveniri. *tit. C. ne uxor pro marito.* hodie tamen uxores pro ſe in judicio ſtare non poſſe, ſed pro his maritos, a quibus eas defendi æquum Juſtiniano viſum, praxis quotidiana abunde dictat, ſive actio intentanda, ſive per alios mota, uxorio nomine excipienda ſit, ſive agendi jus ſtante demum matrimonio competere cœperit, ſive nuptiis vetuſtius, a muliere, aut in mulierem etiamnum innuptam potuerit exerceri. Chriſtinæus *ad leg. Mechlinienſ. tit. 9. art. 1.* Lambert. Goris *adverſar. tract. 1. cap. 4. n. 5. 6.* Ant. Matthæus *de auction. libr. 1. cap. 5. n. 6.* (vide tamen de jure Saxonico Carpzovium *def. for. part. 1. conſt. 1. def. 31. 32.*) adeo ut ſententia adverſus mulierem ſine marito, perpetuo tutore ſuo, litigantem lata, nullius plane momenti futura ſit, perinde ac ſi adverſus minorem indefenſum lata eſſet. arg. *l. cum & minores 4. C. ſi adverſ. rem judicat.* Chriſtinæus *vol. 2. deciſ. 153. n. 4.* Groenewegen *ad rubric. Cod. qui legit. perſon. ſtand. in judic.* Rodenburch *de jure conjug. tit. 3. cap. 1. n. 1.* nec executioni dari poſſit, non tantum matrimonio durante, ſed nec ſoluto eo, in mulierem aut bona ejus, ſi modo illis in locis mulier cum viro domicilium foveat ac litigaverit, in quibus nec ex contractu ſine viri autoritate celebrato poſſet matrimonio ſoluto inquietari; veluti in Hollandia. Nam ſi illo in loco degerent conjuges, litemque clam viro uxor ſuſtinuiſſet, ubi ex contractu ſine viri autoritate celebrato viduas aut heredes earum ſoluto matrimonio conveniri poſſe, lex municipalis indulſit; ut puta, Ultrajecti rationem non video, cur non etiam ex cauſa judicati ipſa vel heredes ejus, nuptiis diremtis, executionem deberet ſubire: etenim in judiciis quoque quaſi contrahi lite conteſtata & ſententia ſubſecuta, ſicut ſtipulatio-

ne contrahitur, tralatitium est ex *l. licet 3. §. idem scribit 11. ff. de peculio.* ac manifestum insuper, hac ratione non magis ex judicato, quam ex contractu lædi maritum, executione demum facta ex quo desiit maritus esse. Nec me movent, quæ a Rodenburgio dissentiente in medium adducta, *tract. de jure conjug. tit. 3. cap. 1. n. 1.* a contractu enim proprie dicto ad judicia firmam argumentationem in omnibus non esse, uti libens concedo, quoties evidens apparet diversitatis ratio; ita, cum nulla suppeditetur talis quantum ad quæstionem præsentem, sed ex dictis eadem utroque in casu militet, non est, cur a contractibus hac in parte descendens ex judicato obligatio separaretur; maxime si consideres, futurum alioquin absurdum illud, quod major privatæ mulierum conventioni tribueretur vis, quam publicæ rerum judicatarum auctoritati; etsi longe magis ab actibus judicialibus quam extrajudicialibus abesse circumscriptionem, adeoque minus in judicio, quam extra illud, mulieres ex sexus sui fragilitate periclitari, in aperto sit. Frivolum vero est, quod de majore a rerum domesticarum curis avocamento in uxore litigante quam contrahente, adeoque majore præjudicio maritis per judicia, quam per conventiones inferendo, ibidem est traditum: postquam obtinuit litigantium præsentia in judiciis haud opus esse, sed & absentes & præsentes relinquere procuratoribus suis causarumque patronis litium suarum discussionem. De cætero in Hollandia ac Ultrajecti tam ampla mariti potestas est, ut & invita uxore litem pro ea ac nomine ejus instituere possit aut excipere; ratumque futurum sit, ac non modo profuturum, si victor evaserit, sed & nociturum uxori reluctanti, si calculum deteriorem a marito litigante reportari contingat, nec iterato post solutum matrimonium eadem de re vidua heredesve ejus possint litigatum ire. Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 1. n. 21.* Quod & alibi receptum esse, testatur Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr. 4. §. 3. in pr. n. 36. vel 37.* & ad verba, *in juribus possess. n. 37.* Tyraquellus *de retract. gentilit. §. 10. gloss. unic. n. 11.* nec a Romani juris ratione alienum est; quo, cum nuspiam minori tributa inveniatur facultas obloquendi suo curatoi, litem curatorio nomine movere desideranti, etiam nunc potestas ea mulieri, in minorum ordinem per nuptias redactæ, & marito velut tutori suo obnoxiæ, asserenda non videtur. Ne dicam, sic viam apertam fore, qua læsionem haud levem

sæpe

ſæpe ſubiret uxoria res; dum blanditiis, precibus, & lachrymis veris fictisve exoratus in miſericordiam, etiam intempeſtivam, pronior muliebris animus, intercederet, ne prudens, ac invigilans commodis uxoriis maritus, lites, non ſine diſpendio differendas, moveret. Et licet Ultrajecti immobilia uxoris bona ſine conſenſu ejus alienare nequeat maritus, prole communi necdum beatus, nulla tamen inde legitima ſequela deduxeris, eum ergo non niſi ex mulieris voluntate de iisdem poſſe litigare; cum utique manifeſtum ſit, conſervandæ potius & retinendæ rei cauſa, quam alienandi mente, ad judicem iri. Nec eſt, quod quis hic a marito contra prohibitionem uxoris in lite ſubſiſtente colluſionem prævaricationemque jure timeri, atque ita rerum uxoriarum diſſipationem doloſam imminere præſumat: cum non modo bonus quisque in dubio credendus ſit, donec contrarium probetur; ſed & ipſa mulier, ſi indemnitatem quacunque ratione propter iſta nequeat a marito exigere, ſibi ipſi imputare debeat, quod ſponte ſeſe ſuaque viri talis tutelæ ſubmiſit. Diſſentit Charondas *ſur la coutume de Paris artic. 233.* Usque adeo autem hæc de uxore ad litem non admittenda, deque marito velut tutore pro ea litigante, vera ſunt, ut neque ceſſio bonorum a marito facta ullam hac in parte mutationem efficiat; cum maritus cedendo bonis maritalem tamen non ceſſerit poteſtatem & jus tutelæ in uxorem ac bona ejus. Rodenburch *de jure conjug. d. tit. 3. cap. 1. n. 13.* neque bonorum inter conjuges ſeparatio, quæ non a magiſtratu præmiſſa cauſæ cognitione, ſed privata tantum conventione contigit, jus hoc agendi marito tollat. Rodenburch *d. tit. 3. cap. 1. n. 14.* Neoſtadius *de pactis antenupt. obſervat. 8. in notis,* neque pacto dotali ſive publico ſive privato id agi cum effectu poſſit, ne maritus pro uxore in judicio ſubſiſtat, ſed ipſa ſine viro, ſuo nomine ſuoque litiget arbitratu. Eſt enim jus illud publicum, nuptiis mulierem mariti poteſtati ac tutelæ ſubdi, adeoque tanquam minorennem non habere legitimam perſonam ſtandi in judicio pro ſe: cui juri publico privatorum pactis derogari, leges non patiuntur; cum generaliter conſtitutum ſit, ſervari non oportere pacta quæcunque fuerint a jure communi remota. *l. juris gentium 7. §. & generaliter 16. ff. de pactis.* atque inſuper ad id, ut jure communi minorennis habeatur pro majorenne, reſcripto principali opus ſit, argumento eorum, quæ de venia ætatis, non niſi per Principem

indulgenda, alibi dicta sunt; pro majorenne autem haberi debeat mulier viro juncta, ut videri possit habere legitimam personam in judicio pro se ipsa standi. Charondas *sur la coustume de Paris. art. 233.* Abr. a Wesel *de connub. bonor. societat. tract. 2. cap. 1. n.* III.

15. Sed nec uxorem ad litigandum sine viro idoneam reddet, quod ipsa forte, propter nuptias secundas a liberorum prioris matrimonii tutela administranda non depulsa, atque adeo in administratione quoquo modo perseverans, tutorio nomine experiri velit; aut tanquam executrix alienæ voluntatis supremæ testamento constituta; quodve ei, ut mercatrici publicæ, de rebus ad ipsam mercaturam pertinentibus controversia sit: sed potius in his omnibus virum ipsum oportebit in judicio consistere, & uxoris quocunque titulo munitæ partes causamque tueri. Quamvis enim in his omnibus mulierem non inutiliter administrare atque contrahere fatendum sit, ab administratione tamen & contrahendi licentia potestatem ad judicialia certamina subeunda non recte deduci, vel inde manifestum est, quod & de rebus œconomicis recte sine viri consensu uxor contrahit; nec tamen litibus ea occasione natis ipsa, sed maritus agit ac convenitur: quodque minoribus curatore carentibus de jure Romano contrahere permissum fuit, non item litigare, sic ut & invitis curator ad litem fuerit obtrudendus. §. *item inviti 2. Instit. de curator.* junct. *l. curatorem 3 C. de in integr. restitut. minor.* ac denique filiisfamilias non raro libera peculii administratio indulta proponitur; cum tamen non ipsis nisi in subsidium absente patre, sed ipsi potius patri de controversiis ad rem spectantibus peculiarem, jure experiundi facultas esset. arg. *l. servus 20. 21. 22. ff. de jurejurando.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 1. n. 4. & n. 18. pag. 338.* dissent. Peckius *de jure sistendi cap. 5. n. 14.* Bessianus *ad consuet. Alverniae cap. 1. art. 9.* Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr. 4. §. 1.* ad verba, *nisi sit mercatrix, n. 9.*

16. Mandante tamen, vel sciente & consentiente marito, uxorem in judicio subsistere posse, dubium non est, sive de suis propriis sive de mariti sui rebus jure experiatur. Sed &, si ab initio consensus defuerit, subsecutam mariti ratihabitionem firma redditurum ea, quæ a muliere in judicio gesta sunt, ex vulgata ratihabitionis natura descendit. arg. *l. 1. §. si ratum 6. ff. quod jussu. l. ult. C. ad Senatusc. Macedon.* Christinæus

vol.

vol. 2. decis. 153. n. 4. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 1. cap. 5. n. 35. 36.* Rodenburch *de jure conjugum d. tit. 3. cap. 1. n. 6. 7. 8. 9. 10.* Absente quoque marito, sive ex causa relegationis, sive voluntaria peregrinatione, audienda uxor est, si vel in sua vel in mariti sui causa litem movere velit, cum appareret in mora periculum, nec tuta satis esset dilatio tanta, ut absentis mariti mandatum posset desiderari: sic ut eo casu implorata per mulierem judicialis autoritas suppletura sit deficientem mariti absentis consensum. Eoque facit, quod & filiofamilias ob patris absentiam, & constitutum in mora periculum, experiri ac in judicio stare jus nostrum concessit; ne alioquin impune fraudem patiatur filius aut pater, dum patris expectatur adventus. *l. si longius 18. §. 1. ff. h. t.* Adde *Costuym. van Antwerpen tit. 41. art. 23.* Sed si nullum ex modici temporis intervallo detrimentum immineat, necesse fuerit, ut absentis aut relegati mariti autoritate expectata, lis ordinario jure moveatur, ac nomine mariti ipsius intentata decurrat. Neque hic distinguendum, utrum agere ipsa cupiat, an pro marito absente vocato intervenire, ejusque suscipere defensionem; licet jus Romanum non nisi pro solis parentibus mulierem in judicio intervenire permiserit. *l. foeminas 41. ff. de procurator.* ac æquum censuerit, uxores quidem a viris, non viros ab uxoribus suis defendi. *§. patitur 2. Instit. de injuriis.* Sande *decis. Frisic. libr. 1. tit. 5. def. 1.* & *lib. 2. tit. 4. def. 4.* Groenewegen *ad tit. Cod. ne uxor pro marito n. 6.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 1. n. 15. 16.* Parens p. m. Paulus Voet *ad §. 2. Instit. de patria potestate n. 7. in med.* Quid juris sit in quæstione, an uxor absente viro debitorem sistere ac detinere, ut &, an ipsa sisti ac detineri arresto (ut loquuntur) possit, traditum *tit. de in jus vocando n. 34. 36.*

17. In criminalibus quoque uxorem ipsam criminis accusatam stare oportere in judicio obtinuit; cum in delictis maritalis æque, ac tutoria ac curatoria, conticescat potestas; etiamsi viro haud interdictum sit, uxori accusatæ ita assistere, ut minori criminis insimulato adesse curatorem jura Romana ac hodierna sinunt, prout ante dictum. Joh. Papon. *libr. 7. tit. 1. arrest. 10. & 23.* Christinæus *ad leg. Mechlinienf. tit. 9. art. 9. n. 6.* Argentræus *ad consuet. Britann. art. 426. gloss. 1.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 2.* Carpzovius *defin. for. part. 1. const. 1. defin. 33.* Leeuwen *censur. for. part. 2. lib. 1. cap. 10. n. 12.*

Et

Et quamvis ex contractu uxoris sine viri auctoritate celebrato neque oblig tur mari us, neque st nte matrimonio ullam patiatur executionem, sive in suo, sive in proprio uxoris contrahentis patrimonio; tamen, si in pœnam pecuniariam ex suo delicto damnata sit, rectius sentire videntur, qui statuunt, executioni protinus dari posse sententiam in bonis dotalibus aliisve a marito ad onera matrimonii sustinenda possessis; saltem usque ad concurrentem rei uxoriæ quantitatem; atque adeo contrahendo quidem mariti conditionem ab uxore non posse reddi deteriorem, sed delinquendo omnino, hæc nus, ut matrimonio durante compellatur carere pecuniæ pœnæ nomine exsolvendæ utilitate. Nam & in servis id ipsum receptum fuit, ut contrahendo dominum obligarum non redderent, nisi haberent quid in peculio; deliquendo tamen eundem obstrinxerint ad damnum reparandum, aut noxæ deditionem, ac, in quantum illa noxæ deditio in damno reputanda erat, in tantum potuerint dominorum conditionem reddere deteriorem. *l. 1. §. quod igitur 15. in fine ff. de vi & vi armata.* junct. *l. melior 133. ff. de reg. juris.* Cui accedit, quod utilitas publica non patitur, delicta manere impunita, aut pœnas differri in tempus tam longum, ut, obliterata sæpe per oblivionem memoria criminis, effectum demum essent fortitur æ. Et uti corporalia supplicia cum infamia propter delictum irroganda non differri mariti aut matrimonii initu, quotidianum est, etsi magno maritus redemtam optaret uxoris infamiam, ad suum quoque contemtum, & ignominiam haud leviter spectantem; ita iniquum videri non potest, si maritus uxorio nomine continuo subeat impositæ mulctæ executionem, atque ita a se, suaque, avertat pœnæ corporalis dedecus, cui uxor, mulcta non soluta, reddi posset obnoxia; in pelle quippe, si in ære non habeat vel ex ære ejus non pendatur, luitura. Lenior sane viris honestis est & æquiore animo ferenda qualisqualis pecuniæ, quam existimationis jactura. Sande *decis. Frific. libr. 2. tit. 4. defin. 4. in med.* Imbertus *enchiridio juris Galliae*, verbo *vir & uxor &c.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. parte altera n. 3. 5. 6. 7. pag. 308. & seqq.* Wesel *de connubiali bonor. societ. tract. 2. cap. 3. n. 65. 66. 67. & seqq.* Ant. Matthæus *de auction. libr. 2. cap. 7. n. 19.* Neque in contrarium facit, quod peculiari Senatusconsulto opus fuit, ut maritus proconsul cum uxore proficiscens ex delicto uxoris conveniri posset. *l. observare 4.*

§. pro-

§. *proficiſci 2. ff. de offic. proconſ. & legati.* cui conſequens videbatur, extra caſum illum regulariter maritum non teneri ex uxoris delicto. Eſt namque d. legis 4. ſententia, maritum de ſuo teneri pœnam præſtare; quod non ita vulgo obtinebat. arg. *l. 2. C. ne uxor pro marito.* at noſtra definitio eſt, maritum usque ad concurrentem rei uxoriæ quantitatem ex uxorio delicto ad pœnam obſtringi. Non etiam adverſatur. *l. ſi maritus minus 36. ff. ſoluto matrimon.* cum non aliud velit, quam maritum ſoluto matrimonio æque gaviſurum competentiæ beneficio, ſi fiſcus publicatam ex delicto uxoris dotem repoſcat, quam ſi ipſa uxor eam repeteret; ne in perniciem mariti uxor punita videatur, dum ille plenariam ad peram & faccum usque puteretur executionem; qualis pernicies metuenda non eſt, ſi dotem ſ lam ex delicto ſolvere cogatur, quemadmodum etiam in *d. l. 36.* ob delictum publicata proponitur.

18. Quodſi maritus in civilibus auctoritatem uxori accommodare, aut pro ea litem movere, de rebus uxoris malitiose detrectet, cum evidens appareret in lite movenda utilitas, grave contra ex neglecta actione immineret detrimentum; cogi quidem ipſe nequit, ut invitus auctoritatem accommodet, aut pro muliere litigatum eat. arg. *l. ſi tutor 17. ff. de auctorit. tutor.* ſed id non impediet, quo minus judex, cujus eſt malitiis haud indulgere, cauſa cognita partes interponat, ac mulieri permittat experiri in ſuam utilitatem, ſed & ſimul ſuo proprio non mariti reluctantis, periculo: adeo ut, triſtiore calculo præter expectationem per uxorem ita litigantem relato, ipſaque tanquam litigatrice temeraria in expenſas damnata, nihil eo nomine debeat marito decedere; verum executio potius in bona uxoris dirigenda ſit, reſervata marito fructuum inde percipiendorum facultate, ſalvisque juribus reliquis jure maritalis poteſtatis marito quæſitis. Joh. Papon *libr. 7. tit. 1. arreſt. 13. & ibi in notis.* Argentræus *ad conſuet. Britann. art. 424. gloſſ. 1. n. 3.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 9. art. 4. n. 25.* Choppinus *ad leg. Pariſienſ. libr. 2. tit. 1. n. 15.* Guerin *ad Pariſienſ. art. 233.* verb. *& poſſeſſoires.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 1. n. 11. 12.* Plane, ſi maritus uxorio nomine in jus vocatus cedendum duxerit, uxor vero contradicendum credens a judice impetraverit cauſa cognita (& amplitudine maritalis poteſtatis ex lege loci non impediente) licentiam rei ſuæ ſine viro in judicio defendendæ, dum forte maritus

ritus levior videbatur prævaricando velle causam adversario donare, tandemque ipsa succubuerit; non dubium, quin simpliciter in virum sententia, quatenus rei petitæ solutionem aut restitutionem imponit, executioni danda sit; eo quod non ad aliud eo casu maritus obstringitur, quam quod jam ante paratus fuerat, necdum ulla pressus judiciali auctoritate præstare. Præcipue vero in injuria, si quam uxor perpessa fuerit, nec ad animum voluerit revocare aut vindicare maritus, a judiciali auctoritate suppleri defectum maritalis auctoritatis æquum est, adeoque permittendum mulieri injuriarum suo nomine experiri, ne, dum maritus forte vilis & abjectus, famæque prodigus, contumeliam uxori honestæ illatam ad suam metitur vilitatem, ad eamque connivet, probris quorumvis atque injuriis uxor impunitatis fiducia reddatur obnoxia. arg. *l. sed si unius 17. §. interdum 13. & 14. ff. de injuriis.* Christinæus *ad leg. Mechlinienf. tit. 9. art. 9. n. 8.* Papon *lib. 7. tit. 1. arrest. 10. in notis.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 2. circa fin.*

19. Quibus autem in casibus mulierem sine mariti auctoritate in judicio stare nefas est, in iis tamen si steterit contra juris prohibitionem, & victrix evaserit, rata erit sententia in ejus utilitatem pronunciata, idque tum exemplo sententiæ pro minore, curatore destituto, latæ. arg. *l. non eo minus 14. C. de procurator.* tum vi ratihabitionis, quam maritus omni tempore potest interponere. arg. *l. ult. C. ad Senatusc. Maced.* Tyraquellus *ad leg. connub.* verb. *de son mary, gloss. 8. n. 75.* Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr. 4. §. 1.* ad verba, *contractus inter vivos, n. 25 & seqq.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 1. tit. 7. n. 7.* Sande *decis. Frisic. libr. 2. tit. 4. defin. 3.*

20. Est autem in libero actoris cujusvis arbitrio, an, & quo tempore, actionem intentare velit; dum modo caveat, ne elabi patiatur tempora ad agendum a jure præfinita. *l. pure mihi 5. §. ult. ff. de doli mali & met. except. tit. C. ut nemo invitus agere vel accus. teneatur.* cœptum tamen judicium prosequi tenetur, ne alioquin, si cessaverit ante conclusionem in causa, instantia litis declaretur peremta; quod nostro jure hodierno fit, si anno integro a novissimis actis conquieverit actor. Post conclusionem in causa, cum non ultra per moram actoris sed judicem stare videatur, quo minus lis finem accipiat, non potest instantia in poenam actoris declarari peremta, sed potius eo casu ad litigantium petitionem, & iteratam judicis superioris admo-

admonitionem, lis tota evocationis jure ad tribunal ſuperius transfertur terminanda, convenienter juri Romano *in novell. 17. cap. ſi tibi quoque 3.* de qua evocatione in ſequentibus de foro competente latius. Vide Grœnewegen *ad l. 13. §. 1. C. h. t. ibique DD.* & *ad novell. 85.* Waſſenaar *pract. jud. cap. 3. num. 24. & ſeqq.* Appendicem *deciſion. poſt reſponſa JCtor. Holland. part. 3. vol. 1. pag. 13.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr. 1. cap. 30. num. ult.* van Alphens *Papegaey part. 1. cap. 12. & 13.* Ut tamen adverſus peremtam litis inſtantiam facilis ſit impetratio in integrum reſtitutionis, usque adeo, ut ne memoriam quidem denegatæ hac in parte reſtitutionis extare teſtetur Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ. 92.*

21. Cum autem in *l. diffamari 6. C. de ingenuis manumiſſ.* reſcriptum eſſet; *diffamari ſtatum ingenuorum, ſeu errore, ſeu malignitate quorundam, periniquum eſt: praeſertim, cum affirmes, diu praeſidem unum atque alterum, interpellatum a te, vocitaſſe diverſam partem, ut contradictionem faceret, ſi defenſionibus ſuis confideret. Unde conſtat, merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis, ſententiam dediſſe, ne de caetero inquietudinem ſuſtineres;* dedit illud occaſionem Jurisconſultus extendendi d. legis quintae diſpoſitionem per interpretationem ad omnes illos, qui iniquis ſermonum jactationibus exiſtimationem alterius minutum aut elevatum eunt, quaſi is aut crimen perpetraſſet, aut debitor eſſet iniquusve rei alienæ poſſeſſor: tali enim diffamatione poſita, diffamato eandem probanti accommodari ſolet actio ex *d. l. diffamari*, adverſus diffamatorem, ut actionem, aut accuſationem, ſi quam habere ſe putet, intra certum tempus inſtituat; aut alioquin ei perpetuum imponatur ſilentium. Cujus actionis uſum ac praxin in civilibus, vide apud Mynſingerum *cent. 3. obſerv. 78.* Andr. Gayl *libr. 1. obſerv. 9. 10. 11. 12.* Merulam *prax. civil. libr. 4. tit. 2. cap. 22.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 3. num. 5. 6. 7. & ſeqq.* van Alphens *Papegaey part. 1. cap. 5. pag. mihi 83. & ſeqq.* in criminalibus, Inſtruct. Curiæ Holland. *art. 225.* Ultrajectinæ *tit. pen. art. 24. & ſeqq.* Brabant. *art. 618.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 4. num. 34. & ſeqq. & tot. cap. 28.* van Alphens *Papegaey part. 1. cap. 34. pag. mihi 514. & ſeqq.* & noviſſime Petrum Bort *van criminele ſaken tit. 3.* Neque ſufficientes video rationes, cur a communi interpretum opinione cum Franciſco Sarmiento *ſelectar. interpretat. libr. 1. cap. 2.* recedendum foret; quaſi iniquum eſſet, in omnibus promiſcue cauſis diffamatores ad agendum compelli; & ad ſummum ad quaeſtiones

nes de jure ſervitutum diffamatio ſufficeret, ideoque in iis negatoria actio prodita eſſet, etiam ei, qui poſſidet, accommodanda. Sane enim, ſi, ut ille ait, ſervitutum intuitu jactantia ſparſique rumores ſufficiant, cauſam non animadverto, cur non longe magis pro aſſerenda proprietate rei, vel libertate ab obligatione ex contractu vel delicto per rumores ſiniſtros in dubium vocata, invigilaretur; cum utique, quo magis, & quo majori de re, unusquisque periclitatur, eo quoque magis ei defenſiones concedendæ ſint, præſertim, cum conſiderandum ſit, actorem ex *lege diffamari* experiuntem, non intendere, nullum adverſario jus competere (quod in rei vindicatione non habet locum nec prodeſſe poteſt, ut *libr. 7. tit. 6.* dicetur) ſed id unum deſiderare, ut adverſarius diffamator actionem intra brevius temporis ſpatium moveat, ſi quam ſibi competere putet; aut alias velut in injuriæ per jactantiam illatæ pœnam perpetuo ſileat: quod non repugnat naturæ actionum in rem, multoque minus iis, quæ in perſonam ſunt. Nec leve haberi debet, ſi quis aut delicti auctor particepsve eſſe ſpargatur, aut debitor dicatur alterius, vel iniquus alienarum rerum poſſeſſor; præcipue inter mercatores, quorum ex fide, quam apud alios inveniunt, felicitas magna ex parte pendet; quæ fides quantopere decreſcere ſoleat ex hujusmodi jactationibus non diſcuſſis, experientia teſtis eſt. Utique injuriarum teneri eum, qui vel non debitorem, ut debitorem, appellaverit; vel pignus proſcripſerit venditurus, tanquam a me acceperit, cum ab alio accepiſſet, Servius & Ulpianus auctores ſunt. *l. item apud Labeonem 15. §. item ſi quis 32. & 33. ff. de injuriis.* & fidejuſſorem idoneum a reo oblatum, ſi acceptus non fuerit, tanquam de injuria ſibi facta queri poſſe, Gajus refert *l. ſi vero 5. §. 1. ff. qui ſatisd. cog.* Quibus conſequens eſt, ut nec iniquum aut injuſtum cenſeri poſſit, ſi per legitimam extenſionem *d. legis diffamari* remedium detur, per quod hujusmodi calumniantium ac diffamantium malitiis occurratur mature, atque ita fugillata ac labefactata per jactantiam exiſtimatio fidesque confirmetur.

22. Quodſi diffamationem a ſe factam neget hac vocatus actione, ac in probatione deficiat, qui ſe diffamatum conquerebatur, vocato neque neceſſitas intra certum tempus agendi imponenda eſt, neque poſt temporis iſtius lapſum ſilentium invito injungendum: ne alioquin in debitorum quorumvis poteſtate ſit, inutile actori reddere indultum a jure liberum agendi arbitrium;

neve

neve ſilentii pœna imponatur ei, qui nulla peccavit linguæ jactantia ac temeritate. Andr. Gayl *libr. 1. obſerv. 10. num. 7. & obſerv. 11. num. 2.* Volenti vocato ac conſentienti quin ſilentium recte imponatur, dum ſeſe nullam habere actionem palam profitetur, dubium non eſt. Waſſenaar *practic. jud. cap. 3. num. 8.* Et hæc ita, ſi in certam perſonam actio hæc movenda ſit: ſed jactantiæ probatio neceſſaria non eſt, ſi quis nulla certarum perſonarum facta deſignatione edicto vocari faciat omnes illos, qui actionem aliquam aut jus ſibi competere arbitrantur, uti id hodie fieri adſolet in decreti interpoſitionibus, quibus rerum venditarum traditionem firmari conſuetudo fert; uti & in iis, qui delicti alicujus inſimulati rumore aut fama publica, purgare ſeſe, & innocentiam adverſus omnes tueri velle profitentur; quive jure ſuo novum opus facere deſiderantes, metuunt, ne quis vicinorum aut operis novi interponat nunciationem, aut novum opus perfectum, ut non jure factum, interdicto quod vi aut clam, aliove ſimili juris remedio, ſubverti petat *Verſcheyde reſolutien en deciſien van den Hogen en Provincialen Rade, poſt reſponſa Jurisc. Holland. part. 3. vol. 1. pag. 12. poſt med.*

23. Intentanda hæc actio ex *l. diffamari* in eo loco, in quo diffamans ex jure communi forum competens ſortitur: quamvis enim nonnullis viſum fuerit, diffamantem a diffamato ad proprium diffamati ipſius forum vocari poſſe, Mynſingerus *cent. 6. obſerv. 90.* Andr. Gayl *libr. 1. obſerv. 9. num. 3.* verior tamen eſt ſententia contraria; cum utique actor rei forum ſequi teneatur, in hac autem actione diffamatus, tanquam provocans, actor ſit, diffamans vero, ut hoc provocatus judicio, reus; fruſtraque allegatur, diffamantem ex ipſa rei natura actorem eſſe, quippe quæ aſſertio erroneo hoc fundamento ſubnixa eſt, quaſi unicum tantum diffamationis judicium eſſet; cum ex adverſo ſeparata duo judicia, actiones diſtinctæ ſint, & altera quidem nihil aliud poſtuletur, quam ut adverſarius experiatur, ſi quam ſibi actionem quæſitam arbitretur; altera vero de principali debito diſceptatio fiat. Unde & diverſos apud judices utrumque hoc judicium, velut omnino diſtinctum, agitari nihil vetat, neque mota actio ex l. diffamari litis pendentiam inducit quantum ad controverſiam principalem. Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ. 18.* verſ. *verum Senatus.* Diffamans ſcilicet in ſuo conventus foro, probata diffamatione, condemnandus eſt ad id, ut actionem inſtituat, non eodem in judicio, ſed tali in loco, in quo diffa-

matus principali in cauſa conveniendus fuiſſet, etiamſi nulla verborum jactantia interceſſiſſet. Sic fit, ut prima in lite diffamatus actor rei diffamantis ſequatur forum, in lite altera diffamans tanquam actor aqud competentem diffamati, tanquam rei, judicem experiatur, quod & fatetur diſſentiens Gaylius *libr. 1. obſerv.* 11. *num. 2. 4. 5. 6.* ac diſerte cautum Inſtruct. Curiæ Brabant. *artic. 619. proviſioneel accoord tuſſchen Holl. en Zeeland 11. Junii 1674. art. 16.* Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ. 18.* verſ. *verum ſenatus & deciſ. 101.* Matthæus de Afflictis *deciſ. Neapol. 268.* Zangerus *de exceptionib. part. 2. cap. 13. num. 14. & ſeqq.*

24. Quia vero primum judicium ex *l. diffamari* ad perpetuum tendit ſilentium, & juris, ſi quod quæſitum eſſet, ademtionem, neque temere eo deveniendum eſt, hinc unam citationem diffamatoris non ſufficere vulgo traditum. Duas ad minimum deſiderat Andr. Gayl, antequam ſe non ſiſtenti ſilentium, velut contumaci, queat imponi, *d. libr. 1. obſerv. 12. num. 4. & ſeqq.* tres requirere videtur Neoſtadius, & quartam ex abundanti, non ad id, ut ad exemplum aliarum actionum actor libellum petitionis probationibus munitum judici exhibeat, ſed ut quartum citatus excipiat ſententiam, ſilentii perpetui præceptum continentem, *Curiae Holland. deciſ. 44.* Impoſito per judicem ſilentio perpetuo, an adverſus decretum tale reſtitutio in integrum cauſa cognita impetrari poſſit, tractatum *tit. ex quib. cauſ. majores num. 9.*

25. Porro actori, actionem in judicium deducere volenti, cavendum ſummopere fuit de jure Romano, ne plus peteret, ſive re, ſive loco, ſive cauſa, ſive tempore. Etenim minus quidem petendo actorem nihil periclitari placuit, ſed reliquum vel in eodem judicio, mutato libello, vel priore finito per novam litem, perſequi poſſe. §. *ſi minus 34. Inſtit., de act.* neque enim uſpiam prohibetur actor debitum per partes petere: quo tamen caſu reus conventus jure deſiderare poteſt, ut uno judicio de toto diſceptetur debito controverſo, ne dividatur cauſæ continentia, & pluribus reus judiciis diſtringatur. Gomezius *var. reſol. tom. 2. cap. 10. num. 5. in med.* Chriſtinæus *vol. 2. deciſ. 157. num. ult.* At ſi plus petitum fuiſſet, olim cauſa cadebat actor, non ipſo jure, ſed magis ope exceptionis, ut vult Rævardus *libr. 3. varior. cap. 14.* Sane, cum actor non probaſſet, adeoque non appareret, reum vocatum debere id, quod in petitionem deductum erat, non alia quam abſolutoria ſententia ferri

ferri poterat: cujus vi reus perpetuam nactus rei judicatæ exceptionem, repellere potuit actorem iterato eadem de re litigantem. *§. temporales 10. Inſtit. de exception. §. ſi quis agens 33. Inſtit. de action.* niſi actori iuſtiſſima de cauſa reſtitutio daretur. *d. §. ſi quis agens 33. Inſtit. de action.* Suetonius *in vita Claudii Caeſ. cap. 14. in fine.* Jure novo in triplum damni dati actio comparata fuit adverſus actorem, re, loco, vel cauſa, plus petentem; ſin tempore plus petitum eſſet, obtinuit, ut & inducias, quas ipſe actor ſponte indulſerat, vel natura actionis continebat, ab actore contemtas, in duplum haberent ii, qui talem injuriam paſſi erant, & poſt eas finitas non aliter lites ſuſcipiant, niſi omnes receperint litis prioris, præmature, adeoque temere motæ, impenſas *d. §. 10. Inſt. de except. §. tripli 24. §. ſi quis agens 33. in fine Inſt. de action.* Adde *DD. tit. Cod. de plus petitionibus.* Quod & jure canonico evidenter conſtitutum in iis, qui, cum non ex certo die ſed ſub conditione creditores eſſent, ante conditionis eventum judicio experti ſunt, *cap. unic. in fine extra, de plus petition.* Quanquam ne has quidem plus petitionis pœnas amplius in foro vigere, verius eſt; dum reus ante tempus conventus ſimpliciter a judicii obſervatione liberatur, actore quidem in expenſas litis damnato, ſed ſalva ei licentia rei iterum conveniendi, quamprimum diem obligationis veniſſe conſtat. In cæteris plus petitionibus reo liberum eſt offerre plus petenti, quod ſe debere cenſet; quo non acceptato, ſi judex non ultra oblata condemnet, in expenſas actorem ut temere litigantem damnare poteſt. Chriſtinæus *vol. 2. deciſ. 157. ad tit. de plus petition. n. 10.* Grœnewegen *ad d. tit. C. de plus petition.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr. 1. cap. 26. n. 7.* Vinnius & parens p. m. Paulus Voet *ad §. 33. Inſtit. de action. ibique plures allegati.*

26. Quodſi pendente debiti conditione debitum in judicio cœptum ſit peti, ac lite pendente exiſtat conditio, ne tum quidem reum condemnandum eſſe, ſed magis a judicii obſervatione dimittendum, prima fronte ſuadere videtur juris regula, ſecundum quam non poteſt videri in judicium deductum id, quod demum poſt litem conteſtatam accidit; ut proinde alia interpellatione opus ſit. *l. non poteſt 23. ff. h. t.* Sed contrarium magis jure civili probatum eſſe, ex eo apparet, quod Ulpianus ſcripſit, debitorem conditionalem pendente conditione conventum actione ex ſtipulatu, vel petitione hereditatis tanquam juris poſſeſſorem, condemnari debere, ſi modo rei judi-

candæ tempore conditio extiterit, atque ita venerit dies obligationis, *l. quod ſi in diem 16. pr. ff. de petit. heredit.* Nec minus hanc confirmat ſententiam, quod ab eodem Ulpiano traditum eſt, eum, qui ante ſolutionem egit pignoratitia, licet non recte egerit, tamen ſi offerat in judicio pecuniam, atque ita ei lite pendente naſcatur agendi jus, debere rem pignoratam, & quod ſua intereſt, conſequi, *l. ſi rem alienam 9. §. ult. ff. de pignorat. act.* nec refragatur *d. l. 23. ff. h. t.* quippe quam recte de illis caſibus intellexeris, quibus ipſa agendi cauſa lite demum pendente nata eſt, ſecundum ea, quæ occurrunt in *l. Antaeus 14. §. ult. ff. de aqua, & aquae pluv. arcend.* cum ex adverſo in noſtra quaeſtione jus agendi poſt litem quidem conteſtatam competere cœperit, ſed cauſa agendi antiquior fuerit, ac ante ipſum extiterit exordium litis. Gomezius *variar. reſolut. tom. 2. cap. 11. num. 25.*

27. Licet autem plerumque id obtineat, ut judicium in pendenti eſſe non poſſit, vel de his rebus, quæ poſtea in obligationem adventuræ ſunt; nec lis eſſe, priusquam aliquid debeatur. *l. non quemadmodum 35. ff. h. t.* caſus tamen ſunt, quibus & id, quod nondum eſt debitum, in judicium recte deducitur; puta ſi futurum debitum connexionem habeat cum eo, quod jam vere debitum eſt. Qua ratione recte actor petierit, reum non in præſentes tantum ſed & futuri temporis uſuras damnari, donec condemnationi ad ſortis reſtitutionem ſatisfactum fuerit. arg. *l. 1. C. de ſentent. quae ſine certa quant. profertur.* Idemque in fructibus ac cæteris rerum principalium acceſſionibus ſtatuendum eſt. arg. *l. utique 16. l. fructus 33. l. pen. ff. de rei vindicat.* uti & in annuis reditibus. arg. *l. 1. C. de fideicommiſſis. l. libertis 18. §. manumiſſis 1. ff. de aliment. & cibar. legat.* Andr. Gayl. *libr. 2. obſervat. 74.* Coſtalius *ad d. l. 35. ff. h. t.* Similiter, ſi quis certam quantitatem debeat non ſimul & ſemel, ſed annua, bima, trima die ſolvendam, ac in primæ penſionis ſolutione moram faciat, jure creditor actione contendit, ut non ad primæ tantum (in qua mora facta eſt) ſed & ad ſecundæ tertiæque penſionis exſolutionem condemnatio fiat, illis temporibus executionem habitura, quibus venerit penſionis cujusque debitæ dies. Coſtalius *ad d. l. 35. ff. h. t.* Barboſa *ad l. non poteſt 23. ff. h. t. de judiciis num. 107. & ſeqq.* Sande *decif. Frific. lib. 1. tit. 4. defin. 3.* Alimentorum quoque annuorum aut menſtruorum ex teſtamento vel contractu præſtandorum intuitu efficaciter ad id agitur, ut condemne

demnetur eorum debitor ad præterita in continenti, & futura ſuis quæque temporibus ſolvenda. Sic fiet hisce in caſibus, ut non teneatur creditor annis ſingulis litigare, aut de ſuo docere jure, ſed ſententia ſtato quoque tempore executioni mandanda ſit ſine nova pleniore cauſæ cognitione. *l. 1. C. de fideicommiſ. l. libertis, quos* 18. *§. manumiſſis* 1. *ff. de aliment. & cibar. legatis.* Coſtalius *ad d. l. 35. ff. h. t.* Gomezius *var. reſolut. tom. 2. cap.* 11. *num. 47.* Surdus *deciſ.* 120. Andr. Gayl. *d. libr. 2. obſ. 74.* Non etiam abſurdum fuerit, ob præſentem adverſarii jactantiam de jure ſibi poſt tempus aut conditionis exiſtentiam competituro, eundem actione ex *l. diffamari* ad id obſtringi, ut de praeſenti doceat de jure illo, quod ſibi aliquando competiturum diſſeminavit, aut alioquin in perpetuum, etiam lapſo die vel conditione, ſilentium ei imponatur; cum non minor ex futuri, quam præſentis debiti jurisve jactantia diffamatio inferatur. Sande *deciſ. Friſic. libr.* 1. *tit. 4. defin. 3. in fine.*

28. Denique, ſi debitoris obærati bona, curatore dato, auctione publica intervenientibus haſtæ ſolennibus diſtracta fuerint, etiam creditori in diem vel ſub conditione liberum eſt ſuum debitum profiteri, & de protopraxia cum cæteris ejusdem debitoris creditoribus diſputare, ut, ſi debitum in diem certum ſit, illud ipſe ſuo ordine recipiat, deducto inde repræſentationis ſeu præſentis ſolutionis emolumento, in quantum juxta jura vulgata plus accipit qui ſtatim, quam qui poſt tempus accipit: ſin conditionale ſit, ei ſuum jus prælationis aut concurſus cum cæteris creditoribus aſſignetur, executionem habiturum, cum conditio debiti extiterit, adverſus eos, qui ex puro debito, ſed debiliori jure munito, ſuum receperunt ſub cautione de reddendo, ſi qui emerſerint potiora jura habentes. arg. *l. procuratoris 5. §. ult. ff. de tributor. actione.* junct. *l. grege* 13. *§. ſi ſub conditione 5. l. quaeſitum* 14. *ff. de pignor. & hypoth. l. quod ſi in diem 16. ff. de petit. hered.* Eoque facit, quod, ubi bona defuncti creditoribus ejus ſufficiunt, quæ mixta bonis heredis non eſſent creditoribus defuncti pariter & heredis obærati ſuffectura, liberum creditoribus defuncti ſit ſeparationem impetrare, non illis tantum, quibus pure, ſed & quibus in diem debitum, aut ſub conditione. *l. creditoribus 4. ff. de ſeparation.* vide *Rotae Genuae deciſ. 107.* Alioquin bonis debitoris necdum occupatis, creditores, quibus in diem

vel ſub conditione debetur, non niſi cautionem de debito ſuo tempore ſolvendo exigere poſſunt ac judicio perſequi, cum debitor, qui contractus tempore idoneus erat, deinceps quocunque modo incipit ſuſpectus eſſe: idque de jure Romano in ſolis bonæ fidei judiciis obtinuit, non item in iis, quæ ſtricti juris ſunt. arg. *l. in omnibus 41. ff. h. t.* excepta cauſa legatorum in diem vel ſub conditione relictorum. *tit. ff. ut legat. ſeu fideic. ſerv. cauſa caveatur.* Sed quia communiter uſus magna ex parte ſuſtulit, quas jus civile conſtituerat, differentias inter bonæ fidei ſtrictique juris actiones, ut notat Grœnewegen *ad §. 28. Inſtit. de action.* Vinnius *ad d. §. 28. num. 4. in fine.* Paulus Voet *ad §. 30. Inſt. eod. tit.* atque adeo etiam in ſtricti juris judiciis plenius judicantis arbitrium admittitur; verius eſt, hodie etiam in his poſſe per judicem, cauſa cognita, cavendi neceſſitatem debitori, in diem aut ſub conditione debenti, imponi. Confer Gomezium *var. reſolut. tom. 2. cap. 11. num. ult.* & quæ dixi *tit. de in jus voc. num. 20. de arreſtis rei ſervandae cauſa faciendis.*

29. Illud circa reos in judiciis obſervandum eſt, unumquemque de ſuo debito, ſive ex contractu, ſive ex delicto, conveniendum eſſe, neminem pro alio, adeoque nec uxorem pro debitis mariti, nec maritum pro debitis uxoris. *tit. C. ne uxor pro marito.* nec filium pro patre. *tit. C. ne filius pro patre.* pœnis adverſus eos conſtitutis, qui debitorum filios aut jure pignoris retinere, aut operas eorum elocare, aut aliter libertati eorum obeſſe ſub paterni debiti obtentu auſi ſunt. *nov. 134. cap. quia vero & 7. l. ult. ff. quae res pign. dari.* niſi pater fiſci debitor fuerit ex cauſa primipilari ſeu annonaria: de eo enim debito filium, licet patri heres non extiterit, conveniri a fiſco poſſe, utilitatis publicæ intuitu jure ſingulari Romanis placuit. *l. ult. C. de primipilo.* Quousque vero ex jure hodierno maritus pro debitis uxoris, uxor pro debitis mariti, vel ſtante matrimonio contractis, vel ipſo conjugio antiquioribus, teneatur, ac propriis in bonis patiatur executionem, dicendum erit in materia nuptiarum ac pactorum dotalium. Quousque pater vel dominus ex contractu aut delicto filii, vel ſervi, vel famuli miniſtrantis conveniri queat, exponetur *tit. de noxalib. action.* & *tit. de peculio.* Longe minus extraneus pro extranei alterius debito inquietandus, detinendus, aut judicio pulſandus eſt, licet ejusdem eſſet municipii civis cum debitore: qualis

lis agendi modus, pignorationis vocabulo designatus, quam a Justitia plerumque alienus sit, ex Justiniani verbis, quæ adscribere libet, manifestum est; *Sancimus*, (inquit, *novell. 52. cap. 1.*) *nullam omnino pignorationem in nostra republica praevalere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi praesumtum invenimus) neque in agris neque in civitatibus, neque in vicis, neque in civibus, neque in vicaneis, neque in agricolis, neque alio omnino quocunque modo vel tempore: sed praesumentem alium pro alio secundum pignorationis formam aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo; & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium vero exigi: sed nec, alteri molestum esse pro altero tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum existentem caedi, aut injuriam sustinere & pati aliquid, quod omnino non competit, pro alio: & absque legitima occasione quamlibet perferre calumniam.* imo, *grave est, secundum Zenonem in l. unic. C. nullus ex vican. pro alien. vican. debit. ut teneat. non solum legibus, verum etiam naturali aequitati contrarium, pro alienis debitis alios molestari.* Adde *l. nullam 4. C. de executor. & exactor.*

30. Et hæc quidem verissima, si & debitor & creditor uni supremo subsint magistratui; sic ut creditor autoritate judiciali implorata debitorem possit ad solutionem adigere. At si diversis sub Principibus debitorem & creditorem morari contingat, ac creditori, in rei foro jure experiunti, denegetur justitiæ administratio, jure gentium invaluit, capi & detineri subjectos ejus, qui jus dicere recusavit, ut & bona eorum; idque autoritate magistratus illius, cui subest is, qui ex denegata jurisdictione læsus est. Qualis apprehensio, si hominum esset, ἀνδρολη̃ψία ex Athenienſium instituto appellata, sin rerum, ἐνεχυρίασμὸς dicta fuit, barbaro vocabulo nunc *repressaliorum* veniens denominatione, impetrata ad id a Principe licentia ac *literis marcae*, ut vocant, ita dictis, quod repressalia potissimum in regni aut reipublicæ finibus exerceri solent, quos limites *marcas* dici a Germanico *mark* jam dudum a feudorum interpretibus observatum est. De hoc repressaliorum jure consulendi præcipue Grotius *de jure belli & pac. libr. 3. cap. 2.* Damhouderus *praxi criminali cap. 100.* Joh. Jac. a Canibus *tract. de repressal.* Andr. Gayl *tract. de pignorationib. cap. 1. 2.* Christinæus *vol. 5. decis. 183.* Gudelinus *de jure noviss. lib. 3. cap. 11.*

Leeuwen *cenſ. forenſ. part. 2. libr. 1. cap. 11. num. 13. & ſeqq.*

31. Illud haud prætereundum, judices ordinarios non poſſe cuiquam petenti indulgere hoc repreſſaliorum jus, ſed ſolum illum, qui majeſtate præditus eſt, & belli pacisque jure gaudet, cum ad modum belii juſti hoc jus concedatur, & ſpeciem belli præ ſe ferat, aut præludium certe belli imminentis ſit. Inſuper non peregrinis hominibus, ſed ſolis ſubjectis hoc oportere concedi; cum principis quidem interſit, nullam cives ſuos injuriam a peregrinis ac læſionem pati; nequaquam vero ad eum pertineat, ſi alieno in territorio peregrinis jus non reddatur; in quam ſententiam judicatum extat apud Neoſtadium *Curiae ſupr. deciſ. 11.*

32. Quodſi actor aut reus legitimam ſecundum jam tradita habens perſonam ſtandi in judicio ac in lite ſubſiſtens, eadem pendente, in fata concedat, jure quidem Romano lis eodem, quo cœpta erat, tramite adverſus defuncti heredem decurrebat; ac, ſi procurator a defuncto conſtitutus fuiſſet, in eum tamen poſt mortem mandantis, tanquam dominum litis ſententia dabatur. arg. *l. ſi defunctus 15. l. poſt litem 17. §. 1. ff. de procurat. l. nulla dubitatio 23. C. eod. tit.* at noſtro jure heredes ejus ab adverſario citandi ſunt, ut cœptam cum defuncto litem continuent, eumque in finem renovent mandatum procuratori datum, quod mandantis morte extinctum fuit, cum procuratores hodierni non litis domini, ſed tantum miniſtri ſunt; vulgo, *tot herneminge van arrementen van den proceſſe;* de cujus praxi vide ſis, *inſtruct. Curiae ſupr. art. 245. 246. 247. 248. 249.* Hollandiæ *art.* 114. Flandriæ *art.* 325. Zypæum *notit. juris Belgici libr. 1. tit. de procuratoribus in fin.* Andr. Gayl *libr. 1. obſerv.* 109. *n. 5. 6. 7.* Merulam *praxi libr. 4. tit. 83. cap. 4. 5. 6.* Brunnemannum *ad l. 15. ff. de procurator.* Ant. Matthæum *de auction. libr. 1. cap. 11. n. 89.* Berlichium *part. 1. concluſ. practic. 27.* Groenewegen *ad l. 23. C. de procurator.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 4. n. 25. & ſeqq.* Nec refert, utrum heredes ſimpliciter hereditatem adiverint, an adhibito inventarii beneficio; cum effectus eius, ne heres confectione durante inquietetur, ad novas tantum lites pertineat; at nullam iis moram injiciat, quæ iam contra defunctum fuerant inchoatæ: quippe in quibus non tam ſuo jure aut ſuo beneficio, quam potius eodem jure, quo defunctus utebatur, in judicio defendi debet. arg.

l. ſi

l. si is, qui Romae 34. ff. de judiciis. Ant. Faber *Cod. libr. 6. tit.* 11. *defin. 38.* Joh. Papon *libr.* 21. *tit.* 10. *arrest. 8.* modicum interim temporis spatium heredi tribuendum esse, ut deliberet, num litem defuncti nomine continuare cupiat, ratio jubet; quod in Gallia mense circumscriptum esse testatur Papon *d. loco.* alioquin judicis arbitrio definiendum: denegatam saltem fuisse petitionem ejus, qui ipso die mortis mandatum ad resumenda litis arma a defuncti vidua postulaverat, apparet ex collectis utriusque Curiæ Hollandicæ sententiis *sententien van den Hog. en Provinc. Rade decis. 43.*

33. Non tamen in finem superiorem citandi sunt defuncti actoris reive heredes, quoties ante mortem jam concluſa fuit causa, sic ut solum superſit officium judicis, sententiæ pronunciatione interponendum; quæ licet iure Romano in mortuum ferri non debuerit. *l. 2. ff. quae sentent. sine appell. rescind.* sed magis in procuratorem ut litis dominum, secundum ante dicta: tamen hoc casu in ipsum, post conclusionem in causa demum fato functum, eandem dici, usus obſervat, herede ad sententiam audiendam citato. Gayl. *d. observ.* 109. *in. 3.* 4. Matthæus, Groenewegen, Wassenaar & reliqui allegati *dd. ll.* Longeque minus superiora obſervari necesse est, si post sententiam dictam mors demum litigantis proponatur superveniſſe; eo namque casu magis est, ut heres citetur eo fine, ut videat novas adversus se litteras executionis decerni, vulgo, *omme nieuwe letteren van executie te sien decerneren; of de sententie te sien verklaren executabel.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap. 5. n. 7.* Sed & apud nos superiorum obſervatio remiſſa est, si post resumta per heredes propter litigantis obitum arma litis, unus ex coheredibus rebus humanis eximatur; tunc enim absque ulteriore citatione heredum heredis litem cum cæteris heredibus superstitibus ac litis ejusdem consortibus ita ad finem perduci, ut ipsi quoque coheredi defuncto vincant in judicio illo aut vincantur, diserte cautum fuit *instruct. Curiae supr. art. 249.* Denique nec interveniens pendente lite mors tutoris, qui pupilli nomine in iudicio steterat, efficiet, ut aut vidua ejus aut heredes vocentur, litis per defunctum inchoatæ continuandæ causa; eo quod morte tutoris extincta tutela, nec ad heredes ejus viduamve transmittenda, sed alio in defuncti locum surrogato, litemque tutorio nomine curaturo, ne volentes quidem tales pro pupillo audiendi essent. Berlichius

part. 1. concluſ. practic. 27. n. 26. 27. Ampliſſimus D. Someren Curiæ Ultraiectinæ Præſes digniſſimus *de jure novercarum cap. 7. ſect. 1. num. ult.*

34. Præter actorem reumque, iudicio contendentes, quandoque fit, ut & tertius eadem in lite interveniat; ſeu, mota per alios lite, ſeſe pro ſuo iure interponat. Intervenire autem quis poteſt, vel ad id ut alterum experiuntem excludat, ac litem in ſe transferat; vel ut alterum iuvet eique aſſiſtat in lite mora. Ut litem in ſe transferat, intervenit, quoties non eius, qui iudicio cœpit experiri, ſed ſua principaliter intereſſe, contendit. Qua ratione, ſi pater, diremto filiæ matrimonio, dotem a marito eius repetere vellet, liberum filiæ fuit intercedere, ne patri, ſed ſibi, tanquam patria poteſtate liberatæ, & ſuæ poteſtatis factæ, dos reddatur. *l. Titia divortium 34. ff. ſoluto matrimon.* Et generaliter illis in caſibus, quibus ea de re, cuius actio vel defenſio primum alteri competit, alius tanquam actor aut reus litem ſuſtinere vult, & ſententia adverſus ipſum lata, ei eſt obfutura, qui, dum ſibi actio aut defenſio primo loco competebat, ſequentem iudicio contendere paſſus eſt; veluti, ſi creditor debitorem experiri patiatur de proprietate pignoris, aut maritus ſocerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, aut emtor ac poſſeſſor rei venditæ venditorem de rei emtæ proprietate, aut ſi quis alius de iure, quod ex capite alterius habet, illum ipſum, a quo id habet, litigare ſinat. *l. ſaepe conſtitutum 63. ff. de re judicat.* arg. *l. principaliter 19. C. de liberali cauſa. cap. veniens 38. extra. de teſtibus.* Quibus autem in caſibus ita intervenit ut litem adverſus alium motam, in ſe velut principalem transferri deſideret, etiam iure ad ſuum iudicem remitti poſtulat, declinato foro ejus, qui prius conventus erat, ut ſibi intervenienti haud competente; veluti, quando, conductore convento de rei proprietate, locator ut dominus intervenit, de proprietate cum actore diſceptaturus. Mynſingerus *cent. 5. obſerv. 14. in fine.* Quisquis vero hoc modo intervenire vult, ut alterutrum litigantium a lite depellat, protinus ex quo cognovit, ea de re alium in iudicio ſtare, intercedere debet, ac impedire, ne partes ad ulteriora tendant: nam ſi ſciens paſſus ſit, per alium fieri litis conteſtationem, invitum deinceps depellere nequit, ſed inter eosdem, inter quos eo ſciente ac patiente cœpta fuit, ad finem ſuo tramite lis diſcurſura eſt, ac ſententia tertio ſciente

ente nocitura. arg. *l. 63.* verſ. *ſcientibus ff. de re judic.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſ. 70. num. 25. & ſeqq.*

35. Contra, ut alterum juvet, eique aſſiſtat, intervenire quis poteſt duplici modo, puta, vel conſentiente aut deſiderante alterutro litigantium, vel utroque invito & reluctante. Deſiderante alterutro intervenit auctor evictionis tentatæ, ac emtori imminentis, intuitu vocatus ab emtore, ut liti aſſiſtat, ac rei venditæ aliave ſimili ex cauſa translatæ defenſionem paret; qua de re latius *tit. de eviction.* Debitor quoque principalis, a ſuo vocatus fidejuſſore, ut fidejuſſoris ſui conventi ſuſcipiat tuitionem, cum ipſe perſonali exceptione, quæ a fidejuſſore convento opponi non poterat, tutus eſſet. *l. idemque 10 §. pen. ff. mandati.* Adde *Inſtruct. Curiae ſupremae art. 233.* Magiſtratus jurisdictionis ſuæ tuendæ gratia, quoties ipſis ſubjectus alibi contra privilegia & jura jubetur litigare, & declinatoriam opponit fori exceptionem. Mævius *de arreſtis cap. 19. n. 5. 6.* Invito litigantium utroque intervenit tertius, qui, cum ejus quoque verteretur in ea lite diſpendium, dum res inter iſtos duos contendentes judicata ipſi quoque tertio nocitura erat, colluſionis impediendæ cauſa ſeſe litigantium alterutri ſocium addit. Mævius *d. cap. 19. n. 2. 3.* Quo fundamento olim legatario conſultum fuit ſeſe heredi, querelam inofficioſi patienti, jungere, ad teſtamenti tuitionem; ne, eodem per querelam ſubverſo, ipſe quoque caderet legati ſpe; in quantum jure veteri non ſola inſtitutio, ſed & legata omniaque reliqua ejus teſtamenti capita in irritum deducebantur, teſtamento inofficioſo pronunciato; (licet id jure novo mutatum ſit, ut *tit. ſeq.* dicetur.) *l. ſi ſuſpecta 29. ff. de inoff. teſtam.* arg. *l. a ſententia 5. §. ſi heres 1. l. ſi perluſorio 14. ff. de appellation.* Jure quoque novo, ſi res litigioſa legata ſit, legatario facultas data, quod poſſit heredi de ea litiganti adeſſe, ne colludatur, dum ſolus ei legato tali relictus videtur eventus litis, remque percepturus eſt herede vincente; eodem ſuperato nihil habiturus. *auth. nunc ſi C. de litigioſis. novell. 112. cap. 1.* Adhæc fidejuſſores pro eo, pro quo interceſſerunt; ſi debitor minus idoneus ſit, & prævaricationis in perniciem fidejuſſoris ſuſpectus; præcipue fidejuſſor, qui pro evictione cavit, ſi emtori lis mota ſit de re vendita, ac venditorem emtoremque non boni viri arbitratu rem defenſuros credat. arg. *l. a ſententia 5. pr. ff. de appellation.*

36. Ni-

36. Nihil autem refert, qualis ſit judex, apud quem tertius pro ſuo jure intervenire vult: ſive enim ordinarius ſive delegatus ſive privilegiatus ſit, æquum non eſt, continentiam cauſæ dividi, & diverſos apud judices ventilari, quæ inter ſe connexa per unum eundemque commodius terminari queunt. arg. *tit. ff. de quibus rebus ad eund. judicem eatur. l. nulli. 10. C. h. t.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 70. n. 2. 3.* Neoſtadius *curiae ſupr. deciſ.* 18. verſ. *uterque.* Reſponſa Juriſc. Holl. *part. 5. conſil. 147. in fine.* Non etiam intereſt, quo loco jam lis ſit, cui quis ſeſe adjungere deſiderat; nam & ante & poſt litem conteſtatam, imo & poſt concluſionem in cauſa, tertium ſeſe liti alienæ pro ſuo jure immiſcere nihil vetat, aut etiam poſt appellationem ab alterutro litigantium interpoſitam, apud judicem ſuperiorem. *arg. d. l. 5. §. 1. & l. 14. ff. de appellat.* cum utique appellatione interpoſita ſic cauſa conſideretur, quaſi ſententia necdum lata eſſet, & provocationis remedio extinguatur condemnationis pronunciatio. *l. 1. §. ult. ff. ad Senatuſc. Turpillian. l. furti 6. §. ſed ſi 1. ff. de his qui not. infam.* Andr. Gayl *libr. 1. obſerv. 70. n. 4. 5.* Berlichius *part. 1. concluſ. practi. 25. n. 36. & ſeqq.* Carpzovius *def. forenſ. part. 1. conſtit. 3. defin. 30. n. 5. & ſeqq.*

37. Non aliter tamen intervenire volens ac liti ſe jungere, audiendus eſt, quam ſi probabiliter ſua intereſſe doceat, ſummaria ſaltem interpoſita cauſæ cognitione, condemnandus in expenſas, damna & id quod intereſt, ſi ex eventu litis appareat, jungentis nihil interfuiſſe. Gayl. *libr. 1. obſerv. 69. n. 3. & ſeqq.* & *obſerv. 70. n. 23.* Rebuffus *ad conſtit. reg. tom. 3. tract. de adjunctionibus art. 2. gloſſ. un. n. 1. 2. & ſeqq.* Carpzovius *d. defin. 30. n. 9.* Berlichius *d. part. 1. concluſ. 25. n. 48.* atque inſuper eandem cum eo, cui ſe jungit, habeat litigandi cauſam, media eadem: nam ſi jus ejus ſeparatum eſſet a jure actoris reive, cui ſe ſociare in lite cupit, non permittendum ei foret, ut liti aſſiſtat, ſed nova lite opus eſſet, ut ita unusquisque de jure ſuo ſeparato ſeparatim contendat; cum fieri poſſet, ut is, qui ſe jungere liti cupiebat, nunc ſeorſim experiundo victoriam obtenturus ſit, ſuccumbente eo, cui ſe deſideraverat adjunctum; aut vice verſa ſuccubiturus, vincente eo, cujus liti aſſiſtere tentaverat; dum alia atque alia ſunt ſingulorum cauſæ merita. Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ 18.* Andr. Gayl. *d. libr. 1. obſerv. 69. n. 2. & obſerv. 70. n. 24.* Hinc, ſi duo

ſi duo de rei proprietate contendant, tertius, ſe dominum aſſerens, fruſtra ſeſe liti adjungi poſtulat; cum utique alia ex cauſa ſibi dominum arroget, ac inepte ſe ſociari illis cupiat, quibus vere adverſarius eſt, ac jus proprietatis competere negat, arrogato ſibi dominii jure: ſed vel pendente lite priore, ipſe adverſus eundem poſſeſſorem rei vindicatione experiri debebit, vel ea finita adverſus victorem de proprietate litigare. arg. *l. is a quo fundus 57. l. 58. ff. de rei vindicatione l. penult. ff. de petit. heredit.* Fachineus *lib. 1. controverſ. cap.* 5. Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 1. def. 7.*

38. Impetrata vero a judice hac interveniendi licentia, neceſſe eſt, ut ſeſe jungens cauſam ſuſcipiat, litemque ingrediatur eo in ſtatu, in quo illam invenit tunc, cum ad judicium accedit; quod jure canonico evidenter cautum, *cap. ult. in fine, ut lite pendente nihil novi fiat, in 6.* Gayl. *libr. 1. obſerv. 71. n. 1.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 1. defin. 7. & 37.* Cui conſequens eſt, ut declinatoriam fori exceptionem opponere nequeat, nec litem ab eo judice, apud quem res inter actorem reumque jam cœpta eſt, ad ſuum forum proprium revocare. *l. venditor 49. ff. h. t.* Mynſingerus *centur. 5. obſerv. 14. & cent. 6. obſerv. 33.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 71. n. 2. & ſeqq.* quamvis ei haud videatur deneganda licentia redarguendi judicem ut ſuſpectum, ſi quas juſtas allegare valeat ſuſpicionis cauſas: etenim, ſi judex actori reoque nec gratia nec beneficio nec odio notus, ei tamen, qui ſe alterutri litigantium adjungit, infeſtus ac inimicus ſit, quis non durum arbitretur, huic neceſſitatem imponi, ut vel a juris ſui, in ea lite verſantis, proſecutione abſtineat, vel inimici arbitrio permittat cauſæ ſuæ deciſionem. *l. ſi pariter 9. ff. de liberali cauſa.* Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit 1. defin. 37. in fine.* Andr. Gayl. *lib. 1. obſerv. 71. num. 7. & 8.* De cætero adjunctum nec ex ſuo capite nova facta poſſe allegare, nec poſt concluſionem in cauſa teſtes novos producere aut inſtrumenta, niſi reſtitutionem impetraſſet, quia nec principalis id poteſt, tanquam in praxi communiter receptum, tradit Rebuffus *ad conſtit. reg. tom. 3. tract. de adjunction. art. 2. gloſſ. unic. n.* 12. Gayl. *lib.* 1. *obſerv. 71.* n. 12. *& ſeqq. & n.* 17. Plura qui de interventione deſiderat, videat D D *ad l. 63. ff. de re judicata.* Andr. Gayl. *libr.* 1. *obſerv.* 69. 70. 71. 72. Merulam *praxi civil. lib. 4. tit. 47. cap. 1.* Rebuffum *ad conſtit. regias tom. 3. tract. de adjunctionibus.*

Dam-

Damhouderum *praxi civili cap. 98.* Berlichium *part. 1. concluſ. pract. 25.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 1. n. 97. 98. & ſeqq.*

39. Judex eſt vir bonus & æquus, juris peritus per ſe vel aſſeſſores ſuos, autoritate publica conſtitutus, cui cauſas cognoſcendi & decidendi facultas competit. Plane exequendi poteſtas non omni judici, non pedaneo, ſed ſoli majori, & ei, qui dedit judicem, tributa fuit; pertinens quippe ad jurisdictionem, pedaneo judici haud datam. *l. a D. Pio. 15. ff. de re judicata.* dixi *tit. de jurisdict.* Primis Romæ incunabulis ex lege Romuli judicia penes ſenatum fuiſſe; dein lege Sempronia ab ordine ſenatorio ad equites fuiſſe translata; iterum poſtea per legem Serviliam ſenatorio ordini pariter & equeſtri communicata; variamque poſterioribus temporibus fuiſſe in his factam mutationem variis legibus rei Romanæ ſcriptores tradiderunt, quas leges compilatas vide apud Roſinum *antiquit. libr. 8. cap. 21.* Et olim quidem, tum in libera republica, tum ſub prioribus Imperatoribus, majores judices, velut prætor aliique ſimiles, juri dicundo præerant; ad eos fiebat in jus vocatio; apud eos editio; actionem dabant aut denegabant; dabant & judicem, ſeu, eum partibus addicebant ex judicum decuriis, olim tribus, ſed poſt ſub Caligula ad quinarium numerum auctis; qui in ſtricti quidem juris judiciis formulæ adſtrictus erat, niſi partes conſenſiſſent in id, ut a formula judex recederet, vel libellus petitionis poſt litem conteſtatam mutatus eſſet, ut alibi traditum: at in iudiciis bonæ fidei laxiorem habebat peteſtatem licentiamque recedendi a formula, propter additam formulæ clauſulam *ex bona fide* aut ſimilem. De hoc vetere iudicum dandorum more ac inſtituto qui plura cupit, videat Carolum Sigonium *de judiciis libr. 1. cap. 23. 24.* Rævardum *tract. de praejudiciis libr. 1. cap. 4. 5. 6. & ad leg. 12. tabul. cap. 7. circa fin.* Julium Polletum *hiſtoriae fori Romani libr. 1. 3. cap. 8. 9. 10. 11. 16. & libr. 5. cap. 5.* Roſinum *antiquit. Romanar. libr. 9. cap. 15. D.* Noodt *tract. de jurisdictione libr. 1. cap. 6. 7. 8. & 13.* Dabantur autem hi iudices potiſſimum, ſi facti quæſtio eſſet: nam iuris quæſtiones magis in decemvirali vel centumvirali iudicio fuiſſe diſceptatas, qui decemviri litibus iudicandis aut centumviri erant quaſi conſilium prætoris, obſervat probatque Jul. Polletus *de foro Romano libr. 5. cap. 5. fere in fine. D.* Noodt *tract. de jurisdict. libr. 1. cap. 9. fere in med.* De hoc vero iudicio centumvirali ac decemvirali

plura

plura tradiderunt ex professo Carolus Sigonius *de judiciis libr. 1. cap. 8. & cap. 28. in med.* Sibrandus Siccama *peculiari libello de judicio centumvirali.* Jul. Pollux *de foro Romano libr. 3. cap. 13. 14.* Rosinus *antiq. Roman. libr. 7. cap. 30. & libr. 9. cap. 15. in med.* D. Noodt *de jurisdictione libr. 1. cap. 12.* Sed posteriori iure abrogatus fuit ille iudicum pedaneorum dandorum mos, ipsique magistratus de causis, quarum iurisdictio ad eos pertinebat, judicare iussi, ex constitutione Diocletiani & Maximiani; nisi vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem, omnia cognoscere negotia impedirentur; quo casu adhuc iudicis dandi licentia iis reservata fuit; idque non de omnibus sed tantum de humilioribus causis. *l. 2. l. 3. C. de pedaneis judicib.* forte quinquaginta aureos, iure noviſſimo trecentos, haud excedentibus. *l. 1. C. de defensor. civit. novell. 15. cap. & agi apud 3. in fine.* ad quas etiam humiliores causas cognoscendas Imp. Julianus potestatem dedit præsidibus constituendi iudices pedaneos, improprie sic dictos, & ab antiquis pedaneis iudicibus ad singulas causas dari solitis distinctos; qui de hisce levioribus adiri poterant, ne expectato quidem aut adito provinciæ moderatore. *l. ult. C. de pedan. judic.* Zenonem Imperatorem deinceps certos unicuique prætorio judices definiisse Justinianus commemorat, *novell. 82. cap. 1. in pr.* ipse vero tandem duodecim constituit, quibus solis, & non aliis, causæ ad dijudicandum committendæ erant, si magistratus consuissent, eas aliis committendas esse; nisi maluissent consiliariis suis earum particulare examen demandare, ipsi deinde sententiam laturi. *nov. 82. cap. 1. 2.*

40. Admonendum tamen, fuisse quasdam antiquitus causas, quæ judicum pedaneorum excedebant potestatem, ac a prætore ipso & aliis judicibus majoribus expediendæ erant, nec habebant ordinarii juris executionem, puta controversiæ ac disceptationes extraordinariæ de honorariis advocatorum, medicorum, similiumque. *l. 1. & tot. tit. ff. de extraordinariis cognition.* fideicommissi persecutiones. Ulpianus *in fragment. tit. 25. §. fideicommissa 12.* in integrum restitutiones ex capite minorennitatis. *l. quod si minor. 24. §. ult. ff. de minor. 25. annis.* ultio injuriarum graviorum servis non in contumeliam domini illatarum. *l. item apud 15. §. si quis sic fecit 35. ff. de injuriis.* Causas liberales quod attinet; Constantini quidem Impe-

Imperatoris conſtitutione prætor de his in urbe cognoſcere juſſus eſt. *l. 1. C. de officio praetorum.* uti jam ante in provinciis Rectori provinciæ ea de ſtatus quæſtionibus judicandi neceſſitas a Diocletiano & Maximiano fuerat impoſita. *l. placet 2. C. de pedaneis judicib.* & utrumque a Juſtiniano confirmatum ſeu repetitum invenitur in *l. ult. C. ubi cauſa ſtatus agi debeat.* Olim tamen liberalem cauſam pedaneis quoque judicibus potuiſſe committi, colligi ex eo poteſt, quod plures ad eundem judicem dicuntur mittendi, quoties plures adverſus unum de ſtatu ejus contendendum putant. *l. cognitio §. §. ſi plures 1. l. ſi pariter 9. ff. de liberali cauſa.* quodque apud Suetonium, Plautum, Ciceronem, recuperatorii judicii, recuperatorum de liberali cauſa iudicantium, mentio eſt, ut pluribus docet Rævardus *libr. 3. variorum cap. ult.* Vinnius *ad princip. Inſt. de actionibus n. 6.* D. Noodt *tract. de jurisdict. lib. 1. cap. 9.* nec his contrarium eſt, quod Paulus *in l. nec diſtinguemus 32. §. de liberali. 7. ff. de receptis.* ſcripſit liberalem cauſam majores debere judices habere: (quibus me motum aliquando ſcripſiſſe memini, cauſas liberales non apud pedaneum ſed majorem judicem debuiſſe terminari) neque enim aliud voluit, quam quod arbitri compromiſſarii ad ſtatus quæſtionem dirimendam non potuerint eligi, ſed a judicibus autoritate publica conſtitutis ea debuerit diiudicari; quales iudices appellantur *majores* etiamſi pedanei ſint, in quantum cum arbitris compromiſſariis collati, iisdem maiores ſunt.

41. Sed de vetere iudiciorum apud Romanos ordine ac forma plus ſatis, quemadmodum nec pluribus exequi lubet, quis maioribus noſtris per Hollandiam vicinasque regiones placuerit litigandi cognoſcendique ordo, quave ratione per Aſingos alibi, alibi per Scabinos, iura fuerint experiuntibus reddita: enarrata iſtæc plenius ab Hugone Grotio *Manuduct. ad juriſprud. Holl. libr. 2. cap. 28. n. 5. & ſeqq.* ibique Groenewegen *in notis num. 6.*

42. Judex eſſe poteſt omnis, qui non eſt prohibitus, ſive paterfam. ſive filiusfam. quippe publicis in cauſis habitus pro patrefamilias. *l. cum praeter 12. §. ult. ff. h. t.* junctа *l. filiusfamilias 9. ff. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.* Nec impedimento erit, quod cæcus ſit, ſi modo de talibus diſceptetur, quæ ocularem haud deſiderant inſpectionem. *l. caecus 6. ff. h. t.* mulieres, infames, ſervos, impuberes, furioſos repelli, non ambigitur. *d. l.*

d. l. 12. §. non autem 2. ff. h. t. Et quamvis dilucida habens intervalla, tunc judicare poſſit, etſi litigantibus eo tempore, quo furor eum corripuerat, addictus ſit. *l. cum furioſus 39. ff. h. t.* tamen ſi datus fuerit ſanæ mentis exiſtens, conſultius fuerit, eum furere incipientem removeri. *l. judex datus 46. ff. h. t.* quia, ut Imp. ait, non eſt pene tempus, in quo hujusmodi vitium deſperetur, nec raro in dubium trahi poſſet judicii ſinceritas, dum in furoris ac ſanitatis confinio cum conſtitutum contendere poſſet is, qui ſequiorem contra ſe ſententiam excepit. arg. *l. cum aliis 6. C. de curatore furioſi.* Quin & minorem annis octodecim a judicandi munere leges excluſerunt: ea vero ætate major judex eſſe poteſt, ſi vel litigantes eum admiſerint, vel a Principe datus ſit. *l. quidam 57. ff. de re judicata.* junct. *l. diſputare 3. C. de crimine ſacrilegii.* Adde Lambertum Goris *poſt adverſaria ad l. 19. ff. de offic. praeſidis*, in verbis, *id enim non eſt conſtantis &c. num. 7. & ſeqq.* & quæ dixi *tit. de receptis qui arbitr. recep. num. 7.*

43. Denique minus idonei cenſendi, quotquot ex aliqua juſta cauſa litigantium alterutri ſuſpecti ſunt: allegata ſcilicet ac probata juſta cauſa ſpeciali, quæ judicem ſuſpectum reddit. Quæ cauſæ ſpecialis deſignatio, uti jure canonico ac noſtris moribus ad remotionem judicis impetrandam neceſſaria eſt. *cap. cum ſpeciali 61. extra, de appellation.* Zangerus *de exceptionib. part. 2. cap. 4. num. 18.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 33. num. 16.* ita etiam jure Romano tum antiquo, tum novo, eam fuiſſe requiſitam verius eſt, quicquid in contrarium anniti nonnullis placuerit; aliis quidem exiſtimantibus, olim non fuiſſe allegandas probandasque ſuſpicionis cauſas, jure novo id exigi: aliis contra, veteri quidem jure neceſſariam fuiſſe probationem cauſæ, ſed Juſtiniani lege id fuiſſe remiſſum. Donellus *comment. libr. 17. cap. 25.* Etenim, cum libello recuſationem comprehendi, judicique ſuſpecto porrigi, vel adito præſide in actis manifeſtam fieri, Juſtinianus præceperit, *l. apertiſſimi 16. l. ult. C h. t.* ac veteri quoque jure lege Cornelia injuriarum facta inveniatur enumeratio graduum cognationis affinitatisve, quibus quis litiganti alterutri junctus vetabatur judicare tanquam ſuſpectus, teſte Ulpiano *in l. lex Cornelia 5. ff. de injuriis.* ac legibus aliis aliæ peculiares ſuſpicionum cauſæ enarratæ ſint; non alio ſane hæc pertinere animadverto, quam quod excipienti de judice ſuſpecto docendum fuerit, ac jure novo exprimendum libello,

aut actis publicis, aliquam ex probatis in jure ſuſpicionis cauſis in eum cadere, quem tanquam ſuſpectum, a judicandi munere ea in lite cupiebat depulſum. Quod & haud obſcure Gajus innuit *in l. ſi pariter 9. ff. de liberali cauſa*, dum vult, eum, qui poſt litem, ab alio de libertate coeptam, de hominis ejusdem ſtatu contendere vult, ad eundem judicem mittendum eſſe, *niſi ſi juſtam cauſam adferat, quare ad eum mitti non debeat, forte ſi eum judicem inimicum ſibi eſſe contendat.* Et certe, ni ſpecialis cauſæ allegationem ac probationem excipienti imponamus, idque ſecundum vulgatam regulam, qua excipiens quaſi actor exceptionem probare debet, fateamur neceſſe eſt, impune ergo litiganti conceſſum fuiſſe, arbitratu ſuo calumniis judicem ſuſpectum proſcindere, cauſas fingere, & mendacia ſpargere ſine pœnæ timore. Cui accedit, quod leges Romanæ paſſæ non fuerunt, in iis, quæ contumelioſa videbantur, quemquam cum diſcrimine alienæ exiſtimationis vagari, ſed deſignare & certum ſpecialiter dicere juſſerunt; quod uti de injuriis traditum in *l. praetor edixit 7. ff. de injuriis*, ita & ad ſuſpicionem, adverſus judices publice probatos haud temere ac velut in vago jactandam, merito ab interpretibus translatum eſt. Parum movet illud apud Ciceronem pro Cluentio, quod majores non modo de exiſtimatione cujusquam, ſed ne pecuniaria quidem de re minima voluerunt eſſe judicem, niſi qui inter adverſarios conveniſſet; quodque in *l. ſi in judicis 80. ff. h. t.* Pomponius meminit judicis ex *conventione litigantium addicti.* Civiliter enim ea verba intelligenda puto, quod ſcilicet invito nemini judex ſuſpectus obtrudendus fuerit; dummodo juſta allegaretur ſuſpicionis cauſa; cum paria merito habeantur, non eſſe, & non apparere, ſeu non probari ſuſpectum. Eoque facit, quod ne in criminalibus quidem cauſis, ubi majus præjudicium vertitur, libera poteſtas competit reprobandi judices ſortitione lectos, ſed tantum certum ex iis numerum, inſtituta deinde in remotorum locum ſubſortitione: de quibus latius *tit. de publicis judiciis.*

44. Plures autem juſtæ ſuſpicionis cauſæ ſunt, veluti inimicitiæ inter judicem & actorem reumve. *d. l. ſi pariter 9. ff. de liberali cauſa.* arg. *l. non diſtinguemus 32. §. cum quidam 14. ff. de receptis qui arbitr. recep.* aut ſi iis ſimilis judici cum alio intercedat, necdum deciſa: in quantum vix eſt, ut non tale quisque jus tunc ſtatuat in alterum, quale in ſe, ſuaque in cauſa, ſtatutum

tutum optat. *cap. cauſam quae 18. extra, de judiciis. ibique DD.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 4. defin. 2. num. 3. in notis.* Idemque eſt, ſi ante delatum ſibi judicandi munus patrocinium præſtiterit actori reove eadem in lite, cum nec teſtis eſſe poſſit. *l. ult. ff. de teſtibus. leg. ult. C. de aſſeſſoribus.* Inſtructio Curiæ Brabant. *art. 25.* Non idem dicendum videtur, ſi non ipſe judex, ſed cognatus ejus alterutri litigantium adminiſter in ea lite fuiſſe probetur. Papon. *libr. 7. tit. 9. arreſt. 10.* imo nec, ſi filius ejus neposve eadem obierit in lite advocati partes: neque enim uſpiam illa in jure juſtis annumerata invenitur ſuſpicionis cauſis; neque etiam tantus cujusquam erga rem clientis ſui affectus præſumendus eſt, ut illius in gratiam cum diſpendio honoris ſollicitare velit parentem judicem ad ea, quæ viro bono indigna ſunt, & ejus religionem circumvenire. Merula *praxi lib. 4. tit. 40. cap. 4. num. 16.* Gratianus *diſcept. forenſ. cap. 100. num. 24.* Lambertus Goris *adverſar. tract. 3. part. 1. cap. 6.* diſſent. Maynardus *libr. 1. deciſ. 91.* Ant. Matthæus *de judiciis diſput. 7. num. 19.* Neque noſtri fori jure aliud ſtatuendum eſt. Quamvis enim inſtructione Curiæ Supremæ *art. 50.* cautum inveniam, ne ſenatores litium iſtarum discuſſioni deciſionique ſuperſtites ſint, quæ vel dominos vel vaſallos tangunt, quibus liberi aut fratres ſenatorum a publicis aut domeſticis ſunt miniſteriis, (*Officieren Huysdienaars*) quamvis etiam prohibitum fuerit inſtructione Curiæ Flandricæ *art. 43.* ne ei præparatorium litis concluſæ examen & relatio committatur, cujus filius aut gener, frater vel affinis, alterutri litigantium in judicio patrocinium præſtitit aut procurationem: non tamen hæc ſuperiorem evertunt ſententiam; cum arctius intercedat vinculum inter eos, quibus filius judicis ratione muneris collati aut miniſterii domeſtici ſubjectus eſt, quam quibus ut clientibus nudum in judicio accommodavit advocati officium: majus etiam periculum immineat ab eo, qui referento ſtatum litis & allegata probataque, cæteros judicaturos inſigni poteſt occupare præjudicio, quam quidem ab eo, qui cum pluribus aliis poſt relationem talem judicandi partes impleturus eſt. Qua ratione aliquando Senatui Pedemontano placuiſſe refert Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 4. defin. 3.* judicem ad privatum hoſpitium unius ex litigantibus ex itinere divertentem, hactenus quidem pro ſuſpecto potuiſſe haberi, ut ex eo tempore neque inſtructio neque relatio

litis ei demandari debuerit; judicandi tamen munere fungi idcirco non fuiſſe prohibendum.

45. Quid? quod urbani quoque judices ut ſuſpecti recuſari nequeant, ſi lis inter civitatem & civem, vel civitatem & peregrinum ſit. Cum enim id, quod univerſitati debetur, ſingulis non debeatur, nec quod univerſitas debet, ſinguli debeant. *l. ſicut 7. §. 1. ff. quod cujusque univerſit. nomine.* apparet, eos non in ſua, ſed prorſus aliena, publica nempe civitatis cauſa, judicare. Neoſtadius *Curiæ ſupr. deciſ. 126.* Eodemque fundamento ſancitum ab Hollandiæ Ordinibus 23. Maii anno 1607. ſupremæ curiæ ſenatores idoneos in cauſis Societatis Indicæ judices eſſe, nec ſe excuſare, nec ut ſuſpectos a Societatis adverſario argui poſſe ex eo, quod vel ipſi vel propinqui eorum in aliquam venerint ſocietatis iſtius partem: cum nec hic, quod ſocietati debetur, ſingulis ſingulatim debitum ſit, nec ſocietatis negotia ſocii ſinguli, ſed publica conſtituti auctoritate curatores tractent; nec denique ſocietas iſta, ut privata, ſed magis ut univerſitas quædam publica, cui cum mercatoribus magiſtratus quoque delegati præſunt, conſideranda ſit. Reſp. Jurisconſ. Holl. *part. 3. vol. 1. in appendice deciſionum pag. mihi 17. in med.* Van Alphen *part. 1. in formulario cap. 50. circa fin.* Alioquin ſocium in cauſa, quæ ei cum actore reove communis eſt, judicem eſſe non poſſe, manifeſtum eſt, eo quod communis cauſa etiam propria eſt. arg. *l. 1. §. in propria 11. ff. quando appell. & intra quae tempora.*

46. Suſpectus tamen jure Romano antiquo fuit judex ille, quem pars altera nominatim petierat. Judicem enim a prætore per litigantes peti, moris erat; certum etiam ac deſignatum judicem ab utroque litigantium ſimul peti, non fuit inhibitum. *l. ſi in judiciis 80. ff. h. t.* at ab uno litigante certum nominatim peti, iniqui credebatur exempli eſſe, niſi hoc ſpecialiter a Principe, ad verecundiam petiti judicis reſpiciente, permitteretur. *l. obſervandum 47. ff. h. t.* Adde Jul. Polletum *de foro Romano libr. 5. cap. 5. in fine.* Nec dubium, quin ut ſuſpectus declinari poſſit, qui damnum ex ea lite metuit, lucrumve ſperat, ne ſuæ rei judex ſit. *l. Julianus 17. ff. h. t.* quive litigantium alterutri nimis propinquo ſanguinis aut affinitatis vinculo conjunctus eſt: nam uti ſibi, ita & ſuis, puta uxori, liberis, domeſticis, jus dicere quisque prohibitus eſt. *l. qui jurisdictioni 10. ff. de jurisdict.* cautumque fuit lege Cornelia injuriarum, ne judicet,

judicet, qui ei, qui agit, gener, ſocer, vitricus, privignus, ſobrinusve eſt, propiusve eorum quemquam ex cognatione affinitatéve attingit. *l. lex Cornelia 5. ff. de injuriis.* quod & Curiæ Hollandiæ placuiſſe anno 1586. 24. Februarii, notat compilator deciſionum, *poſt reſp. JCtor. Holland. parte 3. vol. 1. in appendice pag. 7. in fine.* Sed poſtea haud contenti Hollandiæ Ordines remotione eorum, qui quarto ſanguinis affinitatisve gradu ſunt, ad ſextum usque gradum prohibitionem produxerunt, ſic ut & ſexto in gradu poſitus a judicando abſtinere juſſus ſit, niſi uterque litigantium pari ſanguinis aut affinitatis gradu judici junctus ſit; quo caſu par affectionis ratio pellit præſumtionem fraudis. arg. *l. non ſolum 67. §. 1. ff. de ritu nuptiar.* obſervante id Grœnewegio *ad l. 10. ff. de jurisdict.* & auctore *d. appendicis deciſionum pag. 50.* Idemque cautum fuit Inſtructione Curiæ Flandricæ *art. 6.* Quinimo ad decimum usque gradum cognationis prohibitio extenſa fuit, quoties judex ſucceſſionem ab inteſtato ſperat, dum nullus alius gradu propiore litiganti junctus invenitur. *decreto ordin. Holland. 23. Maii 1602.* Grœnewegen *ad d. l. 10.* Van Alphen *in formulario part. 1. cap. 50.* Adhæc arctiſſime culta inter judicem alterumque litigantium amicitia atque familiaritas juſtam ſuſpicionis cauſam præbet. *cap. inſinuante 25. extra, de offic. & poteſtate judicis deleg.* qualis cenſeri debet & ea, quæ ex convictu atque cohabitatione quotidiana inter commenſales intercedere conſuevit. Lambertus Goris *ad l. 19. ff. de offic. praeſidis*, ad verba, *ne praeſides provinciarum &c. num. 6.* Quamvis de cætero frivolis ineptisque ſuſpicionum cauſis, quas ſubinde vel calumnioſe vel temere opponi contingit, haud indulgendum ſit; cum credendum videatur, illos, qui ob ſingularem induſtriam & gravitatem, explorata juratáque fide obſtricti, ad judicandi munus evecti ſunt, non ita facile levibusque de cauſis a recto deviaturos juſtitiæ tramite, ac contra animi ſui religionem ſententiam dicturos. Cui conſequens eſt, ut non repellatur judex ex eo ſolo, quod apud alterutrum forte litigantium invitatus cœnaverit pendente lite; quod conterraneus, quod ſpirituali cognatione junctus, quodve durus, aut ſevcrus, aut verbis acrioribus in alterutrum invectus; quod familiaris illius, qui litigantis inimicus eſt; quod litigans judicis, litem aliam foventis, advocatus aut procurator ſit, aut emphyteuſin ab eo, vel ædes fundumve conductum habeat, ſi de ipſo rerum illarum uſu controverſia non ſit; quæque

ſunt alia hujus generis plura, apud viros graves flocci facienda. Ant. Faber *Cod. libr. 3 tit. 4. defin. 1. 3. 4. 9.* Lambertus Goris *d. loco.* Ant. Matthæus *de judiciis diſput. 7. num. 17. 18.* Nec diſtinguendum puto ex jurisprudentiæ Romanæ principiis inter majores ac minores judices, quaſi ſoli minores removendi forent, juſta probata ſuſpicionis cauſa, majoribus vero tantum eſſet adjungendus episcopus; neque enim ea novellæ 86. cap. 2. ſententia eſt; ſed magis ibi quoddam in gratiam litigantium beneficium inductum fuit, ut ſcilicet additus judici ſuſpecto epiſcopus ſimul cum eo ſententiam ferat, *ut non cogantur ſubjecti propter hujusmodi cauſas a propria patria recedere. d. nov. 86. cap. 2. & 6.* Si ergo ne ſic quidem ſibi ſecuritatem ſatis partam arbitretur, qui judicem ſuſpectum dixit, dum forte nec episcopus, judici adjungendus, extra ſuſpicionem eſt, prohibendus utique non fuerit alios adire aut a Principe petere non ſuſpectos, jurique pro ſe introducto renunciare. arg. *d. cap. 2. & 6.* unde & *in novell. 96. cap. 2.* proponitur licentia conceſſa *refutandi glorioſiſſimum judicem, & alium merendi*, apud quem conventionis pariter ac reconventionis lis exerceatur.

47. Quia vero nunc paſſim invaluit, non unum ſolum judicare, ſed a toto collegio conſtitutorum publice judicum lites decidi, ſic ut, non niſi præſente certo eorum numero, ſententia lata valeat, veluti ſeptenario in Curia ſuprema, ac Academico noſtro conſeſſu juridico. *Inſtruct. Curiae ſupr. art. 1. Reglement op de Reviſien van d' Univerſiteyt van Leyden anno 1656. 6. Octobris, art. 2. 3.* quinario in Curia Ultrajectina ac Flandrica. *Inſtr. Cur. Ultraj. tit. 1. art. 5. Flandricae art. 28.* alibi alio, pro vario fori cujusque uſu vel lege; vix eſt, ut hodie adverſus univerſum illud judicum collegium tanquam ſuſpectum excipiatur; non magis, quam apud Romanos ſuſpectum argui potuit totum centumvirale aut decemvirale judicium, aut totæ decuriæ, ex quibus pedaneos dari judices moris erat; ſed magis ſinguli, in quos peculiaris cadere creditur ſuſpicionis cauſa, judicis ſuſpecti exceptione reprobandi ſunt. Idemque eſt, ſi qui ad cauſam certam delegati ſuſpicione laborent. Andr. Gayl *libr. 1. obſerv. 33. n. 2. 3.* Chriſtinæus *vol. 2. deciſ. 148. num. 15.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. conſil. 63. num. 12.* atque tunc reliquos ejusdem judicii collegas de cauſis ſuſpicionis judicare juſtum eſt; cum ipſi in eo definiendo nulla poſſint videri ratione ſuſpecti; uti poſt Chriſtinæum *vol. 5. deciſ. 181. in fine.* tradit Grœne-

Grœnewegen *ad l. 16. C. h. t.* usque adeo, ut, pluribus ejusdem tribunalis judicibus ſuſpicionis inſimulatis, non prohibeantur hi ipſi ſuſpecti mutuas objectæ in ſingulos ſuſpicionis cauſas discutere, deque iis ſententiam dicere, quamdiu ipſi remoti non ſunt, dummodo abſit is, de quo removendo diſceptatio inſtituitur: quia non eædem ſed diverſæ in ſingulis plerumque ſunt aut eſſe ſaltem poſſunt ſuſpicandi cauſæ; &, ſi maxime eædem objiciantur, non tamen eadem ſinguli habent adverſus objecta defenſiones. Ant Faber *Cod. libr. 3. tit. 4. d fin. 2* Quo poſito, vix eſt, ut aſſentiamur Grœnewegio aliisque ab eo allegatis *ad d. l. 16. C. h. t. in fine*, exiſtimantibus, eo caſu, quo plures ſuſpecti dicuntur, recuſationis cognitionem ad judices ſuperiores ſpectare, aut alios non ſuſpectis collegis adjungendos eſſe, per quos definiatur, utrum adductæ ſuſpicionis cauſæ ad rem tionem ſufficiant, nec ne. Vix quoque, ut juris Canonici probemus diſpoſitionem, ſecundum quam arbitri compromiſſo partium, aut judicis ac partis, fuerunt eligendi, qui de ſuſpicionis cauſa cognoſcerent, *cap. cum ſpeciali 61. extra, de appellation.* Quorſum enim ad arbitros remiſſio, ubi judex idoneus eſt, qui ſua poteſt jurisdictione eam ſuſpicionis litem componere ac definire? Si tamen non ſinguli judices, ſed univerſum judicum collegium ea forte commiſerit, quæ juſtiſſimum alteri litigantium metum incutiunt ac ſuſpicionem generant, fore, ut contra, quam juſtitiæ ratio animique integri religio jubet, judicaturi ſint, cauſam non video, cur non eo caſu totum collegium judicum, expoſitis apud judicem ſuperiorem Principemve cauſis, ut ſuſpectum declinari poſſet. Vide Menochium *de arbitrar. jud. libr. 2. cent. 5. caſu 458.* Boerium *deciſ. 269.* Gregorium Tholoſanum *ſyntagm. juris civilis libr. 49. cap. 3. n. 24.* Zangerum *de exception. part. 2. cap. 4. n. 15. & ſeqq.*

48. Opponenda autem judicis ſuſpecti exceptio ante litem conteſtatam. *l. apertiſſimi 16. C. h. t. cap. inter monaſterium 20. extra, de ſentent. & re judic.* niſi cauſa ſuſpicionis per ignorantiam non ſupinam neque affectatam latuerit litigantem, ac lite demum pendente innoteſcat; cum ignorantia facti probabilis, etiam in prudentiſſimum quemque cadere valens, veniam mereatur, nec erranti nocere debeat. arg. *l. 2. 6. 9. & tot. tit. ff. de juris & facti ignorantia.* vel niſi demum poſt litem conteſtatam naſcatur & emergat ratio ſuſpicionis; dum forte alter ex litigantibus judicem ex aſſe vel ex parte ſcripſit heredem. *l. Ju-*

lianus 17. ff. h. t. cap. insinuante 25. extra, de offic. & pot. jud. deleg. arg. *l. non distinguemus 32. §. cum quidam 14. ff. de receptis.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 4. defin. 7.* Ant. Matthæus *de judiciis disp. 7. n. 14.* Zangerus *de exception. part. 2. cap. 4. num. 5.*

49. Officium judicis est, lites dirimere, audita utraque parte, auditis illis quorum interest, omnibusque observatis, quæ vel nobilis vel mercenarii officii ratio exigit. Mercenarium DD. appellant, quod actioni propositæ inhæret, & subservit, ac in cognitione usque ad sententiam præcipue consistit; quod officii genus ad antiquam judicum pedaneorum notionem proxime accedit. Nobile, quod nudæ notionis terminos egreditur, quo potissimum pertinent ea, quæ ad jurisdictionem & jus dicentis officium a Romanis legibus reducuntur, quorumque intuitu latissimum dicebatur esse jus dicentis officium in *l. 1. ff. de jurisdict.* Utrumque regulariter judex demum rogatus impertitur, arg. *l. dies 4. §. hoc autem 8. ff. de damno infecto.* quandoque tamen & non rogatus; sed frequentius in iis, quæ nobili, quam quæ mercenario officio adscribi solent. Etenim nobilis officii vi etiam sponte ea expedit, quæ ad publicam respiciunt utilitatem; in sceleratos inquirit, provinciam malis purgat hominibus, tutores fama publica fraudis insimulatos sine accusatione a tutela repellit, si ipsi ex apertissimis liqueat rerum argumentis, eos suspectos esse, quæque id genus alia plura sunt. *l. tutor 3. §. praeterea 4. ff. de suspect. tut. l. congruit 13. ff. de offic. praesidis.* Mercenarii officii intuitu judex non interpellatus concedere aut exigere aut jubere potest ea omnia, quæ in sua ipsius persona præcipue radicem agunt; veluti repudiare libellum male conceptum, exigere a litigantibus jusjurandum calumniæ, pronunciare de non petitis, quæ post litem coeptam emergunt. Lambertus Goris *ad l. 19. ff. de officio praesidis*, ad verba, *ut in adeundo quidem, n. 6. 7. 8.* Gothofredus *in not. ad d. l. 4. §. 8. ff. de damno infecto.* Socinus *Regul. Juris 245.* Parens p. mem. Paulus Voet. *ad princip. Instit. de offic. judicis n. 3.* Cæterum ea, quæ sui origine a litigantibus procedunt, nullo modo ab eo non interpellato fieri possunt; adeoque nec exceptionum non oppositarum, nec testium non productorum, ratio habenda in sententiis ferendis: nisi quod in causis criminalibus hodierno jure incumbit, judicibus sic instituere testium examina, ut non modo inquirant in criminis quali-

qualitates & circumſtantias reum gravantes, ſed & in eas, quæ ad ejus innocentiam comprobandam videri poſſunt pertinere; ſive rei præſentes ac carceri mancipati ſint, ſive abſentes profugique. *Ordonnant op de ſtyl van Procederen in criminele ſaken van Kon. Philip. 7. Jul. 1570. artic. 57.* His conſequens eſt, judicem ea, quæ facti ſunt, ſupplere non poſſe, ſi a partibus non allegentur, niſi notoria prorſus ſint ex inſtrumentis illis, quæ probationis ergo in judicio prolata ſunt: ne alioquin ſupplendo ea, quæ dubii facti ſunt, non tam judicis quam advocati partibus videatur fungi, & patrocinari potius quam judicare. Ant. Faber *Cod. libr. 2. tit. 7. defin. 1.* Perezius *ad tit. Cod. ut, quae deſunt advoc. partium, ijud. ſuppleat.* Aulus Gellius *Noct. Attic. lib. 14. cap. 2.* Si tamen omiſſa cauſam relinquant obſcuriorem, ac difficiliorem ejus determinationem, poteſt judex per ſententiam interlocutoriam monere litigantes, ut plenius inſtruant litem pendentem; nec eſt, quod eapropter quisquam eos habuerit jure ſuſpectos. Buſius *de offic. judicis cap. 4. num. 34. & ſeqq.* Quodſi a partibus eorumve patronis prætermiſſa fuerunt quæ juris ſunt, recte ea judex ſuppleverit; utpote quæ apud judicem allegari ſolita, tamen & non allegata oportet ei nota eſſe; ſic ut & jurium certorum, utut non allegatorum, rationem habere in judicando teneatur. *tit. Cod. ut quae deſunt advocatis partium judex ſuppleat.* ibique DD. Neoſtadius *Curiae Holl. deciſ. 1.* verſ. *de gedaagde.* Qua ratione nihil vetat, quo minus judex conſuetudinem quoque, quanquam non allegatam, in lite finienda ſequatur, ſi modo inveterato uſu jus tale inductum conſtet. arg. *pr. Inſtit. de offic. judicis. l. 1. l. 3. C. quae ſit longa conſuetudo.* Lambert. Goris *adverſar. tract. 3. part. 1. cap. 12. num. 25.* Vel etiam ex cauſis juſtis ſuſpectum habeat inſtrumentum exhibitum, etſi adverſarius nullam ei oppoſuerit inſtrumenti ſuſpecti exceptionem. Neoſtadius *ſupr. Cur. deciſ. 66.* verſ. *in quo.* Appellationem quoque declaret deſertam, parte licet adverſa nec allegante nec petente; in quantum, appellatione deſerta, confirmata eſt ipſo jure judicis inferioris ſententia, quæ per deſertam appellationem non ultra poteſt ſuſpenſa dici. *Clementina ſi appellationem 6. de appellationib.* Mynſingerus *cent. 2. obſerv. 59.* Sed & exceptionum, quæ meri juris ſunt, neglectarum perinde judex rationem habere debet, ac ſi a parte objectæ eſſent; ſi modo ita facta in judicio commemorata fuerint, vel inſtrumenta talia producta, ut ex iis exceptiones ſponte reſultent.

ſultent. Par'adorius *rer. quotidianar. lib. 2. cap. 10. n. 8. 9. 10.* Ant. Faber *Cod. libr. 2. tit. 7. defin. 2.* Cancerius *variar. reſolut. part. 1. cap. 18. n. 20. 21. 22. 23.* Zangerus *de exceptionibus part. 3. cap. ult. n. 15 & ſeqq.* Quid enim, ſi ex allegatis conſtet, filiumfamilias fuiſſe teſtatorem, ex cujus teſtamento actio movetur? certe cum juris manifeſti ſit, invalidum præcipue teſtamentum eſſe, ſi is, qui teſtamentum fecit, caruerit teſtamenti factione. *l. ſi quaeramus 4. ff. qui teſtam. facere poſſunt*, iniquus plane judex fuerit, ſi ſciens iſta actori adjudicaverit, quæ nullo fuerant jure petita. Anton. Faber *Cod. d. libr. 2. tit. 7. defin. 2.* Idemque juris eſt, ſi non fuerit a reo convento objecta actori agenti præſcriptio actionis, qua convenitur, quoties ex allegatis indubium eſt, elapſa eſſe tempora actioni tali movendæ præfinita. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 46. num. 7.* Zangerus *de exception. part. 3. cap. ult. n. 20.* Mynſingerus *centur. 3 obſerv. 28.* Chriſtinæus *ad leg. Mechlinienſ. tit. 12. art. 9. n. 6.* Joh. a Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 7. defin. 3.* Carpzovius *definit. forenſ. part. 1. conſtit. 25. defin. 1. 2. 3.* nec aliud ſtatuendum in exceptione diviſionis, quæ & ipſa ut eri juris eſt, ab Hadriano conceſſa, adeoque ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſoris in judicium deducitur; hoc ſcilicet ipſo ei competens, quod fidejuſſor eſt, ut ait Vinnius *quaeſt. ſelect. libr. 2. cap. 40 poſt med.* quoties creditor non probat, abſentem aut inopem eſſe confidejuſſorem. Ant. Faber *C. libr. 8. tit. 28. defin. 35.* Neque rationem animadverto, cur aliud dicendum foret de ordinis ſeu excuſſionis exceptione, quoties ex inſtrumento fidejuſſionis, ex quo creditor agit, ſimplex fidejuſſio ſine ulla beneficiorum renunciatione interpoſita deprehenditur, nec actoris reive conditio aut ipſius debiti natura hoc beneficium de jure excludit. Si enim exceptionum illarum, quæ inſunt actioni, (veluti quæ naſcuntur ex pacto contractui in continenti adjecto) ratio habenda ſit in judicando, licet objectæ non ſint, uti id frequentiori in erpretum calculo comprobatum eſſe, docet Cancerius *var. reſolut. part. 1. cap. 18. num. 22.* habenda quoque eſt ratio exceptionis ordinis, quippe quæ poſt inductum hoc beneficium perinde fidejuſſioni ineſt ex juris diſpoſitione, ac ſi pacto expreſſo id actum eſſet, ne fidejuſſor ante principalem excuteretur. Sane ſi fidejuſſionem non ex ſcriptura, ſed vel teſtium depoſitione, vel ex confeſſione ipſius fidejuſſoris, in judicio probatam concipiamus, vix eſt, ut tunc judex

dex jure jubeat, prius principalem excuti, ordinis beneficio per reum non allegato; eo quod tunc non adeo ex probationibus adductis judex certus esse potest, beneficio isti non fuisse renunciatum; dum non omnes rei gestæ circumstantias rogati testes, reive in jus vocati, sua vel confessione complecti solent vel depositione. Ac de hoc casu accipiendos puto interpretes, quibus placuit, hujus exceptionis omissionem haud posse judicantium officio suppleri, inter quos est Andr. Gayl *libr. 2. observ. 27. n. 2. 3. 4. 5.* Ant. Faber *Cod. libr. 8. tit. 28. defin. 35. n. 8. & seqq.* Sande *decis. Frisic. libr. 1. tit. 7. defin. 2.* Quicquid fuerit, minore saltem præjudicio hanc nostram premit sententiam, quod ab Ant. Fabro d. loco adducitur, fidejussorem forte, si præsens in judicio foret, nolle tali beneficio juvari, quin & consulto potuisse prætermittere, ut citius a litis molestia sumtuque prolixiore liberetur. Esto enim, quod ea forte fuerit fidejussoris conventi sententia, quia tamen ea hactenus judici ignota est, notum autem, talem fidejussori exceptionem competere de jure, incerta illa fidejussoris mens atque intentio, quæ facti est, non impedit, quominus interim suppleat judex ea, quæ juris sunt, donec reus manifestaverit, se isto nolle beneficio uti. Nam & in aliis omnibus, quæ, tanquam meri juris, a judice suppleri posse & debere inter omnes constat, idem evenire potest, ut reus consulto jurium prætermiserit allegationes, aut consuetudinis indubiæ mentionem, dum causam suo donare vult adversario, atque ita pugnare, tanquam qui victoriam referre reformidat: neque tamen ideo vel leges vel interpretes judici denegarunt in hisce potestatem supplendi ea, quæ advocatis partium videbantur deesse. Alia de supplendis aut non supplendis iis, quæ desunt partibus, vide a me tractata in *tit. de edendo num. 13.*

50. De cætero necesse est, ut judex caveat, ne per minorem causam majori cognitioni præjudicium fiat, cum major quæstio causam minorem ad se trahat. *l. per minorem 54. ff. h. t.* Vide Rævardum *de praejudiciis libr. 2. cap. 7.* Sed & in judicando rationem habeat allegatorum probatorumque, ac secundum ea sententiam ferat. *l. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de offic. praesidis.* simul tamen secundum conscientiam; quæ si allegatis probatisque contraria sit, vetus jam olim, teste Gellio *Noct. Attic. libr. 14. cap. 2.* disputatio fuit, oporteatne secundum ea, quæ comperta habet, an secundum ea, quæ aguntur, judicare.

Etenim

Etenim improbus utique fuerit, si secundum allegata judicans, absolveret eum, quem sciebat nocentem aut debitorem esse, vel condemnaret, quem insontem esse, nihilve adversario debere, privatim certus est. Contra quoque iniquus ac legum, juxta probata judicari volentium, contemtor dicendus, si, spretis allegatis probatisque, sequeretur in lite definienda propriam scientiam; nec dubium, quin ita ingens porta malitiis aperienda foret, dum aliquando, quo magis selecti judicis arca patet, eo magis a simulatis Curiis, Catonibus, Aristidibus, conscientiæ venalis obtentu plus licitantibus lis addiceretur. Non aliud proinde in tali allegatorum ac scientiæ privatæ pugna supereſt, quam ut deponat judicis officium, jurato asserens, sibi de causa non liquere, ac veritatis detegendæ gratia testis partes assumat. arg. *l. Pomponius 36. ff. de re judicat. l. omnes 12. §. 1. C. h. t.* Gellius sane, cum judex a prætore datus, debitum certo consideret, quod tamen debitum haud probabatur, judicatu illo solutum se fuisse commemorat, jurando, sibi non liquere, *libr. 14. cap. 2. in fine.* Confer Covarruviam *var. resol. libr. 1. cap. 1.* Bulium *de offic. judicis cap. 4. n. 39. & seqq.* Corasium *miscell. lib. 4. cap. 20.* Bronchorst *enant. cent. 1. assert. 14.*

51. Nec minus secundum id, quod legibus, & moribus, & constitutionibus est proditum, ac secundum omnem æquitatem judices judicare fas est: neque enim ei, qui judicandi munere fungitur, quodcunque libuerit, licet in causa litigiosa statuere, nec suo definire arbitratu cerebrino, sed legem, æquitatem, religionem simul in consilium adhibere convenit ac sequi. *pr. Instit. de offic. judic. novell. 8. in fine.* quapropter & olim judices, antequam judicarent, in leges jurabant: de qua jurandi solennitate vide Rævardum *5. varior. cap. 8.* Nec est, quod distinctio adhibeatur inter judices majores minoresque; quam licet præ se ferat *auth. hodie C. h. t.* refellitur tamen ex *d. novell. 8. cap. 12. in fine. & cap. ult. in fine. novell. 24. cap. 2. & novell. 82. cap. 13.* in quantum omnibus, etiam summis judicibus, præcipitur ex legum dictamine judicia proferre. Etsi inficias haud sit eundum, quin æquitatem stricto juri teneantur in judicando præferre. Qua de quæstione latius actum *tit. de justitia & jure n. 6.* Quia vero regionum, civitatum, vicorum varia, imo contraria sæpe jura sunt, observandum est, quantum quidem ad ordinem judicii formamque attinet, judicem nullius alterius sed sui tantum fori leges sequi: sed in litis

ipsius

ipſius definitione, ſi de ſolennibus contractus, teſtamenti vel negotii alterius quæſtio ſit, validum pronunciare debet ac ſolenne negotium, quoties adhibita invenit ſolennia loci, in quo illud geſtum eſt, licet aliæ, aut majores in loco judicii ad talem actum ſolennitatis requiſitæ eſſent. Si de ſucceſſionum jure, ſecundum leges loci, in quo res unaquæque ſita eſt, aut eſſe fingitur: convenienter generalibus juris fundamentis in materia ſtatutorum a me adſtructis in *tit. de conſtitut. principum.* Adde Joh. a Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 12. defin. 5. in med.* Lamb. Goris *adverſ. tract. 1. cap. 6. n. 2.* Mynſingerum *cent. 4. obſervat. 82.* Ant. Fabrum *Cod. libr. 3. tit. 1. defin. 22.* Paulum Voet *de ſtatutis ſect. 10. n. 6. nader proviſioneel accoord tuſſchen Holland en Zeeland 11. Julii 1674. art. 30.* Sed & neceſſe, ut in cauſarum definitionibus rationem habeant legum illarum, quæ negotii geſti tempore latæ erant, non vero earum, quæ poſtea demum fuerunt conditæ; eo quod leges futuris ſolent formam dare negotiis, nec ad præterita trahi, niſi id nominatim cautum ſit, ut dictum *tit. de legibus n 17.* Quinimo, ſi lite ſecundum legem antiquam definita ac appellatione interpoſita, legem deinde novam pendente appellatione promulgari contigerit, quam legiſſator ad præteritos quoque caſus juſſit trahi, ne tum quidem appellationis judex ſecundum novum, at omnino juxta veteris juris præſcriptum judicare obſtrictus eſt: neque enim aliæ judicis, ad quem provocatum, partes ſunt, quam ut examinet definiatque, utrum inferior judex recte an perperam ſententia ſua motæ apud ſe controverſiæ finem fecerit, & ſi perperam judicatum animadvertat, ſtatuat id, quod in prima inſtantia fuiſſet ſtatuendum. *novell. 115. cap. 1.* Zoeſius *ad Pand. tit. de legibus n. 45. in fine.* Gudelinus *de jure noviſſ. lib. 5. cap. 2.* verſu, *praedictae, in med.* Paulus Voet *de ſtatutis ſect. 8. cap. 1. n. 3. p. 289. 290.*

52. Superioribus, quod nempe ſecundum leges judicandum ſit, conſequens eſt, nullum in judiciis admittendum eſſe *caſum pro amico*, ut dici ſolet, quaſi in cauſis dubiis admodum ac ancipitibus poteſtas judici eſſet adjudicandi litem ei ex collitigantibus, qui amicitiæ vinculo judicem contingit. Contra etenim, ſi quid ambigui occurrere contingat, vel jusjurandum a judice litigantium alterutri tunc deferendum erit. *l. admonendi 31. ff. de jurejurando.* Vel reorum, vel libertatis, vel dotis, vel cauſæ alterius cujuſcunque favor, legibus inductus ac pro-

probatus, aliæque circumſtantiæ potiorem facient ac victorem alterutrum litigantium. *l. inter pares 38. pr. & §. 1. ff. de re judic. l. in ambiguis 70. ff. de jure dot. l. ſemper in obſcuris 9. ff. de reg. juris.* Adde plura de non admittendis caſibus *pro amico.* tradita, in *de Bataviſche Arcadia in notis, pag. mihi 810. & ſeqq.*

53. Ne autem lites immortales eſſent, dum litigantes mortales ſunt, Romanis placuit certa legibus præfinire tempora, intra quæ lites judiciali finirentur determinatione. Etenim criminalibus quidem cauſis finiendis anni ſpatium ante Juſtiniani tempora fuiſſe præſtitutum, patet ex *l. 1. 2. C. Theodoſ. ut intra annum crimin. quæſt. terminetur. l. reus 7. ff. de muner. & honor.* cujus contrarium non recte evincitur ex *l. in Senatuſconſultum 15. §. qui poſt. 5. ff. ad Senatuſc. Turpillian.* quippe quam interpolatam fuiſſe a Triboniano in verbis *vel biennio*, a Viris doctis jam obſervatum. Gothofred. *ad d. l. 15. §. 5.* Wiſſenbach *ad l. 13. C. h. t. in pr.* Civilibus olim nullum temporis ſpatium invenitur propoſitum, non certe anni, neque triennii, uti perperam cenſuere Raguellus, atque Rævardus 4. *varior. cap. 14.* ille quidem in errorem inductus per verſum Juvenalis non recte intellectum; hic vero, corrupto Sidonii Apollinaris loco, in quo triennium pro tricennio poſitum fuiſſe, ſequentia ejusdem autoris verba ſatis evincunt, obſervante hæc Wiſſenbachio *ad d. l. 13. §. 2. C. h. t.* Sed Juſtinianus noviſſime litibus finiendis præſcripſit biennium in criminalibus, in civilibus triennium a lite conteſtata. *l. ult. C. ut intra cert. temp. crimin. quaeſtio terminetur. l. properandum 13. §. cenſemus 1. C. h. t.* coërcendis varie majoribus minoribusve judicibus, actoribus, reis, cauſarum patronis, procuratoribus, tutoribus, curatoribus, per quos ſteterit, quo minus intra tempus legitimum lis decucurrerit. *d. l. 13. paſſim. C. h. t.* de quibus vide latius Ant. Matthæum *de judiciis diſp. 5. n. 19. & ſeqq.* Wiſſenb. & Brunnemannum *in Cod. ad d. l. 13.* Ratio diverſitatis inter civilia & criminalia judicia eſt, quod brevius tempus deſideret gravis miſerque reorum, quin & accuſatorum ſtatus, qui non eſt ſine ſquallore, & luctu; dum & cuſtodiæ ſimilitudinem ſubit uterque, & vel reo convicto, vel accuſatori calumnianti ex inſcriptione ſupplicium par imminet. *l. ult. C. de accuſation.* atque adeo utrumque triſtis urget pœnæ exſpectatio, quæ ipſa ſæpe pœna moleſtior eſt; urget carceris horror ſquallorque, cui eos vel feſtinata abſolutione vel veloci ſupplicio ſub-

subduci, rationis erat, ne carcer ad puniendos magis, quam ad continendos homines videretur adinventus. *l. de his 5. C. de custod. reorum.* junct. *l. aut damnum 8. §. solent 9. ff. de poenis.* cui accedit, quod obscuriores sæpe sunt causæ civiles, aut certe intricatiores, magisque involutæ, quam ut tam brevi possent extricari; maxime si in familiæ erciscundæ, vel tutelæ judicio, aliisque similibus generalibus versemur. Cujacius *libr. 17. observ. 23.* Nec moribus nostris ab illo biennio, causis criminalibus terminandis præfinito, receſſum est; usque adeo, ut & cautum inveniatur, rarissime, ac non nisi in causis maxime arduis, litem criminalem in biennium trahendam esse, ne rei tædio carceris & squallore nimis premantur. *Ordonnantie op de criminele justitie 6. Julii 1570. art. 30. & 31. vol. 2. placitor. Holland. pag.* 1021. *& ordonn. op. de stijl van procederen in criminele saken 9. Julii* 1570. *art. 71. d. vol. 2. p.* 1060.

54. Remanserunt tamen ex jurium anteriorum dispositione causæ quædam, quas vel publica utilitas, vel personarum quarumdam favor, effecit tempore breviori terminari, nec d. legis 13. sanctioni subjacere; sic enim ipsa illa lex in § 1. causas fiscales, & eas, quæ ad publicas pertinent functiones, excepit; quarum illæ quidem intra sex menses fuerunt absolvendæ. *l. ult. C. de jure fisci.* hæ vero intra tres. *l. generali 54. C. de decurion.* adhæc causæ excusationum a tutela intra menses quatuor a nominatione. *l. quinquaginta 38. ff de excusat. tutor.* naufragiorum ac naufragorum lites anno, si levato velo cognoscerentur; biennio, si ordinario jure. *l. si quis navicularius 2 l. de submersis 5. C. de naufragiis.* denique jure novissimo crimina adversus clericos intentata bimestri spatio; ne, ut Justinianus ait, propter hujusmodi causas sacris amoveantur obsequiis, &, cum oporteat Deum placari, & decentia sacerdotibus agi, auditoriis detineantur, & litigantium tumultu turbisque. *novell. 83. in praefat. & cap.* 1.

55. An autem triennii hujus lapsus totam causam perimat, an vero solam litis instantiam, dubium est. Multis placere video, solam litis instantiam triennio perimi; causam ipsam in judicium deductam totis quadraginta annis durare, *ex l. ult. C. de praescript. 30. vel quadrag. annor.* quod tamen alii in civilibus tantum admittunt; in criminalibus biennii lapsu interveniente, nullo prorsus modo litem eam, tanquam intermortuam, resuscitari patiuntur. Cujacius *libr. 9. observ. 22.*

in

in fine. Mynſingerus *cent. 3. obſerv. 50.* Ant. Matthæus *de judiciis diſput. 5. n. 34. in fine.* Brunnemannus *ad d. l.* 13. *C. h. t. in pr.* Mihi contra nihil certius videtur, quam quod ea Juſtiniani fuit ſententia, totam cauſam perimi, poſt lapſum triennii nullatenus de novo movendam. Cum enim antea actiones perpetuæ redderentur per litis conteſtationem, nullo temporis quanticunque ſpatio deinde intermorituræ, licet ante litem conteſtatam fuiſſent tantum temporales. *l. ult. in fine ff. de fide-juſſ. & nominat. & hered. tut. l. omnes actiones* 139. *ff. de reg. juris. l. nam poſtquam 9. §. ſi is 3. ff. de jurejurando.* Juſtinianus primo quidem aliquam huic malo, litium nempe perennitati, medelam adhibuit, ut, quæ actiones olim ex litis conteſtatione efficiebantur perpetuæ, deinceps annorum quadraginta ſpatio a noviſſimis actis computando extinguerentur, reprobata illorum ſententia, quibus perſuaſum erat, actiones in judicium deductas æque annorum triginta curriculis præſcribi, ac ſi non fuiſſent intentatæ. *l ult. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* Tandem vero, cum ſecundum illam *l. ult.* evenire poſſet, ut actiones totis ſeptuaginta viverent annis, actore actionem brevi ante impletam tricennalem præſcriptionem in judicium deducente, ac dein lite conteſtata quiescente, eamque quadragenariam ex eo tempore efficiente; illud in poſterum proſpiciendum putavit, *ne lites pene fierent immortales & vitae hominum modum excederent*, ideoque cum jam ante conſtitutione ad Mennam præfectum prætorio data *criminales cauſas biennio concluſiſſet*, ſancivit, *civiles cauſas non ultra triennii metas poſt litem conteſtatam eſſe protrahendas*, ut habet *d. l.* 13. *in pr. &.* §. 1. *C. h. t.* quem ſane ſcopum finemque haudquaquam dici poſſet affecutus, ſi non lapſo triennio lis ipſa finem accepiſſet. Nec obſcure hanc ſuam mentem Juſtinianus exponit in *d. l. 13. §. hujusmodi 5. C. h. t.* dum ait, *hujusmodi autem ſententia prope finem triennii proferatur, pro quo & praeſentem legem induximus; ſi enim in anteriori tempore (in quo larga ſupereſt temporis dilatio, & ſpes abſenti relicta fuerit revertendi) alterutra pars ceſſaverit, in ſola expenſarum datione, & abſolutione forſitan praeſtetur poenalis ſententia; non autem tunc mors litis & condemnatio in abſentem introducatur; quae in his tantummodo caſibus accidunt, in quibus triennii effluentis imminet formido.* Similiter *in §. ult. d. l. 13.* dum minores pupillosque, lite intra triennium per deſidiam tutorum non terminata, *cauſa*

cecidiſſe

cecidiſſe ait, litisque interitum, non obſtante minorennitate, manere firmum, quod indigitat, dum ait, *litem* (ſcilicet jam triennii lapſu finitam) *nihilominus ſuum habere vigorem, omnem autem jacturam, quae ex hac cauſa oritur, ad tutores curatores &c. redundare;* niſi pupillis vel minoribus non ſufficeret eorum ſubſtantia ad indemnitatem: *tunc enim in id, in quo fuerint detrimentum perpeſſi, in integrum reſtitutionis auxilium iis ſupereſſe voluit.* Cauſa ergo ceciderunt minores, non niſi in ſubſidium favore minoris ætatis per reſtitutionem revictura. *Cauſa* enim *cadere*, nihil aliud eſt, quam, *rem amittere*, interprete ipſo Juſtiniano *in §. ſi quis agens 33. in pr. Inſtit. de action.* eodem modo, quo & antea ex conſtitutione Honorii ac Theodoſii, non definitis intra biennium naufragii quæſtionibus, navicularius quidem reus propter *vitium judicis* litem non terminantis pro *abſoluto* habebatur; ſed rerum ſubmerſarum æſtimationem judex & officium ejus cogebantur inferre. *l. de ſubmerſis 5. C. de naufragiis.* Nec hisce adverſatur, quod in *d. l. 13. §. & ſi quidem 2. C. h. t.* jubetur judex, abſente per contumaciam actore, *acta apud ſe confecta inſpicere, & ſi quidem nihil ſufficiens actitatum eſt, ex quo poſſet termino cauſae certa fieri conjectura, fugientem ab obſeruatione judicii relaxare.* Perinde enim eſt, ac ſi Imperator dixiſſet, nullis apparentibus actoris abſentis allegatis probatisque, etiam plenioren a judice inſtitui non debere cauſæ cognitionem, ſed ſimpliciter reum a judicio & petitione actoris liberandum eſſe; juxta illud vulgatum, quod actore non probante reus abſolvendus ſit. Quibus omnibus circa ſententiam *d. legis* 13. ita firmatis explicatisque, conſequens eſt, ut dicamus, abrogatam eſſe diſpolitionem *legis ult. C. de praeſcript. 30. vel quadrag. annorum*, per noſtram legem 13. quatenus illa lites quadragenales faciebat poſt litem conteſtatam. Etſi enim *d. l. ult.* careat die & conſule, eam tamen ante noſtram *l.* 13. fuiſſe conditam, inde recte collegeris, quod *lex ult.* ad Demoſthenem præfectum prætorio data eſt, lex vero 13. *C. h. t.* ad Julianum præfectum prætorio, Demoſthene poſteriorem, Lampadio ſcilicet & Oreſte conſulibus; cum conſtitutiones aliæ ad Demoſthenem datæ cum conſulis & diei additamento Decio conſule inveniantur datæ; ut patet ex ſubſcriptione *legis ult. C. de aſſeſſoribus.* & collatione inſcriptionum ſubſcriptionumque quas habent *l.* 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. *C. de inoffic. teſtamento.* ex qui-

bus leges 30. 31. 32. 33. ad Mennam vel Demoſtheren directæ, Juſtiniano alterum conſule, aut conſule Decio; contra vero l. 34. & ſequentes ad Johannem aut Julianum præfectos prætorio, Lampadio & Oreſte conſulibus, vel poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis anno primo, aut anno ſecundo: quæ ſimiliter confirmantur ex collatis inſcriptionibus & ſubſcriptionibus, quæ ſunt in *l. 33. 34. & ll. ſeqq. C. de donation.* uti & in *l. 10. & ſeqq. C. de liberis naturalibus.* Omnem denique dubitandi rationem, an poſterior ſit *l. 13. C. h. t.* quam *d. l. ult. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* tollit, quod Juſtinianus in *l. 1. §. C. de annali except.* laudet ſuam conſtitutionem, qua actiones, in judicium deductas, annis quadraginta durare ſanciverat; ac ex illius legis primæ ſubſcriptione appareat, eam emiſſam fuiſſe xv. Calend. April. Lampadio & Oreſte Conſulibus; cum ex adverſo *lex 13. C. h. t.* data ſit vi. Calend. April. Lampadio & Oreſte Conſulibus, adeoque novem diebus poſt d. legem primam, quæ tamen jam mentionem habebat *d. legis ult. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.*

56. Neque ab hoc jure civili receſſit jus Pontificium, cum & ibi illa triennii exceptio inveniatur propoſita; licet in caſu ſpeciali ob id rejecta, quod lis per ſubterfugia adverſariorum & cavillationes fuerat ad triennium prorogata, *cap. venerabilis pen. extra, de judiciis.* Noſtris vero ac multorum aliorum moribus non ultra tempus illud in ſiniendis litibus obſervatur. Brunnemannus *ad l. 13. pr. & §. 1. C. h. t.* licet anni lapſu a noviſſimis actis apud nos inſtantiam litis perimi, ſed reſtitutionis auxilio facile redintegrandam, jam ſupra *h. t.* monitum ſit. Ambages interim litium morasque quantum fieri poteſt induſtria curaque judicum impediendas eſſe, vetus monitum eſt: uti ex oppoſito vetuſta quoque de iis de induſtria tractis ac protelatis, deque rebus longo ſufflamine litis attritis querela, tum per turpes cauſidicorum artes, tum per nimiam judicantium ſegnitiem, aut remiſſionem. Juvenalem vide, jam tum ſui ſeculi mores carpentem, *Satyra 16. verſu 55. & ſeqq.*

——— Convallem ruris aviti
Improbus aut campum mihi ſi vicinus ademit,
Et ſacrum effodit medio de limine ſaxum,
Quod mea cum patulo coluit plus annua libo:
Debitor aut ſumtos pergit non reddere nummos.
Vana ſupervacui dicens chirographa ligni:

Ex-

Expectandus erit qui lites inchoet annus
Totius populi, sed tunc quoque mille ferenda
Taedia, mille morae; toties subsellia tantum
Sternuntur, jam facundo ponente lacernas
Caedicio, & fusco jam mictiuriente, parati
Digredimur, lentaque fori pugnamus arena.

Quibus adde de tollenda eadem apud nos litum diuturnitate egregia *in de Batavische Acadia, cum notis, pag. mihi 754. & mult. seqq.*

Hinc &, si judicum negligentia lites jam plene ventilatæ diutius & quasi de industria indecisæ remaneant, petente alterutro litigantium, post repetitam superioris judicis admonitionem, ut inferior liti finem sententia sua imponat, lites ad superiorem judicem evocari, terminandas ab eo, supra monui. Præsertim vero peregrinis hominibus expeditissima via jus dicendum est, ne cum dispendio cogantur diutius abesse a re familiari. arg. *l. 2. & 5. C. de naufragiis.* Perezius *in Cod. d. tit. num. 9.* Brunnemannus *ad d. l. 5. Cod.* D. Noodt *de jurisdict. libr. 1. cap. 10. in fine.* quod ipsum plenius ex peculiari fori cujusque praxi hauriendum. Quemadmodum & illud, quonam tempore judicandum sit, in quantum alibi non nisi oriente sole, adeoque matutino tempore, alibi etiam sole jam declinante, judicare licuit, quod pluribus excussum vide apud Ant. Matthæum *de auction. libr. 1. cap. 9. num. 12.* Romanis plane placuit, omni quidem hora lucis cognosci judicarique posse, at non de nocte; imo matutinis horis cognitionem institui, post meridiem litem sententia finiri debuisse, jam olim dictaverat lex 12. tabularum, his verbis: *ante meridiem causam conjiciunto, quam perorant ambo praesentes, post meridiem praesenti litem addicito, sol occasus suprema tempestas esto*, teste Gellio *Noct. Attic. libr. 17. cap. 2. in med.*

57. Reliqua quod attinet judicum officia, in quantum illos, qui de rebus dubiis consultant, teste Julio Cæsare (*apud Sallust. de bello Catilin. cap. 51.*) ab odio, amicitia, ira, atque misericordia, addam & avaritia, vacuos esse decet; dum haud facile animus verum providet, ubi illa officiunt, quæ & Jurisconsultus iis tantopere commendanda censuit in *l. plebiscito 18. l. 19. ff. de officio praesidis*, consulto prætereo; cum ista plenius oratione publica *de officio judicis* sim executus.

 58. Quodsi

58. Quodſi male judex judicaverit; ſi quidem dolo, ex gratia vel odio, infamis eſt, & ei, quem ſua læſit ſententia, veram præſtare tenetur litis æſtimationem; ex vero quippe delicto jam obligatus. *l. filiusfamilias 15. §. 1. ff. h. t. l. ult. C. de poena judic. qui male judicavit.* imo, ſi pretio corruptus per ſordes judicaſſet, lex duodecim tabularum perfidiam judicis talis, contra omnia jura divina & humana jusjurandum ſuum pecunia vendentis, capite puniri juſſit. Gellius *Noct. Attic. libr. 20. cap. 1.* Juſtinianus vero convicto in cauſis civilibus dignitatis amiſſionem, & dati triplum, promiſſi duplum, impoſuit; in criminalibus exilium ac bonorum publicationem, data litiganti, qui dedit, ſed ipſe detexit, venia delicti, ac ſalva ei actione, cujus amiſſione Antonini conſtitutio eum mulctaverat. *l. 1. & auth. novo jure C. de poena judicis qui male judicav. novell. 124. cap. ſi quis autem 2.* Sed ſi ſine dolo, ſola imprudentia, perperam ſententiam ab eo dictam appareat, non niſi ex quaſi delicto tenetur, quanti religioni judicantis æquum videbitur pœnam ſubiturus. *pr. Inſtit. de obligat. quae quaſi ex delict.* ut tamen imprudentia aſſeſſoris, qua aliter jus dictum fuit, quam dici oportuit, non magiſtratui officere debeat, ſed ipſi aſſeſſori. *l. hoc edicto 2. ff. quod quisque juris in alter. ſtatuerit.* quod & tunc obtinet, cum dolo aſſeſſoris per ſordes jus male judicanti ſuggeſtum eſt. Nec immerito Romanis aſſeſſoribus eos aſſimilaveris cauſarum patronos, a quibus hodierni judices litis pendentis dirimendæ gratia reſponſum petierunt; etſi enim a reſponſis eorum recedere, judici haud videatur inhibitum (vide Berlichium *concluſ. part. 1. concluſ. 59. num. 26. & ſeqq.*) tamen quia extra dolum eſt, ſi illud ſequatur, dum ipſius religio reſponſo doloſo circumventa eſt a conſultoribus, æquum eſt, ut non judici, ſed magis ipſis malignum noceat conſilium, atque ita ex proverbio conſultoribus ipſis peſſimum ſit. arg. *l conſilii 47. ff. de regul. juris.* Noſtris vero ac multorum aliorum moribus rarius eſt, ut judex male judicando litem ſuam faciat; eo quod ex ſola imperitia aut imprudentia eum non teneri tralatitium eſt; ſed demum ex dolo, qui difficilis plerumque probationis eſt: male namque ageretur cum judicibus, præſertim inferioribus, juris imperitis, ſi in tam diffuſa juris & praxios ſcientia, in tanta opinionum varietate, tantaque cauſarum moram non ferentium ac obruentium multitudine, ipſi ſingularum litium periculo tenerentur obnoxii, quoties ipſorum iniqua ſententia non a dolo,

ſed

sed errore, imperitia, vel imprudentia, originem habet: ut ratiocinatur, ac plurium autoritate firmat Grœnewegen *ad pr. Inst. de oblig. quae quasi ex delicto.* Ant. Matthæus *de auctionib. libr. 1. cap. 15. num. 2.* Parens p. m. Paulus Voet *ad pr. Inst. d. tit. de oblig. quae quasi ex delict. num. 3.* Leeuwen *cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 8. num. ult.*

59. Uti autem advocati & procuratores aliique similes litigantibus adsunt, ita & plures judicibus vel opem ferunt, vel a ministeriis sunt. Opem præcipuam ferre toti judicantium ordini videtur is, cui litis jam instructæ præparatorium examen committitur, ut causæ merita ante definitivam sententiam collegis referat, de cujus officio videri potest Instruct. Curiæ Holland. *art. 149. & seqq.* Curiæ supremæ *art. 41. & seqq. ad art. 49.* Ultrajectinæ *tit. 1. art. 13. 14. 15.* Ac nominatim in Hollandia cautum, ne ulli hoc demandetur, cujus filius, aut gener, aut frater, aut affinis, advocati vel procuratoris munere in illa lite functus est. Placito Ordinum Holland. 23. Martii 1669. *vol. 3. placit. Holl. pag. 662. in fine.*

60. A ministeriis fuerunt Romanis judicibus, scribæ, apparitores, accensi, interpretes, præcones, lictores, viatores, carnifices; quorum & nomina & officia ex antiquitate historiæ Romanæ collecta vide apud Rosinum *antiquit. Romanar. libr. 7. cap. ult.* Demsterum *in notis ibidem.* & *ad libr. 8. cap. ult. circa med.* Polletum *Historia fori Romani libr. 5. cap. 12. 13. 14.* Meyerum *collegio Argentorat. ad Pand. h. t. n. 108. & seqq. ad num. 118.* Et his similia munera etiamnum hodie in superioribus ac inferioribus judiciis obiri, vel lippis notum est: Graphiariorum & Secretariorum officia exhibet Instructio Curiæ Holland. *art 29. & multis seqq.* Curiæ supremæ *art. 64. & seqq. ad art. 94.* Ultrajectinæ *tit. 3.* Brabantinæ *art. 126. & multis seqq.* Flandricæ *art. 87. & seqq.* Leeuwen *cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 8.* Adde *tit. de edendo num. 20. & seqq.* Apparitorum & executorum quæ munia, quæ partes sint, enarrat Instruct. Curiæ Holl. *art. 91. & seqq.* supremæ *art. 105. & seqq.* Ultrajectinæ *tit. 6. & 7.* Brabantinæ *art. 368. & seqq.* Flandricæ *art. 204. & seqq.* Leeuwen *cens. forens. d. part. 2. libr. 1. cap. 9.* præcipue vero prolixum Curiæ Hollandicæ decretum de officiis apparitorum & executorum *28. Martii 1680.* Carnificis officia nec non salaria ex parte definita occurrunt in decreto Curiæ Holl. 11. *Aug. 1607. & 5. Nov. 1608. vol. 2. placit. Holl. p. 1505. & seqq.* quæ

per indicem retuliſſe ſuffecerit. Quantam vero graphiariorum acta mereantur fidem; quantam, & in quibus, relationes apparitorum, infra dicetur *tit. de fide inſtrum. & tit. de teſtibus.*

61. Illud de graphiariis haud prætermittendum, non prorſus a ratione alienum eſſe, ut tanquam ſuſpecti reprobentur, quo minus vel acta conficiant, vel deliberationi judicum adſint, aliaque officii nomine expediant in litibus, quæ ipſis cum alio intercedunt, quæve inter tales exercentur, quorum alteruter ſic ſanguinis vinculo iis junctus eſt, ut & in tali cognationis gradu judex poſſet tanquam ſuſpectus recuſari. Uti enim in judice metuendum, ne gratia & affectione ductus aliter judicet, quam exigit juſtitiæ ratio; ita quoque pari ratione merito quis vereatur, ne per graphiarium ita conjunctum arcana, veluti teſtium depoſitiones, & alia, aut nullo modo aut tardius revelanda, pandantur maturius adverſæ parti ita conjunctæ. Quam rationem ſecuti Ordines Generales fœderati Belgii, id diſertis ſanxerunt verbis in inſtructione Curiæ Flandricæ *art. 90.* etſi contra judicatum fuiſſe a Curia Hollandiæ anno 1559. 23. Februar. refert compilator deciſionum *poſt reſp. JCtor. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 11. in fine.* van Alphen *part. 1. in ſuo formulario cap. 50. in fine.*

62. De apparitoribus quoque ſciendum, illos, dum ſuo funguntur munere, non ex propria perſona æſtimandos eſſe, ſed judicem repræſentare, cujus mandato inſtructi ſunt. Quibus conſentaneum eſt, ut, qui apparitoribus in officio verſantibus violenter reſiſtunt, iniuriis, plagis, vulneribus excipiunt, æque graviter arbitrio iudicis coercendi veniant, atque ſi hanc ipſi iudici intuliſſent læſionem. Si enim iniurias uxori, filiofamilias, aut ſervo illatas, in mariti aut patris aut domini contumeliam redundare, certi iuris ſit, quia vel affectui vel poteſtati ſubſunt. *l. 1. §. item 3. l. eum qui 18. §. ult. ff. de injuriis. §. patitur 2. & ſeqq. Inſtit. de injur.* ſi legatorum violatio ita iuris interpretatione credatur in Principum eosdem mittentium facta contemtum, ut latius tradidi *tract. de jure militari cap. 1. num. 25.* Quis non pari ratione animadvertit, iudicem videri ea paſſum, quæ apparitori iuſſa iudicis exequenti illata ſunt. Aliud dicendum foret, ſi vel mandato deſtitutus eſſet, vel excederet mandati fines, atque ita ſordidas exerceret concuſſiones; tunc enim non minus ei, quam privato cuique res noſtras diripienti, reſiſti poſſet. arg. *l. prohibitum 3. C. de jure fiſci. leg. 1. ff. de concuſ-*

concussione. etsi tutius fuerit atque consultius, præsenti violentiæ cedere, ac apud iudicem querelas exponere, ne qua tumultus oriatur occasio, indeque fiat, ut defensio, quæ primo iusta & honesta videbatur, in iniuriam tandem, moderamine inculpatæ tutelæ non omnifariam observato, declinet. arg. *l. non est singulis 176. ff. de regul. juris.* Ant. Faber *Cod. l. 7. tit. 20. defin. 15.* confer *tit. de jurisdict. num. 50.*

63. Cæterum tum iudicibus tum ministris eorum sportulæ debitæ. Ita pedaneis iudicibus per litigatores præstandi fuerunt duo aurei in ingressu litis, totidemque in fine, si modo lis ea aureorum centum superaret quantitatem. *novell. 82. cap. ne autem 9.* De sportulis vero apparitori solvendis definitio quantitatis in obscuro est, dum cum codice priore intercíderunt constitutiones eandem præscribentes. Vide §. *tripli 24. Inst. de action. l. ult. §. ult. C. de sportulis.* Cuiacium *l. 12. observ. 22.* immunes sane ab huiusmodi sportulis apparitori solvendis sunt episcopi in causis suæ ecclesiæ; ac minores, quam vulgo, sportulas clerici in propriis suis exsolvunt causis. *novell. 123. cap. sportularum vero 28.*

64. Hæc de prima tituli parte, quæ erat de *judiciis*, restat explicanda altera, *ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Omni etenim in iudicio id præcipue observandum, ut in foro competente lis moveatur: de quo regula generalis est, actorem sequi forum rei; adeo ut iuris ordo converti dicatur, si quis postulet, reum ad actoris venire forum. *l. juris ordinem 2. C. de jurisd. omn. judic. cap. cum sit generale 8. extra, de foro compet.* Sufficit autem, quod litis initio reus in eo loco, in quo convenitur, forum competens sortiatur: cum enim illic, ubi acceptum est semel iudicium, etiam finem accipere debeat. *l. ubi acceptum 30. ff. h. t.* non potest reus desiderare, litem ad alium transferri iudicem, si forte lite pendente incipiat cessare ratio, quæ eum tali iudici, ut competenti, reddiderat obnoxium; veluti, si domicilium mutet, aut militiæ nomen det, aut militia solvatur, aut pupillus vel vidua esse desinat nuptiis aut maiorennitate. *d. l. 2. C. de jurisdict. omnium jud. l. pen. ff. de jurisdict. l. si quis, postea quam 7. ff. h. t. cap. proposuisti pen. extra, de foro compet.* Andr. Gayl. *libr. 2. observ. 36. num. 13.* Considerandum enim, non nisi in exordio litis opponi posse declinatoriam fori exceptionem, antequam quicquam actum fuerit, aut publice dictatum. arg. *l. pen. & ult. de exception. seu praescript.* Nam,

etſi verum ſit, reum cavendo de ſiſtendo, quoties ſecundum ius hodiernum arreſto detentus eſt, ſibi non præiudicare, quo minus forum adhuc declinet; tamen ſibi nocet, ſi vel exceptionem aliam dilatoriam oppoſuerit, vel ab adverſario exegerit cautionem; cum ita videatur in iudicem conſenſiſſe, ut latius dixi *tit. de jurisdictione num. 21. 22.* Uti ex oppoſito, exceptione hac per reum obiecta, actor die condicto ad eam non reſpondens, tacite cenſetur aſſenſum præbere in id, ut ad forum aliud reus remittatur; cum ante omnia illa de foro competente quæſtio discutienda ſit, & ſciri debeat, utrum ſententia, poſtmodum pronuncianda, firmitatem habitura ſit, an ob defectum iurisdictionis futura ſit ipſo iure nulla. arg. *l. ſi crimen 3. C. de ordin. cognit.* quod & cautum *Inſtruct. Curiae ſupremae art. 243.* usque adeo, ut is, qui qualitatem quandam allegat, qua poſita iudex eſt competens, qua deficiente incompetens eſt, eandem protinus in litis ingreſſu tentatur docere, quicquid in contrarium nititur Mynſingerus *cent. 2. obſ. 9.* Quid enim ſi quis Titium, velut ſtudioſum, ad tribunal vocet Academicum, vel tanquam militem ad iudicium militare, cum Titius ſe vel militem eſſe negaret, vel ſtudioſis adſcriptum? aut quid ſi Caia quaſi vidua, vel Mævius ut minorennis, adverſarium vocet ad tribunal ſuperius ex privilegio viduabus ac pupillis dato, is autem actorem actricemve viduam aut minorennem neget; abſurdum ſane fuerit, litigantem ad ſubeundas litis moleſtias compelli, antequam conſtet, utrum ſententia, poſt diſcuſſionem cauſæ principalis interpoſita, effectum ſortitura ſit, nec ne. Quin potius, uti in quæſtione, an valeat teſtamentum, in primis animadvertendum eſt, an is, qui fecit teſtamentum, habeat teſtamenti factionem, deinde, ſi habuerit, an ſecundum regulas iuris civilis teſtatus ſit. *l. ſi quaeramus 4. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ita quoque, ſi dubitetur, an talis iudicis iurisdictio ſit, an vero vocatus ad aliud forum revocandi ius habeat, iudex ante omnia debet cauſa cognita id ſtatuere, & ad alium iudicem protinus litigantes remittere, ſi conſtiterit, in ea illos eſſe cauſa, ut remittendi ſint. *l. conſenſiſſe 2. §. ſed ſi dubitetur 6 l. ſi quis ex aliena 5. ff. h. t.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 31. num. 2.*

65. Judicem certe ipſum, cuius iurisdictio declinatur, de eo cognoſcere, dubium non eſt. *d. l. 2. §. 6. & l. 5. ff. h. t.* adeo ut in expenſas quoque actorem temere vocantem condemnare queat, ſi ſemet ipſum pronunciet non competentem; cum enim

enim in ista cognitione, quæ de fori competentia est, ipse competens iudex fuerit, sequitur, ipsum in expensas quoque, istius quæstionis intuitu factas, posse damnare, etsi in principali negotio incompetens sit. *cap. statutum 11. §. cum vero 1. de rescriptis, in 6. Clementin. 1. de rescriptis.* eodem modo, quo expensarum damno iudex appellationis macture potest appellantem, si pronunciet, desertam fuisse ab eo appellationem. *cap. reprehensibilis 26. extra, de appellation.* Andr. Gayl. *libr. 1. observat. 34.* Sed an is, qui vocatus est ad iudicem non competentem, venire teneatur, ut id doceat, an vero impune emanere possit & vocationem contemnere, non æque expeditum. Ut huic quæstioni satisfiat, distinctione opus est: si enim reus tantum ex privilegio quodam possit forum declinare, alioquin ibi iudicandus, eius erit, non contemnere prætoris autoritatem: nam & legati, cæteriquc, qui revocandi domum ius habent, in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant, privilegia sua allegaturi, ut Ulpianus ait *in d. l. 5. ff. h. t. l. ex quacunque 2. ff. si quis in jus vocatus non iverit.* ne alias silentio videatur privilegio renunciasse ac prorogasse iurisdictionem. At si iudici non competat certo certius potestas iudicandi de tali negotio vel re vel quantitate, potest reus impune non venire, sic ut & sententia in eum absentem lata ipso iure nulla sit, iuxta vulgatum illud, supra iurisdictionem suam aut extra suum territorium ius dicenti impune non pareri. *l. ult. ff. de jurisdict. l. contumacia 53. §. ult. ff. de re judicat.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 12. defin. 3. & 4.* Andr. Gayl. *libr. 1. observ. 48. num. 7. & seqq.* Rebuffus *ad constitut. regias, tom. 3. tit de contumac. & defect. art. 8. gloss. 1. num. 7. 8. 9.* Mynsingerus *cent. 6. observ. 7.* Leeuwen *cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 25. num. 1.* Magis etenim iudicis ipsius officium erat, litem illam, quam sciebat ad suam non pertinere iurisdictionem, sponte ac sine ullius rogatione, a suo amandare tribunali; non vero sese immiscere rei ad se non pertinenti. arg. *l. culpa est 36. ff. de reg. juris.*

66. Multis vero modis reus forum competens sortitur; puta, ratione delicti, contractus, prorogationis, rei sitæ, reconventionis, continentiæ causæ, originis, domicilii, & privilegii, cui ex moribus addi debet forum competens ex causa arresti seu detentionis personæ aut rerum, quod late patet, ac facile actori est, ea via ad suum proprium forum reum pertrahere, ut late dictum *tit. de in jus vocando.* Quodsi in pluribus locis reus forum competens sortiatur, in actoris arbitrio est, quo in foro

reum convenire velit, sic ut is in foro competente conventus, frustra ad alium iudicem sese mitti desideret. *l. ult. in fin. C. de jurisdict. omn. judic.* arg. *l. arbitraria 2. §. Scaevola 3. ff. de eo quod certo loco.* Covarruvias *variar. resolut. libr.* 1. *cap. 18. n. 6. & pract. quaest. cap. 7. num. 5.* Brunnemannus *ad d. l. ult. C. de jurisdict.* responsa JCtor. Holl. *part. 4. consil. 291.*

67. Delicti quidem intuitu forum competens fortitur reus in illo loco, in quo crimen commissum, vel saltem inchoatum est, sive illic inveniatur, sive non. *l. 1. C. ubi senat. vel clariss. l. 1. C. ubi de criminib.* adeo ut & criminum graviorum rei, alibi intercepti, ad locum, in quo facinus perpetratum erat, remittendi fuerint, poenam ibi subituri, ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & affinibus interemtorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent. *l. capitalium 28. §. pen. ff. de poenis. l. desertorem 3. ff. de re militari.* & licet illae reorum transmissiones hodiernis moribus inter illos, qui eidem non subsunt Principi, comitatis potius, quam necessitatis sint, ut plenius dicetur *tit. de custod. & exhib. reorum.* tamen cessans transmissionum necessitas non impedit, quo minus nunc iudex loci, in quo scelus perpetratum est, cum illic nec inveniretur delinquens, nec domicilium foveret, nec alibi detentus esset, aut accusatus, edictis publicis absentem adesse iubeat, ut sese sistat, ac adversus accusationem tueatur, ni tanquam contumax condemnari malit. arg. *d. l. 1. C. ubi de crimin. auth. si vero criminis C. ad legem Jul. de adulteriis & stupro. l. ult. ff. de accusat.* junct. *l. 1. §. praesides 2. ff. de requirend. reis.* Carpzovius *pract. criminal. part. 3. quaest. 110. num. 45. 46. 47. & seqq.* Grœnewegen *ad leg. 1. C. ubi de criminib. circa fin.* Brunnemannus *ad l. 7. ff. h. t. num. 5.* Jubent sane Impp. *in d. leg. 1.* criminis persecutionem fieri vel *ubi commissum est*, vel *ubi reperiuntur rei:* si vero id fieri non potuisset in loco delicti, nisi illic praesente reo, totum illud, *ubi commissum vel inchoatum est crimen*, inutile esset, ac sufficisset, reos conveniri posse *ubi reperiuntur*, sive in domicilii loco, sive in quovis alio, in quo oberrant, forte vagabundi. Neque hanc evertunt sententiam ea, quae plures in contrariam traxerunt opinionem, inter quos est Zangerus *de exceptionib. part. 2. cap. 1. num. 449.* Berlichius *decis. 142.* Radelantius *Curiae Ultraject. decis. ult. pag. 268. & seqq.* Quod enim constitutum est, ut in criminali causa actor rei forum sequatur. *l. in criminali 5. C. de juris-*

jurisdict. omn. jud. quid, quæso, ad quæstionem nostram, an non & in delicti loco forum competens sit? sequitur actor rei forum etiam tunc, cum eum absentem in loco delicti accusat, quia delicti locus delinquenti forum competens est sine distinctione. *d. l.* 1. *Cod. ubi de criminib.* nihilo plus iuvat *l. si quondam 15. C. ad leg. Jul. de adulter. l. absentem 6. C. de accusation.* cum non aliud ibi cautum sit, quam quod in causis capitalibus absens solenniter accusari nequeat; sed adnotari debeat requirendus. Cum vero nostris & multorum moribus receptum sit, accusari absentes, ac probatione sufficiente convictos damnari, causa nulla supereſt, cur non & in loco delicti perpetrati adversus absentem accusatio instituereturr, ac decerneretur supplicium, tunc executioni dandum, cum rei damnati copia erit: suadentibus etiam id ipsum iisdem rationibus, propter quas iure Quiritium transmissiones reorum inductas fuisse, paulo ante dictum est. Adde Petrum Bort *van criminele saken, tit. 1. n. 28. & seqq.*

68. Sed & quocunque alio in loco, in quo reperitur delinquens, eundem recte accusari, Romanis placuit. *d. l. 1. C. ubi de criminib. l. Praeses provinciae 3. l. congruit 13. ff. de offic. praesidis.* Donellus *comment. iur. civil. libr. 17. cap. 16.* versu, *hucusque.* Cancerius *var. resol. tom. 2. cap. 2. num. 65. 66. 67.* Carpzovius *pract. criminal. part. 3. quaest. 110. num. 72. & seqq.* Jacob. Thomingius *decis. 5. circa fin.* confer Pistacum Hollandiæ *part. 2. tit. 23. van appel post libellum supplicem 15. pag. mihi 260. & seqq.* Petrum Bort *van crimin. saken tit. 1. num 37. & seqq.* ac proinde etiam in loco domicilii, sive ibi, sive extra domicilii locum alibi deliquerit. Struvius *ad Pand. h. t. num. 47.* Ant. Matthæus *de crimin. libr. 48. tit. 20. cap. 2. num. 8.* Qui domicilii locus ad criminum persecutionem usque adeo Hollandis commodissimus visus est, ut constitutum fuerit, incolas Hollandiæ, criminis insimulatos, non nisi a suo iudice ordinario (*haren dagelijksen rechter*) apprehendi aut iudicari posse, quoties neque fugitivi sunt neque flagranti in delicto deprehensi. *Placito Ordin. Holland. 15. Septembr. 1677. vol. 3. placit. pag. 1385.* Petrus Bort *van criminele saken tit. 1. num. 35. & seqq.* Quod tamen de criminibus extra domicilii quidem locum, sed intra Hollandiam ab Hollando commissis intelligendum est; nam si extra Hollandiam deliquisset Hollandus, nihil vetat, quo minus apud iudicem, in cuius territorio delictum perpetratum fuit, quique

quique Batavicis legibus adſtrictus non eſt, accuſatus & abſens legitimis evocetur edictis iuxta ante adſtructa; aut etiam detineatur in alio quocunque extra Hollandiam loco, etſi in Hollandia tunc crimen commiſſum eſſet, uti cautum a Philippo Hiſp. Rege, Hollandiæ tunc comite, *Ordinantie op de criminele juſtitie 5. Julii 1570. art. 74. 75. vol. 2. placitor. pag. 1038. 1039.*

69. Plane ad forum competens in criminalibus conſtituendum haud ſufficit, quod delinquens bona immobilia aliquo in loco poſſideat; ſi de cætero illic neque domicilium habeat, neque deliquerit, neque apprehenſus ſit. Etenim rei quidem ſitæ locus forum competens eſſe poteſt in civilibus, quoties ea de re ipſa quæſtio eſt, ſeu res illa petitur. *tit. Cod. ubi in rem actio.* at non, ſi alterius rei, vel pœnæ perſecutio ſit. Et licet hodierno iure competens iudex fieri poſſit ex eo, quod adverſarius adverſarii bona in territorio aliquo invenit, ac publica ſiſtit autoritate; quia tamen ipſum ſiſtendi ius exorbitans eſt a iure communi tanquam ſpecies quædam executionis ante ſententiam, & præcipue ad fovenda inter gentes commercia inductum, ut dixi *tit. de in jus voc.* vix eſt, ut ad crimina iure porrigamus hoc ſingulare & odioſum rerum ſiſtendarum ius, ſolius iurisdictionis fundandæ contemplatione. Et ſane, ſi ſola ratio poſſeſſionis, ſeu poſſeſſio domus alteriusve rei in aliqua civitate neque domicilium faciat, neque idonea ſit civilibus poſſeſſori muneribus iniungendis, ſeu ad id, ut is ad eum vocetur locum, munera civilia obiturus. *l. libertus 17. §. ſola ratio 5. & §. ſola domus 13. ff. ad municipalem.* etiam ſufficiens videri non poteſt ad id, ut delinquens ad eum citatus locum, criminis diluendi cauſa teneretur venire: cum non minus interſit reipublicæ munera geri civilia, quam ſontes puniri. Parens p. mem. Paulus Voet *de ſtatutis ſect. 11. cap. 1. num. 7.* Nec obſtat, quod a nonnullis traditum eſt, reo ob crimen condemnato, & publicationem bonorum patiente, res eius immobiles extra territorium condemnantis ſitas cedere fiſco Principis illius, in cuius regione ſitæ ſunt. Cum enim id tantum fiat in conſequentiam ſententiæ ab alio iudice competente latæ, pro cuius iuſtitia & æquitate dum alii præſumunt locorum aliorum iudices, executionem eius in ſuo faciunt territorio quantum ad bona illic ſita, non eſt, quod ſana ratione ex eo ſolo forum competens adſtruxeris: quam frequenter enim literis (ut appellant) requiſitorialibus rogati

gati iudices exſequantur ſententiam a competente iudice alibi latam, utut ipſi in cauſæ ipſius cognitione incompetentes manifeſto fuerint, quotidiana experientia abunde docet.

70. Quoties autem pluribus in locis ſecundum iam tradita reus criminis conveniri poteſt, in tali fori multiplicis concurſu prævention locum fore, rationis eſt: ut enim in aliis, ita & hic, vigilantibus iura ſcripta ſunt. *l. pen. in fine ff. quae in fraud. credit. facta ſunt ut reſtitu.* nec immerito huc illud traduxeris, quod de popularibus actionibus iure civili traditum, occupantis ſeu litem conteſtantis meliorem eſſe conditionem; nec cæteros amplius ad agendum admitti quam primum unus e populo cœpit iudicium populare movere. *l. ſed ſi 3. ff. de popular. action.* junct. *l. ut ſi cui 12. ff. de verbor. ſignif.* Prævenisſe vero cenſendus eſt, qui reum criminis deprehenſum aut carceri inclusit, aut alteri qualicunque cuſtodiæ commiſit: cum enim in ius vocatio prævention locum faciat. *l. ult. C. de in jus vocando. l. ſi quis, poſteaquam 7. ff. h. t.* eo quod lis ibi finem accipere debet, ubi initium habuit. *l. ubi acceptum 30. ff. h. t.* initium autem habuit a facta in ius vocatione. *§. ult. Inſtit. de poena temere litigant.* non poteſt non videri prævenisſe, qui hanc fecit manus iniectionem ac detentionem, adeoque rigidiorem realem in ius vocationem. Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 14. defin. 3.* Quinimo, ſi iudex alius, veluti domicilii, reum criminis abſentem edicto iam citaverit, alius itidem competens, veluti iudex loci, in quo delictum perpetratum eſt, eundem poſt factam priorem citationem apprehenderit, placuit, potiorem fore cauſam eius, qui apprehendit, licet verbalis in ius vocatio per alium facta tempore prior ſit; cum noxa caput ſequatur, & crimen perſonam ubique comitetur. *l. 11. in fine ff. de privatis delictis.* ac non decernendæ tantum, ſed & infligendæ pœnæ poteſtatem habeat, qui delinquentem tenet; dum is, qui citationem fecit, ſupplicium quidem in abſentem conſtituere poteſt, at haudquaquam executioni dare. Niſi tamen probari poſſit, reum ſponte talem affectaſſe apprehenſionem, pœnæ gravioris evitandæ, aut transactionis facilioris ineundæ, ſpe. Jacob. Coren *Conſil. 30.* Appendix *deciſion. poſt reſponſ. JCtor. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 23 in pr.* Cancerius *var. reſolut. part. 2. cap. 2. num. 208. 209.* Damhouderus *praxi crimin. cap. 33. num. 5. 6.* Jul. Clarus *libr. 5. ſententiarum §. fin. quaeſt 34. num. 7.* Reſponſa JConſ. Holland. *part. 2. conſil. 319.* Carpzovius *pract. Criminal. part. 3. quaeſt. 110. num. 98. 99. 100.* Brunnemannus

ad

ad l. 7. ff. h.t. num. 5. Quodſi iudex alius in crimen quidem iam inquiſiverit, ſed nec citaverit delinquentem nec apprehenderit, alius vero eundem vel iniectione manus captivum duxerit, vel abſentem juſſerit edictis adeſſe, potior in fori competentis & prævention is quæſtione erit cauſa eius, qui prior citavit, cum non a nuda inquiſitione, ſed ab ipſa in jus vocatione, judiciorum omnium principium derivandum ſit. *d. §. ult. Inſtit. de poena temere litig.* Ant. Faber *Codex libr. 3. tit. 14. defin. 3.* Plura de præventione in materia criminali vide apud Petrum Bort *van criminele ſaken tit. 2.*

71. Neque tantum prævention; huic locus eſt, quando indubium eſt, pluribus in locis reum criminis peragi poſſe, ſecundum jam expoſita; ſed & ſi incertum ſit, quis ex cauſa loci, in quo delictum perpetratum fuit, judex competens æſtimandus ſit, dum forte in territorii duplicis confinio illud commiſſum dicitur: niſi quis malit, junctim territorii utriusque judicem cognoſcere debere ac punire; quod tamen multis involutum difficultatibus vix in praxin deduci poteſt. Illum ſane ſolum in tali caſu competentem fore, in cujus territorio caput occiſi invenitur, vel ubi pedes ſecundum alios, vel ubi cor, ut quibusdam viſum eſt, ineptum adeo atque ridiculum, ut referre pigeat, nec refutationem mereatur. Vide Capzovium *pract. criminal. part. 3. quaeſt. 110. num. 25. & ſeqq. ad num. 39.* Bachovium *ad Treutlerum vol. 1. diſp. 19. th. 4.* Quodſi de jurisdictione in criminalibus inter duos judices ſuperiorem habentes contentio ſit, & ea ratione diutius accuſationem protelari, reum carceris tædio atque ſquallore macerari, crimenque ſuſpenſum aut impunitum manere contingat, ſeculo ſuperiore in his regionibus conſtitutum fuit, litem illam criminalem ad tribunal ſuperius evocandam eſſe, ſalvo cuique ſuo circa jurisdictionem jure. *Ordonnantie op de criminele Juſtitie 5. Julii 1570. art. 72. 73. Sententien van den Hoogen en Provincialen Rade ſent. 45.*

72. Operæ pretium foret, obiter ex uſu noſtro ſubnectere caſus quosdam notabiliores, in quibus crimina non promiscue, ſed a certis tantum coercentur judicibus; ſed rectius iſta inferius inter exempla & ſpecies fororum ex privilegio competentium recenſebimus.

73. Ratione contractus forum competens ſortitur reus eo in loco, in quo contractus vel quaſi contractus celebratus ſeu perfectus eſt. *l. heres 19. §. 1. & ſeqq. l. 20. l. de eo autem 26. l. 27.*

l. 27. l. argentarium 45. pr. & §. 1. ff. h. t. si modo reus illic inveniatur, aut bona habeat, quæ possint eo absente ibi judicis autoritate possideri. *d. l. heres 19. pr. & §. 1. 2. ff. h. t.* cum quo & jus Canonicum consentit, *cap. 1. §. contrahentes vero, de foro compet. in 6.* & mores hodierni: adeo ut ne ex speciali quidem jurisdictionis prorogatione contractui addita contrahens ibi conveniri possit, nisi ipsi aut bonis ipsius in eo loco repertis injecta manu (arrestum dicunt) jurisdictio stabilita sit. Andr Gayl. *libr. 2. observ. 36. n. 14.* Sande *dec. s. Frisic. lib. 1. tit. 1. defin. 3.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 15. defin. 4.* Groenewegen *ad l. 2. C de iurisdict. omn. judic. & ad tit. ubi convenitur, qui certo loco dare promisit.* Struvius *ad Pand. h. t. num. 42.* Respons. JCtor. Holland. *part. 3. vol. 1. consil. 174.* In eoque forum competens ex contractu distare ab eo, quod est ex delicto, notat Donellus *Comment jur. civil. libr. 17. cap. 16.* vers. *alterum est.* Jure tamen singulari inter Hollandos Zelandosque quid convenerit de debitorum Zelandorum bonis in Hollandia per Hollandos jurisdictionis gratia non sistendis, de debitoribus tamen Zelandis in Hollandico contractus loco reperiis ad litis contestationem agendis, & vice versa, dixi *tit. de in jus vocando.* Vide *Provisioneel accord tusschen Holland en Zeeland 11. Junii 1674. art. 5. & seqq.* Quando vero contractus unusquisque censeatur perfectus esse, ex varia contractuum natura, prout vel re vel verbis vel consensu constiterint, dijudicandum est. Plane si contractus consensu constantes inter absentes seu diversis in locis domicilia foventes nuncio vel literis celebrari contigerit, commodissimum fuerit, illic contractum censeri perfectum, ubi literæ negotium concludentes acceptatæ sunt. Cum enim ad perfectionem contractus requiratur utriusque consensus, eo demum in loco negotium, de quo concludendo tractatur, videri potest perfectum, in quo partis utriusque consensus conjungitur, nuncio aut literis mittentem ipsum repræsentantibus, perinde ac si ipse ad eum, ad quem absentem litteras dedit, profectus, consensum coram ac præsens præsenti exposuisset: eodem scilicet modo, quo & ex opposito renunciationem societatis per epistolam declarans absenti socio, non ante censetur suum dissensum manifestasse in socii detrimentum, atque ita a societate liberatus esse, quam per redditas literas innotuerit socio renunciantis voluntas; non secus, ac si is socio absenti se stitisset præsentem. *l. sed & Jocius 17.*

§. si

§. *ſi abſenti 1. ff. pro ſocio.* Facitque in hanc ſententiam, quod vulgo traditum ab interpretibus, literas, moriente eo, qui contrahendi gratia eas miſerat, antequam acceptatæ eſſent ab eo, cui inſcriptæ erant, nec mittentem obligare nec acceptantem, aut alterutri prodeſſe; cum eo tempore, quo acceptabantur, ſcribentis mortalitas impedimento fuerit, quo minus concipi queat utriusque in idem placitum conſenſus. arg. *l. ſi cum 2. §. pen. ff. de donationibus.* ut pluribus autorum nominibus confirmat Berlichius *deciſ. 37. n. 4. et paſſim.* Quodſi, alibi conſenſu contrahentium interpoſito, alibi de tali conventione probationis gratia inſtrumentum conſcriptum ſit, non inſtrumenti confecti, ſed conſenſus interpoſiti locus forum competens efficiet ex cauſa contractus; neque enim ex figura literarum, ſed conventione obligamur. *l. non figura 38. ff. de oblig. et action.* nec aſſumta extrinſecus ſcriptura, ut, quod actum eſt, facilius per eam probari poſſit, contractum aut facit, aut perficit. *l. in re 4. ff. de fide inſtrum. l. contrahitur 4. ff. de pignor. et hypoth. arg. l. exigere 65. ff. h. t.* niſi, ut contractus in ſcriptis fieret, placuiſſe conſtiterit: cum enim eo placito id efficiatur, ne contractus habeatur perfectus, niſi inſtrumentum ſubſcriptione partium aliisque requiſitis firmatum, omnibus numeris abſolutum ſit. *pr. Inſtit. de emtione vend. l. contractus 17. C. de fide inſtrument.* vix eſt, ut non in inſtrumenti conſcripti loco contractus talis credatur celebratus. Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. n.* 111. 112. Sed &, ſi alibi contractus perfectus ſit, ad alium vero locum ſolutio ſeu implementum conventionis deſtinatum, contraxiſſe unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut ſolveret, ſe obligavit; dummodo & ibi ſecundum antedicta inventus fuerit aut bona habeat. *l. contraxiſſe 21. ff. de oblig. et action. l. aut ubi 3. ff. de reb. autor. jud. poſſid. l. heres abſens 19. §. ult. l. exigere 65. ff. h. t. l. unic. C. ubi convenitur qui certo loco dare promiſit.* Ant. Faber *Cod. d. libr. 3. tit. 15. defin. 4.* Zangerus *de except. part. 2. cap. 1. n.* 110. Jacobus Coren *obſervat. 28. n. 35. & ſeqq.* Groenewegen *ad tit. Cod. ubi conveniur qui certo loco dare promiſit.*

74. Quibus porro in locis actione tutelæ ad rationes reddendas, aut ex teſtamento ad legata aut fideicommiſſa ſolvenda, vel familiæ erciſcundæ judicio ad hereditatem dividendam & præſtationes perſonales experiundum ſit, ubi judicium univer-

universale concursus inter creditores ventilari debeat, commodius tradetur *tit. familiae erciſc. tit. de tutelae & ration. diſtrah. tit. de legatis & fideicommiſ. & tit. qui pot. in pignore.* Non tamen ex loco contractus forum competens est, si id nominatim actum fuerit, ut non ibi, sed alibi conveniretur. *l. heres 19. §. proinde 2. ff. h. t.* aut cum advena contractum sit, qui in loco contractus nec domicilium habens, nec tabernam vel officinam conductam, confestim inde discessurus est, sciente id adversario quocum contraxit. *d. l. 19. §. 2. ff. h. t.* cujus exemplum etiam est in *l. exigere 65. ff. h. t.* quod tamen postremum, inducto per mores sistendi jure, nunc non servatur.

75. Est & forum competens ex *jurisdictionis prorogatione*, de qua ex professo actum *tit. de jurisdictione n. 14. et sequent. ad n. 38.*

76. Adhæc ratione *rei sitae* recte de rei proprietate vel possessione quisque experitur in rem actione eo in loco, in quo res, propter quas contenditur, sitæ aut constitutæ sunt; sive singulari vindicatione, sive universali hereditatis petitione earum persecutio facienda sit. *l. 2. l. 3. C. ubi in rem actio. l. unic. C. ubi de hereditate agitur.* sive de mobilibus sive de immobilibus agatur rebus; cum & in mobilibus ex præsenti possessione actio sit. *l. non alias 24. §. ult. l. quod legatur 38. ff. h. t.* jure sistendi secundum mores hodiernos adhibito, rebusque in loco, ubi sunt, arresto gravatis, ac possessore alibi degente solenniter citato. Groenewegen *ad l. unic. C. ubi de heredit. agitur.* Neque enim interest, utrum reus ibidem præsens sit, nec ne: nam si legitime citatus possessor sese non sistat, nec rei controversæ suscipiat defensionem, in rei indefensæ possessionem actor a judice mittendus est. *d. l. 2. C. ubi in rem actio.* hodie lis etiam principalis post rei contumaciam, ex allegatis ab actore ac probatis terminanda, ex notissima praxi. Constat etenim, in hac fori competentis causa tam personæ, quam potius rei, quæ petitur, rationem haberi, neque reum ad se defendendum, cum ab ejus persona nihil petatur, sed ad defendendam rem venire. Unde & eos, qui alioquin fori gaudent privilegio, de proprietate vel possessione conventos in rei sitæ loco, non posse per oppositam fori præscriptionem litem ad suum privilegiatum revocare forum, verius est. Clericum sane hac ratione conventum de re seculari

apud ſecularem judicem in rei ſitæ loco, teneri ibidem litem excipere, traditum ab Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 37. n. 4.* Mynſingero *cent. 1. obſerv. 22.* Struvio *ad Pand. h. t. n. 49.* Vinnio *ſelect. quæſt. libr. 1. cap. 18. in pr.* Brunnemanno *ad l. 3. C. ubi in rem actio.* Et Academicum de re in loco ſtudii ſita vocatum ad judicem ordinarium, ad Rectorem judicemve Academicum remittendum non eſſe, poſt alios ſcripſit idem Vinnius *d. loco*: quo & Academiæ Leydenſis ſtatutis *articulo 39.* cautum eſt.

77. An autem cum hoc rei ſitæ foro concurrat etiam forum ex domicilio rei poſſidentis, non adeo expeditum eſt. Non concurrere, ſed præciſe tantum in rei ſitæ loco ventilandas eſſe de proprietate vel poſſeſſione controverſias, multis contendit Donellus *comment. jur. civil. libr. 17. cap. 17.* Stockmans *Curiae Brabant. deciſ. 136.* Contra, concurſum admittendum eſſe, electione actori data, an in domicilii an ſitus loco experiri deſideret, aliis placuit, inter quos Joh. Deckherus *lib. 2. diſſert. 10. n. 15.* Menochius *de adipiſcenda poſſeſſ. remed. 4. n. 402. 403.* Struvius *ad Pand. h. t. n. 52.* Vinnius *quæſt. ſelect. libr. 1. cap. 18.* Brunnemannus *ad l. 3. C. ubi in rem actio.* ab utrisque recedit ex parte Cujacius *libr. 5. obſerv. 19.* Neque religio mihi eſt, mediam quodammodo hic ingredi viam. Etenim mobilia non in loco tantum, in quo ſunt, ſed & alibi, ubi forum competens reus ſortitur, rei vindicatione peti poſſe, evidenter colligitur ex *§. 2. & 3. Inſt. de off. judic. l. ſi res mobilis 10. l. 11. & 12. ff. de rei vindicat.* in quibus dum Juriſconſulti quærunt, ubi reſtitutio rei mobilis vindicatæ facienda ſit, ac definiunt, eam, ſi præſens non ſit, nec lite pendente dolo malo rei ab eo loco, in quo lis conteſtata, tranſlata fuerit, reſtitui poſſe vel in loco, ubi agitur, vel in loco, ubi res eſt, & ubi eam tum bonæ tum malæ fidei poſſeſſor nactus eſt; hoc ipſo duo diſtincta conſiderant loca, alterum, in quo res eſt, & in quo non erat actum, alterum in quo de re mobili abſente litis conteſtatio facta erat. Commodior autem non erat agendi locus de re mobili extra ſitus locum, quam in quo poſſeſſor domicilium fovebat; quique cum aliis plerisque concurrit ſpecialibus fori competentis cauſis. Et hanc ipſam fuiſſe mentem Imperatorum in *l. ult. C. ubi in rem actio*, perſuaſum habeo; ajunt enim; *actor rei forum, ſive in rem, ſive in perſonam ſit actio, ſequitur. Sed & in locis, in quibus res, propter*

ter quas contenditur, conſtitutae ſunt, jubemus in rem actionem adverſus poſſidentem moveri. Agunt de rebus, quæ in *aliquo loco conſtitutae ſunt;* quod mobilium proprium eſt, aut perſonarum, quæ in loco, in certa provincia, *conſtitutae* perhibentur in *l. 1. C. ubi in rem actio.* non item immobilium, quippe quæ minus accurate, minus ſaltem proprie, in aliquo loco *conſtitui aut conſtituta* eſſe dicuntur; rectius, *ſita eſſe. l. 2. C. eod. tit. ubi in rem actio.* De his mobilibus in certo loco conſtitutis ajunt, *actorem ſequi forum rei,* ſive in rem, ſive in perſonam, actio ſit; ſequitur vero actor forum rei, cum eundem in domicilii loco interpellat, hanc enim interpretationem ea verba recipere, patet, tum ex *l. juris ordinem 2. C. de jurisdict. omn. jud.* tum ex eo, quod conjunguntur in *d. l. ult.* actiones in perſonam & in rem; at, quin in perſonam actiones in domicilii loco jure optimo moveantur, dubium nulli eſt. Sed ne ſolus domicilii locus videretur ad forum competens conſtituendum idoneus, ſubjungunt Imperatores in *d. l. ult.* & alterum, in quo res controverſæ conſtitutæ ſunt; conjunctione illa, *ſed & in locis in quibus &c.* Nec abhorret hæc ſententia a juris rationibus: nam, cum mobilia nulli certo loco alligata ſint, ſed reſtitutionem ubicunque recipiant, arbitrio judicis aut etiam rei victi, de loco in locum transferenda, potuit efficaciter judex reum, domicilii intuitu ſibi ſubjectum, ad reſtitutionem rei mobilis in quocunque idoneo, ac vel ipſo domicilii loco, faciendam damnare. *d. l. 10. 11. 12. ff. de rei vindicat.* Eoque facit, quod ab interpretibus communiter eſt traditum, mobilia perſonam comitari, ac cenſeri illic eſſe quantum ad effectus juris, ubi dominus ipſorum domicilium fovet, etſi naturaliter alibi conſtituta eſſent. Neque hanc de rebus mobilibus opinionem evertit *l. quod legatur 38. ff. h. t* Etenim cum Vinnio in *d. lib. 1. ſelect. quaeſt. cap. 18.* reſponderi poteſt, Jurisconſultum, ajentem, *etiam ibi peti debet, ubi res eſt,* vim & effectum ſolutionis reſpicere; quia, ſi alibi petatur, heres tamen eo loco, ubi res ſine heredis facto eſt, ſolvere eam poteſt, convenienter *d. legi 10. 11. 12. ff. de rei vindicat.* Conſtat utique, in *d. l. 38.* id, quod in fine legis dicitur, *peti debere ubi res eſt,* in principio ejusdem legis expreſſum eſſe per *dationem,* quæ ad exactionem ſequi debebat, *ibi, ubi res eſt.* Contra ſeſe res habet in immobilibus, quæ certo adſtricta loco, ſitum ex poſſeſſoris voluntate judicisve decreto mutare, vel

aliorſum transferri, natura vetat. Cum ergo non alibi, quam ubi perenniter ſita manebunt, ratione naturali poſſint reſtitui, etiam congruum fuit, non alium competentem actionis, quæ in rem immobilem eſt, judicem eſſe, quam qui imperio & jurisdictione ſua poſſet poſſeſſione ſpoliare reum, contumaciter judicato ſatisfacere detrectantem, adhibita etiam militari manu; juxta *l. qui reſtituere 68. ff. de rei vindicat. l. ſi quis miſſus 3 ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſus erit.* Qua ratione etiam a Paulo traditum, *eum, qui poſſidere jubetur, eo loco juſſum videri, cujus cura ad jubentem pertinet*, dum non erat in jubentis poteſtate inducere manu militari in poſſeſſionem rerum, niſi quæ in territorio ejus ſitæ erant, *l. cum unus 12. §. is qui poſſidere 1. ff. de reb. autor. jud. poſſid.* Et his convenienter a Conſtantino in *l. 2. C. ubi in rem actio*, reſcriptum eſt, eum, qui alterius nomine quolibet modo *poſſidens immobilem rem*, litem ab aliquo per in rem actionem ſuſtinet, debere ſtatim dominum nominare, ut is, ſive in eadem civitate, *ſive in alia degat*, intra certum tempus a judice definiendum, *vel ipſe in loca, in quibus praedium ſitum eſt, perveniens, vel procuratorem mittens, intentionem actoris excipiat.* Eademque Imperatorum ſententia eſt in *l. unic. C. ubi de poſſeſſione;* dum ajunt, *convenire*, ut adverſus eum, qui poſſeſſionem turbavit, *judicet judex loci, ubi vis facta dicitur, aut momentanea poſſeſſio poſtulanda eſt*, intentato ſcilicet interdicto unde vi, in ſolis immobilibus locum habente. Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ.* 114. Adde Burgundum *ad conſuet. Flandriae tract. 3. n. 8.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 5. conſil. 39. in pr.* Neque turbatur hæc noſtra de immobilibus aſſertio ex eo, quod hereditatis petitio non tantum in loco, in quo res hereditariæ ſitæ ſunt, ſed & ubi domicilium reus habet, intentari poſſit. *l. unic. C. ubi de hereditate agatur.* ſi modo conſideremus, hereditatis petitionem non eſſe meram in rem actionem, ſed & ſimul in perſonam, adeoque mixtam; mixtæ ergo hujus actionis, perſonalis ratio effecit, ut ita ab Imperatoribus reſponſum ſit. Uti enim de hac ipſa actione mixta alibi reſcriptum fuit, longi temporis præſcriptione eam non ſummoveri, eodem modo, quo non ſummoventur longi temporis præſcriptione pleræque in perſonam actiones; addita etiam ratione, *quod mixtae perſonalis actionis natura id reſpondere compellat;* cum contrarium in cæteris ſpecialibus in rem actionibus ſervaretur. *l. hereditatis 7. C. de*

C. de petit. hered. l. 1. §. 1. C. de annali except. ita, cum ex obligatione conveniri regulariter unusquisque posset in domicilii loco, etsi nec res præstanda illic inveniretur, nec contractus esset celebratus. *l. heres 19. §. ult. ff. h. t. l. juris ordinem 2. C. de jurisdict. omn. judic.* justum fuit, ut hæc actio, etiam ex obligatione nata, & hactenus personalis, in eo quoque cæteris exæquaretur in personam actionibus, ut non modo illic, ubi res sita est, sed & in loco domicilii rei posset moveri, & ita res ipsa simul cum præstationibus personalibus in alterutro loco peti. Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. n. 294. & seqq.* Meyerus *colleg. Argentorat. ad Pand. h. t. n. 238. 239. 240.*

78. Reconventio insuper, seu mutua petitio, qua reus viciſſim quid ab actore petit ex eadem vel diversa causa, forum competens efficit: æquum enim visum fuit, ut judicem tanquam idoneum agnoscat unusquisque tanquam reus, quem tanquam actor etiamnum agnoscit; (nisi eum in causa reconventionis possit suspectum arguere. *nov. 96. cap. illud quoque 2.* frustra dissentiente Carpzovio, dum exceptiones judicis non competentis & judicis suspecti imprudenter confundit, *defin. for. part. 1. constit. 7. defin. 3.*) in tantum, ut & tanquam actor repellendus sit, qui causam reconventionis excipere tanquam reus recusat, neque reus ultra procedere teneatur in causa conventionis, si reconventus nolit ad mutuam respondere petitionem. *l. si idem 11. §. sed & si 1. ff. de jurisdict. l. qui non cogitur 22. ff. h. t. l. cum Papinianus 14. & auth. & consequenter C. de sentent. & interlocut. omn. judic. d. nov. 96. c. 2.* Quin etiam adversus eum non respondentem in reconventione, ut contumacem, reus causam tum conventionis tum reconventionis urgere potest: neque enim actori liberum est, liti a se inchoatæ renunciare, ut reconventionis judicium declinet; &, si maxime a sua petitione in universum desistat, mutuæ tamen petitionis intuitu apud eundem judicem teneretur litigare, quasi præventus. Matthæus de Afflictis *decis. 173. num. 5.* Christinæus *vol. 4. decis. 94. num. 5.* Sande *decis. Frisic. libr. 1. tit. 18. defin. unic.* Wassenaar *pract. judic. cap. 3. num. 4.* etiamsi id usu inductum inveniretur, ut causa reconventionis non nisi post finitam conventionis causam agitanda foret, uti id in Saxonia obtinuit. Berlichius *part. 1. conclus. practicab. 22. num. 64. & seqq.* Nec refert, una an pluribus actionibus uno libello cumulatis (quod hodie licere, dictum *tit.*

de edendo.) reus actorem reconvenire velit. Uti nec interest, utrum ex conventione, an ex delicto, reconventio fiat, aut etiam ex crimine publico, in quantum is, qui læsus est, adversus delinquentem ad pœnam pecuniariam sibi ex juris Romani præceptis applicandam, vel ex nostro usu ad id quod interest, contendit *l. 1. C. rerum amotarum. l. si ambo 10. §. quotiens 2. ff. de compensat.* Berlichius *part. 1. conclus. 22. num. 30.* Qua ratione etiam in actione injuriarum mutuas petitiones admitti, apud nos receptum est. Vide van Alphens Papegaey *part. 1. cap. 8. circa fin. pag. mihi 96.* uti & apud Saxones, teste Carpzovio *defin. for. part. 1. constit. 7. defin. 13.* idque in quantum actione injuriarum conventus contendit, se magis injuriam perpessum esse, quam intulisse: nam ut injuriarum actione conventus, non ex injuria, sed vel ex contractu, vel alia simili causa, reconventionem faceret, haud visum fuit permittendum; alioquin enim, (ut cum Juliano Ulpianus eleganter ait) aut impune contumeliis & damnis homines afficientur, aut erit in potestate cujusque, pulsando eos, subjicere eos jurisdictioni, dum se vindicant. *l. consensisse 2. §. item si extra 5. ff. h. t.* Cancerius *var. resolut. part. 2. cap. 13. num. 59.* Non etiam impeditur unus ex pluribus reis, puta, coheredibus simul conventis, reconvenire actorem ex negotio, quod ipsi soli cum actore intercessit, nec ei cum cæteris ejusdem litis consortibus commune est. Et vice versa idem obtinet, si unus a pluribus coheredibus actione quadam hereditaria conventus, unum ex heredibus alia ex causa vicissim debentem, mutua velit impetere conventione. Cum enim nomina & actiones ipso jure inter coheredes divisæ sint, ac singuli separatim pro portione hereditaria debeant, ipsisve debeatur. *l. 2. §. ult. l. 3. l. 25. §. 9. 13. ff. famil. erciſc.* consequens est, ut, etsi simul agant aut conveniantur, perinde tamen considerandi veniant, ac si singuli seorsim actionem intentassent, aut excepissent intentatam; tot denique videri debeant actiones motæ, quot personæ simul agunt aut conveniuntur, sic ut & singuli heredes separatim pro sua quisque parte agere ac conveniri queant. *l. 1. §. si pecunia 36. ff. depositi. l. 1. C. de exception.* arg. *§. quotiens 18. Instit. de inutil. stipulat. l. scire debemus 29. l. quod dicitur 86. ff. de verbor. oblig. l. quia dicitur 32. ff. de eviction.* Berlichius *part. 1. conclus. pract. 22. num. 14.*

79. Observandum interim, neminem invitum constringi posse, ut apud eundem judicem, coram quo conventus est, vicissim

ciſſim ab actore petat. Cum enim ſupra monitum ſit, actoris electionem eſſe, quo in loco reum, pluribus in locis forum competens ſortientem, convenire malit; atque inſuper in ipſius rei conventi utilitatem excogitatum ſit reconventionis faciendæ jus; abſurdum fuerit, eum hac privari electione, aut invitum ad id adigi, ut ſuo uteretur beneficio, cui unusquisque ſecundum juris principia poteſt renunciare. Si tamen reconvenire nolit, jus Romanum hanc ei imponit neceſſitatem, ut litem alio coram judice non ante moveat, quam poſt litis prioris illatæ finem. *novell. 96. cap. 2.* Jus quoque canonicum eandem neceſſitatem reo videtur imponere, niſi judicem illum in reconventionis cauſa ſuſpectum habeat. *cap. diſpendia 3. de reſcriptis in 6.* Quæ, an & noſtris moribus conveniant, haud immerito addubites; cum inter duos eodem tempore plures diverſis in locis lites intercedere, quotidianum ſit. Vide Merulam *praxi lib. 4. tit. 43. cap. 1.*

80. Sed nec illud negligendum, neque omni tempore, neque adverſus omnes actores, neque apud omnem judicem, nec denique omni in actione, reconventionem promiſcue admiſſam eſſe. Tempus quod attinet, etſi conſultius reo ſit, ſtatim in ipſo litis ingreſſu reconventionem facere, ad id ut pari paſſu lis utraque procedat, de quo in ſequentibus *num. 86. 88.* tamen & poſtea in quavis judicii parte eandem fieri nihil vetat, dummodo meminerimus, tunc non ita eadem ſententia litem reconventionis ſimul dirimendam eſſe: durat etenim, pendente conventionis lite, eadem æquitatis ratio, quæ reconventionem introduci ſuaſit; ut nempe actor Judicem non dedignetur tanquam inidoneum in reconventione, quem in conventione ut idoneum agnovit. Quæ ſententia, uti juri canonico conveniens eſt, *cap. diſpendia 3. de reſcriptis in 6.* quo ſcriptum eſt, *reum, ſi durante eodem judicio actorem ſibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio apud eosdem judices experiri;* ita & juri civili congruit; dum generaliter definitum, *eum, qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, ſi ipſe ibi agat, cogendum actionem accipere, l. qui non cogitur 22. ff. h. t.* neutro ſcilicet jure diſtinctio temporis invenitur propoſita, ſed utrobique generalis definitio eſt, *durante judicio, & ſi ipſe agat*, adeoque non tantum in litis exordio, ſed & in omni judicii parte. Ac ne Juſtinianus quidem diſtinctione temporis circa reconveniendi poteſtatem uſus eſt, ſed & ipſe ſimpliciter eam ad forum competens conſtituendum admi-

ſit. *l. cum Papinianus 14. C. de ſent. & interlocut. omn. judic.* denique verbis ſatis manifeſtis id Papinianus ſignificat, dum ait, in rem ſuam datum procuratorem *poſt litis conteſtationem ſi vice mutua conveniatur*, compenſationis æquitate uſurum, *l. in rem ſuam 18. ff. de compenſation.* Illa etenim verba, *poſt litis conteſtationem*, neque recte conjunguntur cum primis legis iſtius verbis, quali ſenſus eſſet, tum compenſationi locum eſſe, cum poſt litem conteſtatam quis procurator in rem ſuam datus eſt. Neque etiam cum poſtremis, quaſi JCtus voluiſſet, poſt litem demum conteſtatam poſſe objici compenſationem ab eo, qui in rem ſuam procurator conſtitutus eſt: nam & ante litem conteſtatam recte quemque in rem ſuam conſtitui procuratorem, certum eſt, & compenſatione uti, dicetur *tit. de compenſat.* ac colligi poteſt arg. *l. ſi delegatio 3. Cod. de novat. l. procurat. 55. ff. de procurat.* Ut proinde non aliud reſtet, quam ut *litis conteſtationem* ad ipſam referamus mutuam petitionem, tanquam lite jam conteſtata adhuc permiſſam. Quod autem in *novell. 96. cap. 2.* ab Imperatore conſtitutum eſt, reum, ſi ſibi obnoxium arbitretur eum, a quo conventus eſt, eundem *mox a principio* debere reconvenire, non alio pertinet, quam ad id, ut lis utraque ſimul decurrat, ſeu, ut Imp. ait, *ſimiliter lis utraque exerceatur.* Etſi ergo reconventio, poſt litem demum conteſtatam coepta, illud non operetur, ut ſimul utrique diſceptationi eodem tempore finis imponatur; efficit tamen, ut actor nequeat per declinatoriam fori exceptionem ſeſe judicis ejusdem cognitioni ſubducere ac jurisdictioni. Vide varie ſentientes Berlichium *part. 1. concluſ. pract. 22. num. 48. & ſeqq.* Cancerium *var. reſolut. part. 2. cap. 13. num. 2. & ſeqq.* Chriſtinæum *ad leg. Mechlin. tit. 1. art. 24. num. 3. & ſeqq.* & *vol. 4. deciſ. 94. num. 6. 7.* Merulam *praxi libr. 4. tit. 43. cap. 2. & 4.* Carpzovium *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 7. defin. 2.* Zangerum *de exceptionib. part. 2. cap. 1. num. 383.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr. 1. cap. 27. num. 4.* Poſt litem conventionis, jam judiciali ſententia terminatam, reconventionem fruſtra fieri, inter omnes fere convenit: neque enim ullo tempore mutuæ petitiones dici poſſunt, quarum una jam finem habuit, antequam alterius initium eſſet. Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 6. defin. 2.* Sed nec in appellatione a ſententia definitiva, ſi prætermiſſa fuerit in prima lite; Pſittacus Hollandiæ *tit. 23.* van Appel *pag. mihi 303. in pr.* non ea quidem ratione, quæ eſt apud Ant. Fabrum *Cod. libr. 8. tit. 24. defin.*

fin. 2. in fine. quaſi reconventio ante litem conteſtatam fieri debeat, per appellationem autem judicatum quidem, at non litis conteſtatio extinguatur: contrarium enim jam demonſtratum eſt: ſed potius, quod judex in appellatione de eo tantum cognoſcere debeat ac definire, utrum a judice inferiore recte an perperam judicatum ſit; atque adeo officium ejus haudquaquam ſeſe poſſit extendere ad ea, de quibus in prima lite neque cognitio interpoſita, neque ſententia lata eſt. Confirmatque hanc ſententiam Papinianus ac Ulpianus, dum ajunt, illum, qui provocationis interpoſitæ gratia Romam venit, non adigendum, ut aliam illic litem excipiat, ſed jus revocandi domum habere; ratione addita, quoniam ob aliam cauſam eo venerat vel evocatus erat. *l. conſenſiſſe 2. §. legatis 3.* verſ. *ei quoque ff. h. t. l. ad cognitionem 13. ff. quib. ex cauſis in poſſeſſ. eatur.* Berlichius *part. 1. practic. concluſ. 22. num. 22.* Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 6. defin. 1.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr. 1. cap. 27. num. 5.* Quibus non adverſantur quæ a Wilhelmo Grotio in manuduct. ad praxin Batavic. *libr. 1. cap. 9. num. 24.* tradita & uſu quotidiano evidentia ſunt, poſſe ſcilicet eum, adverſus quem appellatio ad judicem ſuperiorem facta eſt, etiam viciſſim appellatione uti, & ita quaſi reconvenire appellantem, ubi non omnia ſibi ex voto adjudicata videt, (vulgo *grieven a minima proponeren*) neque enim iſta reconventionis ſpecies appellationi adverſa eſt; cum hic judex ſuperior non de aliis judicium interponat, quam quæ prima fuerant lite deciſa. Circa tempus tamen reconventionis faciendæ (ut hoc addam) Inſtructione Curiæ Flandricæ *art. 303.* cautum invenio, poſt litem plene conteſtatam admittendum non eſſe reum, invito actore, ad faciendam reconventionem. Contra, jure Saxonico non niſi finita lite conventionis, reconventionem fieri placuit, teſte Berlichio *concluſ. pract. part. 1. concluſ. 22. num. 53. & ſeqq.* Carpzovio *def. for. part. 1. conſt. 7. defin. 7.*

81. Non etiam adverſus omnes actores reconventionem inſtitui poſſe conſtat, ſed demum, ſi nomine proprio actionem intentaverint. Proinde etſi tutor, curator, procurator, adminiſtrator, aliique ſimiles pro pupillis ac aliis, quorum curant negotia, agentes, reconveniri quidem poſſint de eo, quod viciſſim pupilli ac reliqui, pro quibus in judicio conſiſtunt, reo convento dicuntur debere; non tamen de eo, ad quod dandum, faciendum, præſtandum, reſtituendum ipſi nomine ſuo pro-

prio, non qua tutores aut administratores, obligati sunt; ne, dum forte reconventionis metu ipsam conventionis litem intentare reformidant, ac differunt, commoda pupillorum, eorumve, quorum res gerunt, neglecta depereant. Uti vice versa tales suo nomine proprio experiuntes reconventionem pati non tenentur de eo, quod reo convento debitum ab his, quorum tutelam aut negotia tractant. Eoque facit, quod tutori, pupillorum nomine petenti, nullo jure objicitur compensatio pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine adversario debet. *l. pen. ff. de compensat.* Cancerius *variar. resolut. part 2. cap. 13. num. 13. & seqq.* vers. *quaero secundo.* Berlichius *d. part. 1. conclus. pract. 22. num. 12. 13.* Carpzovius *defin. forens. part. 1. constit. 7. defin. 6.* Brunnemannus *ad l. 33. §. 3. & 4. ff. de procurator.* Leeuwen *cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 27. n. 6.*

82. Sed nec unus ex sociis, communi societatis nomine actionem movens, reconventionem pati tenetur nomine ejus, quod ipse privatim, non societatis intuitu, reo debet; aut vice versa; tum, quia nec compensationem in tali casu admitti censent, ut dicam *tit. de compensat.* tum, quia non ita singuli socii, uti quidem heredes singuli secundum ante dicta, tanquam actores separati considerari possunt, nec pro sociorum numero multiplicati censentur actores aut actiones, quando societatis nomine lis movetur; sed magis una actio est universitatis sociorum; quemadmodum non multiplex sed una tantum obligatio & actio est, cum non res singulæ, sed rerum universitatis in conventionem deducta est. *l. scire debemus 29. l. quod dicitur 86. ff. de verbor. obligat.* tum denique, quia universitati sociorum debitum non singulis, qua singulis, debitum est, arg. *l. sicut 7. §. 1. ff. quod cujusque universit. nomine.* nec reus conventus tam cum actore, quam potius cum societate contraxisse videtur; ac proinde alia qualitate reconveniretur actor, quam qua primitus cœpit experiri; agendo scilicet societatem ac socios conjunctim repræsentans, in conventione autem ex propria tantum persona privatim consideratus. Berlichius *d. part. 1. conclus. pract. 22. num. 15.*

83. Similiter nec actor reconventionem pati tenetur ab eo, quem reus ad sui defensionem vocavit, ut puta, si emtor aliusve similis de re sibi vendita, aut aliis ex causis quæsita litem patiens, autori denunciaverit, ut sibi assistat, aut se defendat, ac ab ea actione, qua convenitur, præstet indemnem. Cum enim

actor

actor in conventione nullam autori sed emtori similibusque litem moverit, absurdum esset, autorem nulla lite ab actore interpellatum, reconventionem facere, quæ utique præcedentem supponit ac requirit conventionem. Cancerius *variar. resolut. part. 2. cap. 13. circa fin. n. 61. & seqq.* versu *tandem.* Secus quam obtineret, si autor ab emtore & similibus vocatus, ut liti assistat, vocantem ipsum vellet reconvenire: est enim eo casu emtor non alio quam actoris loco habendus; autor vero considerandus tanquam reus; adeoque deesse tunc nequaquam videntur termini habiles ad mutuam petitionem movendam. Christinæus *vol. 4. decis. 94. n. 5.*

84. Quodsi in rem suam constitutus procurator actione cessa agat, non aliter reconventionem, quam cedens pati debuerat, ipse pati, ac defendere cessionarium tenetur, quam si in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, negotium gestum sit; si modo hic procurator in rem suam non cessis directis, sed utilibus actionibus, experiatur. Sciendum enim, eos, quibus nomen aut venditum aut donatum aut legatum est, non modo procuratorio nomine directas actiones, ex cessione sibi quæsitas, in judicium deducere, sed & utiles velut sibi proprias suo nomine posse intentare; sive hereditate vendita de actionibus hereditariis quæstio sit, sive singulare nomen titulo singulari fuerit translatum. *l. emtor hereditatis 5. l. 7. l. 8. l. 9. C. de hered. vel act. vend. l. si cum emtore 16. ff. de pactis.* Ubi ergo utilibus cessionarius contendit actionibus, cum non alium repræsentet, sed suo nomine in lite subsistat, æquum visum non fuit, eum reconventione adstringi ad subeundam cedentis defensionem, cujus personam non sustinebat in conventione; nisi fraude probata, cui nullum a legibus patrocinium est. arg. *l. si quis in rem 34. ff. de procurator.* Sed si in rem suam constitutus procuratorio nomine, atque adeo directis actionibus mandatis, agat; distinguendum, utrum necessitate cogente, an ex libera voluntate cessio facta sit. Si ex necessitate, reconventionis causam, quæ cedenti poterat moveri, suscipere non compellitur. *l. servum 33. §. ult. ff. de procurator.* veluti si judicio familiæ erciscundæ nomina hereditaria uni ex heredibus adjudicata sint. *l. plane 3. ff. famil. erciscund.* vel uni ex pluribus tutoribus aut fidejussoribus solidum solvere parato per pupillum aut creditorem actiones contra reliquos contutores aut confidejussores cessæ fuerint; vel alia quacunque ex causa contigerit actiones mandari,

dari, ad id, ut vel indemnitatem consequatur mandatarius, vel damni, alioquin ob cessionem non factam imminentis, periculum evi et. Neque hæc juris nostri definitio ratione destituitur: etsi enim regulariter mandatas exercens actiones eo jure uti debeat, quo is, cujus persona fungitur. *l. emtor 5. C. de hered. vel act. vendita.* novum tamen non est, ut subveniatur hominibus, ex necessitate quid facientibus, quibus non succurreretur, si sponte sua accessissent ad illud faciendum; ut id evincunt exempla in *l. si fidejussor 7. §. 1. l. de die 8. §. tutor 4. ff. qui satisd. cog. l. & si post tres 8. ff. si quis caution. in jud. sist. causa fact. non obtemp.* junct. *l. stipulatio ista 38. §. alteri 17. ff. de verbor. obligat.* Sande *de cessione actionum cap. 10. n. 4. & 5.* Berlichius *part 1. concluf. practic. 22. n. 23.* Hæc ita in cessione necessaria: sin a libero processerit arbitrio actionum mandatum, nonnullis placuit, procuratori in rem suam indistincte impositam esse necessitatem excipiendi reconventionem, quæ ante cessionem ipsi potuerat cedenti inferri. Ant. Faber *conject. libr. 11. cap. 10.* Donell. *comment. jur. civil. libr. 18. cap. 13. ante med.* versu, *sed tamen hoc.* Sande *de cessione actionum cap. 10. num. 3. 7. & seqq.* Sed ne vel emendationi temere nimis cum Fabro indulgeamus, vel cum Donello ac Sandio frustra simus in quærenda cessionis necessitate, quæ vere nulla est in facti speciebus occurrentibus in *l. si quis in rem 34. l. pater filio 70. ff. de procurator.* religio mihi fuerit, a vulgata recedere interpretum sententia, distinguentium inter cessionem voluntariam, quæ ex titulo onerofo, & eam, quæ ex lucrativo secuta est. Ut, si ex titulo onerofo interposita fuerit, non aliter reconventio & cedentis defensio cessionario imponenda sit, quam si in fraudem reconventionis actionum cessio fabricata doceatur: sin ex lucrativa causa, omni modo cessionarius ad causam quoque reconventionis ex capite cedentis defendendam compelli debeat. Priorem sane distinctionis assertionem satis evincit *d. l. 34. ff. de procurat.* de emtore hereditatis tractans, qui, ut ex libera voluntate eam emit, nullo imminente rei familiaris damno, etsi ab ea abstinuisset emtione; ita & sequelam venditionis, actionum nempe hereditariarum cessionem & exercitium sponte sua obtinuisse credendus est. nisi quis eadem ratione omnium actionum venditarum cessionem acquisitioni ex necessitate factæ voluerit accensitam, quod quantum a vero recedat, supervacuum est dicere. Posterius membrum evidenter apparet ex *d. l. pater filio 70. ff.*

70. *ff. de procurator.* ubi is, cui nomen ex lucrativa fideicommissi causa relictum fuerat, non aliter mandata per heredes actione uti potest, quam si eosdem defendat adversus eum ipsum debitorem, cui heredes illi ex alia ejusdem defuncti testatoris hereditaria causa, veluti tutelæ administratione, obnoxii fuerant. Et quid quæso justius, quam ut is, qui ex alieno capite commodum sentit, illudque in judicio persequitur, incommoda quoque sentiat, ac defendat eodem judicio eum, ex cujus beneficio ac liberalitate jus agendi habet. arg. *l. secundum naturam 10. ff. de regul. juris.* aut quid obsecro, interest, utrum quis ex capite cedentis patiatur reconventionem, an ex ejusdem cedentis persona doli exceptione oppositæ repulsam ferat; & tamen indubium est, eum quidem, qui ex lucrativa causa, non item eum, qui ex onerosa procurator in rem suam factus est, exceptione doli per cedentem commissi repelli posse. *l. apud Celsum 4. §. si cum legitima 28. in fine & 29. ff. de doli mali & met. except.* Neque hanc inter cessiones ex causa onerosa & lucrativa factas distinctionem impugnat Ulpianus in *l. servum 33. §. ult. ff. de procurator.* generaliter definens, *procuratorem in rem suam adhuc debere mandantem defendere.* Nam, cum illa regula restringatur limitatione una mox in eodem *& ult.* subjuncta, *nisi forte ex necessitate fuerit factus procurator in rem suam;* atque insuper altera per Gajum in sequenti *lege 34.* proposita, scilicet, nisi bona fide & non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, cessio ex causa emtionis, adeoque titulo oneroso, facta sit; consequens est, regulam illam Ulpiani, de procuratore in rem suam constituto conceptam, veritatem non invenire, nisi in cessionibus ex causa lucrativa factis, itemque in illis, quæ ex causa quidem onerosa, sed in fraudem reconventionis, ac ejus eludendæ gratia, erant interpositæ.

85. Sed nec apud omnem judicem reconventio recte fit. Etsi enim nihil interfit, utrum judex ordinarius an delegatus sit, aut etiam certis tantum causis judicandis constitutus, quoties reconventio etiam ex tali causa sit, quæ ejus potestati & cognitioni commissa est. arg. *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interlocut. cap. 1. extra, de mutuis petitionibus.* Andr. Gayl. *libr. 1. observ. 35. num. ult.* Menochius *de arbitrar. judic. lib. 1. quaest. 44. num. 2. & seqq.* non tamen indulgendum est, reconventionem fieri apud eos de causis talibus, quæ ne ex speciali quidem jurisdictionis prorogatione possent per eos determinari:

veluti

veluti ſi conventus apud judicem ordinarium de re non feudali, adverſarium vellet de re feudali (cujus peculiarem judicem eſſe, poſt dicetur) reconvenire; aut vice verſa de re feudali apud judicem feudalem impetitus, eundem de negotio ad ordinarii judicis notionem pertinente tentaret viciſſim interpellare. Quod & aperte conſtitutum apud Hollandos Inſtructione noviſſima Curiæ Feudalis Hollandicæ *7. Aprilis 1661. art. 9. vol. 2. placitor. Holl. pag. 2648.* ſi modo prima inſtantia, & non per appellationem, curia cognoſcat. Idemque jus eſt in cauſis omnibus, quæ judicum ordinariorum jurisdictioni ſubductæ, peculiarem ex legislatoris auctoritate judicem ſortitæ ſunt, ſi de his non ita jurisdictioni judicis ordinarii relictis mutua petitio apud eum inſtitueretur; aut contra; veluti in Hollandia alibique de cauſa poſſeſſionis. Carpzovius *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 7. defin. 4. num. 3. & ſeqq.* Berlichius *pract. concluſ. part. 1. concluſ. 22. num. 18. 19.* Neoſtadius *Cur. ſupr. deciſ. 127.* Menochius *de arbitrar. judic. libr. 1. cap. 44. num. 11. & ſeqq.* Mynſingerus *cent. 4. obſerv. 90.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 40. num. 6. & ſeqq.* Zangerus *de exceptionibus part 2. cap. 1. num. 378. & ſeqq.* Eoque faciunt, quæ tradidi *tit. de jurisdictione*, circa prorogationem. Diſſent. Cancerius *var. reſolut. part. 2. cap. 13. num. 53. & ſeqq.* verſ. *quaero decimo.* Quodſi quantitatis intuitu judicis poteſtas limitata ſit, uti ex prorogatione per litigantes facta etiam de majori quantitate judicare potuit. *l. inter convenientes 28. ff. ad municipal. l. de qua re 74. §. 1. ff. h. t.* ita & ex reconventione; ſic ut is, qui quantitatem minorem petit, judicis poteſtatem non excedentem, recte mutua conveniatur actione, ad eam quantitatem tendente, quæ ſupra judicis iſtius jurisdictionem eſt. *l. ſi idem 11. §. 1. & ſeqq. ff. de jurisdictione.* niſi judicibus delegatis cauſæ minores demandatæ fuerint, juſtitiæ promtius faciliusque expediendæ gratia, majoris quantitatis negotiis ordinario judici reſervatis: tunc enim, uti prorogatio admittenda non eſt, per rationes in *tit. de jurisdictione num. 35.* propoſitas, ita nec reconventionem admitti, ex iisdem fundamentis verius eſt, quoties praxis contraria non apparet. Carpzovius *defin. for. part. 1. conſtit. 7. defin. 4. n. 3. & ſeqq.* Confer Chriſtinæum *ad leg. Mechlinienſ. tit. 1. art. 16. n. 2. & ſeqq.*

86. Denique nec omnibus in cauſis reconventio probata eſt. Etenim, implorato tantum extra ordinem judicis officio, ſic ut illa imploratio non ſit actionis loco, neque tendat ad rei jurisve

jurisve noſtri perſecutionem, ſed tantum ad actum aliquem expediendum, velut inſinuationem alteri faciendam, aut ſimile quid; reconventio admittenda non videtur; cum reconventio præcedentem requirat conventionem, conventio autem judicialis non ſit, ubi nihil ab adverſario petitum eſt, nullave actio inſtituta. arg. *l. libertus 14. l. 15. ff. de in jus vocando. l. quaeſitum 5. ff. ad Senatusconſ. Turpillian.* Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 6. defin. 3.* Sed ſi imploratio extraordinaria auxilii judicialis actionem contineat, aut actionis vim, ſeu juris noſtri a tertio perſecutionem, nihil vetat, quominus mutua petitio admittenda foret, etiamſi cauſa petitionis non obſervato ſolito judiciorum ordine, ſed de plano vel ſummarie expedienda veniat: nam & eum, qui vel interdicto vel præjudiciali actione experitur, vel legatorum aut damni infecti nomine cautionem poſtulat, reconventum, defendere cogendum, Ulpianus notat, *l. ſed et hae 35. §. non ſolum 2. ff. de procurator.* & extraordinaria de ſalariis petitio apud præſidem facta efficit, ut de mutuis quoque petitionibus idem jure judicet. *l. 1. §. ult. ff. de extraordin. cognit.* Sande *d. loco.* ac quamvis in depoſito, & cauſis momentaneæ poſſeſſionis ſeu ſpolii, compenſatio non admittatur, ne retardetur depoſiti aut ſpolii reſtitutio. *l. pen. C. depoſiti. l. ult. §. 1. C. de compenſat. cap. 1. extra, de reſtitut. ſpoliat. cap. ult. extra de ordine cognit.* quo fundamento nonnullis placuit, reconventionem quoque denegandam eſſe: verius tamen eſt, ei locum fore, cum generalis reconventionis æquitas & hic uſum inveniat eatenus, ut depoſiti agens, aut reſtitui adverſus ſpolium deſiderans, eundem debeat agnoſcere judicem, alia ex cauſa viciſſim conventus, neque id uſpiam nominatim inveniatur prohibitum; ac a compenſatione ad reconventionem non omni ex parte argumentum procedat. Zœſius *ad tit. ff. depoſiti num. 10. 11.* Similiter, etſi alimentorum futurorum cauſa celerem deſideret definitionem, adeo ut per appellationem ſuſpendenda non videatur interpoſiti de iis præſtandis decreti executio. arg. *l. ult. ff. de appellat. reip. vel non.* nec compenſatione objecta videatur interim mora præſtationi eorundem injicienda; ut plenius dicetur *tit. de compenſat.* tamen & hic reconventum fori exceptione declinatoria cariturum ratio ſuperius adducta ſuadet. Generaliter namque tenendum eſt, tum in caſibus jam enumeratis, tum in aliis quibuscunque ſummariis in judicium deductis, reconventionem ad id ſaltem proficere poſſe, ut actor ſummaria agens

actio-

actione, judicem eundem agnoſcat mutua conventus petitione, & ita competens ibi forum ſortiatur. Berlichius *part. 1. concluſ. practic. 22. num. 31. & ſeqq.* Quamvis eo caſu neque pari paſſu lis utraque decurrere debeat, neque eadem pariter ſententia finiri. *d. cap. ult. extra, de ordine cognition.* ne cauſa non privilegiata, quæ ſervatis omnibus litium ſolennibus ac dilationibus expedienda eſt, cauſæ privilegiatæ officiat moramque injiciat contra leges, celeritatem in ea terminanda præcipientes; lite ſcilicet reconventionis poſt latam in conventione ſententiam deinceps ulterius ad finem perducenda, ſive victus in conventione appellandum cenſuerit, ſive ſententiæ latæ acquieſcendum: Niſi cauſa reconventionis æque, ac conventionis, ſummaria, & privilegio celerioris expeditionis donata ſit. Merula *praxi libr. 4. tit. 43. cap. 6. num. 4.* Ut proinde cavendum ſit a Cancerio aliisque ab eo allegatis, exiſtimantibus, cauſam reconventionis ordinariam aſſumere naturam cauſæ conventionis, & pariter cum cauſa conventionis ſummaria, quaſi & ipſa ſummaria eſſet, debere finiri. *Variar. reſolut. part. 2. cap. 13.* verſ. *quaero ſeptimo num. 39. & ſeqq.*

87. Interim ſilentio haud prætermittendum, uſu fori Hollandici reconventionem in interdicto quidem quorum bonorum, & aliis ſimilibus adipiſcendæ poſſeſſionis, reprobatam non eſſe; at nequaquam in interdicto unde vi & cauſa ſpolii admiſſam, quoties quis adverſus vim aut turbationem auxilium implorat, impetratis decretis, quæ appellant *mandementen van ſpolie, & mandementen van maintenue en complainte:* ita de praxi teſtante Wilhelmo Grotio *in ſua praxi fori Batavici libr. 1. cap. 9. n. 23.* Alphenio *in ſuo formulario part. 1. cap. 14. fere in fin. pag. mihi 113. & cap. 15. pag. 119.* verſ. *den gedaagde. & cap. 16. pag. mihi 129.* verſ. *in complainte.* Adde Waſſenaar *pract. jud. cap. 14. n. 9. 10.* Berlichium *pract. concluſ. pract. 1. concluſ. 22. n. 20.* ubi *& n. 24.* poſt Andream Gayl. *libr. 1. de pace publica obſerv. 12.* definit: in cauſa fractæ pacis publicæ ceſſare reconventionem.

88. In quibus autem cauſis hic reconventionis effectus eſt, ut pari paſſu unoque tempore & eadem ſententia conventionis & reconventionis judicium finiatur, quandoque tamen ob quasdam circumſtantias accidere poteſt, ut judicis officio conventionis cauſa ſeparetur a cauſa reconventionis, & alterutra ſola ſine altera terminetur; puta, ſi judici prius evidenter liqueat de una cauſa, cum altera illiquida prorſus eſſet, multisque ambagibus

ac

ac ambiguitatibus etiamnum involuta. Chriſtinæus *ad leg. Mechlinienſ. tit. 1. art. 24. n. 3.* Mynſingerus *cent. 1. obſerv. 10.* Ut &, ſi reconveniens nihil deinceps urgeat, aut producat Mynſingerus *cent. 1. obſ. 10.* Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 46.* Van Alphen *in formulario part. 1. cap. 1. n. 17. 18. 19. pag. mihi 39. in princ.* aut ſi demum poſt litem conteſtatam reconventio facta ſit. Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. num. 383.* Chriſtinæus *vol. 4. deciſ. 94. n. 6.* Idemque obtinet, ſi quis ſemel, iterum, tertioque citatus, ſui copiam non fecerit, deinceps autem ante ſententiam ſeſe ſiſtens mutua actorem convenerit petitione; eo quod quæ poſt talem contumaciam fiunt, perinde habenda ſunt, ac ſi poſt litem vere conteſtatam facta eſſent. Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 1. defin. 25.* Sed quibus in caſibus, definita conventionis lite, reconventionis cauſa adhuc pendens ac indeciſa relinquitur, liberum tamen ex jure hodierno eſt reconvenienti jam condemnato, debitam ex condemnatione pecuniam conſignare ac arreſto (ut loquuntur) gravare pro eventu litis, ex reconventione etiamnum pendentis, donec ille idoneam præſtiterit cautionem, ſive civis, ſive peregrinus ſit, qui reconventione impetitus eſt; etſi de cive id juris Saxonici interpretibus diſpliceat. Berlichius *practic. concluſ. part. 1. concluſ. 22. num. 59. 60.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 7. defin. 19.*

89. De cætero, illum, qui mutua actione reconventus eſt, non poſſe rurſus adverſarium iterata infeſtare reconventione, rationi conveniens eſt; ne alioquin in infinitum prope tentatis ac reciprocatis reconventionum vicibus, lites immortales redderentur, aut ſaltem varia illa litium multiplicatio inter eosdem eodem in judicio confuſionem pareret, ſummamque litium finiendarum difficultatem. Merula *praxi lib. 4. tit. 43. cap. 3. n. 3.*

90. Forum præterea competens facit *cauſae continentia*, quam ſeparari, legibus interdictum eſt: neque enim viſum fuit æquum, apud diverſos ventilari judices, quod in uno eodemque judicio commodius poterat terminari. *l. nulli 10. C. h. t.* Qua de re latius *ad tit. de quibus reb. ad eundem judicem eatur.*

91. Amplius *originis locus*, ſeu patria jure civili forum competens effecit, ſic ut vel in eo municipio, in quo quis civis erat, ſeu originarius, vel in eo, ubi incola tantum erat, recte in jus vocaretur: municipali quippe jurisdictioni, in utroque municipio ſubjectus. *l. incola 29. ff. ad municipalem.* Eſt autem originis locus, in quo quis natus eſt, aut naſci debuit;

buit; licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente. *l. filios 3. C. de municipibus & originariis. l. 1. princ. & §§. seqq. ff. ad municipalem.* Mascardus *de probat. conclus. 1147. n.* 5. Christinæus *vol.* 5. *decis. 33. & ad leg. Mechlinienf. tit. 5. art. 9. n. 5.* (quem tamen vide sibi fere contrarium *ad leg. Mechlinienf. tit. 5. art. 4. n. 4.*) & si ex vico ortus sit, eam patriam habere intelligitur, cui reipublicæ vicus ille respondet. *l. qui ex vico 30. ff. ad municipal.* Nam & qui in insula nati sunt, ejus regionis originarii dici possunt, ad quam ista insula pertinet: insulas enim Italiæ esse partem Italiæ, sicut cujusque provinciæ insulæ pars sunt istius provinciæ, Ulpianus scripsit *l. insulæ ff. h. tit.* sequiturque filius ex justis nuptiis quæsitus patris, non matris, originem ac conditionem, nisi materna origo privilegio munita sit: vulgo quæsitus non aliam, quam matris originem sequi potest. *d. l. 1. §. 2. ff. ad municipal. l. cum legitimae 19. ff. de statu homin.* Tametsi vero nativitas demonstrat originis locum, ac eatenus nemo originem mutare potest. *l. pen. C. de municip. & originar. l. assumtio 6. l. incola & his 29. ff. ad municipalem. l. 1. ff. de decurion.* tamen & ex juris fictione originarius quis esse creditur eo in loco in quo neque natus est, neque nasci debuit. Nam & manumissio manumissum reddit originarium loci ejus, in quo patronus originarius est; adeo ut a pluribus manumissus, omnium patronorum originem sequatur. *l. cives 7. C. de incolis. l. 1. assumtio 6. §. ult. l. 7. ff. ad municipalem.* quod minus miraberis, si consideres, manumissos frequenter tum nomen patroni sui assumsisse, tum familiam ejus esse secutos, docente Brissonio *antiq. lib. 2. cap. 14. pag. mihi 122. 123.* Sande *de prohibita alienat. part. 3. cap. 6. n.* 8. Nec minus illud adoptio operatur, in quantum adoptato adjicitur per adoptionem originis novæ temporarium jus in loco, ubi adoptans originarius est; duraturum usque ad adoptionis dissolutionem. *d. l. 1. l. ordine 15. §. ult. l. 16. ff. ad municipalem. d. l. 7. C. de incolis.* Denique & communem originis locum, seu patriam omnibus civibus Romanis, ubicunque natis, Romani Romam constituerunt. *l. Roma 33. ff. ad municipalem.* considerantes scilicet, ingentem hominum ex propriis patriis undiquaque ad maximam illam & pulcherrimam urbem confluxum; *Aspice, agedum,* (inquit Seneca consol. ad Helviam matrem cap. 6.) *hanc frequentiam, cui vix urbis immensa tecta sufficiunt. Maxi-*

ma

nia pars illius turbae patria caret, ex municipiis et coloniis suis, ex toto denique terrarum orbe confluxerunt. Alios adducit ambitio, alios necessitas officii publici, alios imposita legatio, alios luxuria, opulentum et oportunum vitiis locum quaerens: alios liberalium studiorum cupiditas, alios spectacula; quosdam traxit amicitia, quosdam industria latam ostentandae virtuti nacta materiam: quidam venalem formam attulerunt, quidam venalem eloquentiam: nullum non hominum genus concurrit in urbem et virtutibus et vitiis magna pretia ponentem. In haç ergo communi patria (licet in materia in integrum restitutionis milites, qui Romæ militabant, pro reipublicæ causa absentibus habitos fuisse, Ulpianus tradat *l. milites 7. ff. ex quib. caus. majores.*) unusquisque conveniri poterat, nisi jus revocandi domum habuisset; quales erant, qui tutelæ reddendæ causa, vel appellationis, vel restitutionis petendæ, vel testimonii dicendi gratia, Romam venerant. *l. consensisse 2. §. legatis 3. & §. 4. ff. h. t.* Præcipue legati, qui Romæ, aut alio in loco legationis causa existentes, ibidem cum effectu conveniri nequeunt, dum funguntur legatione, de debito in sua civitate aut provincia sua contracto. *d. l. 2. §. 3. & §. item si extra 5. l. si quis in legatione 8. ff. h. t. l. cum quaeritur 3. ff. de legation.* Imo, licet simpliciter quis eorum ante legationem promisisset, se Romæ soluturum, tamen ipso legationis tempore frustra Romæ conveniretur. *l eum, qui 5. §. Julianus 1. ff. de constit. pecunia. d. l. 2. §. omnes autem 4. ff. h. t.* secus quam obtineret, si ante legationem specialiter promisisset, se legationis tempore soluturum. *l. cum quaeritur 3. ff. de legation.* aut tempore legationis deliquisset, aut contraxisset principaliter in loco legationis: non enim habet jus revocandi domum, ibidem durante legatione conventus; ne alioquin potestas detur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi. *d. l. 2. §. 4. 5. l. non alias 24. §. 1. l. si legationis. 25. ff. h. t.* idemque est, si in arbitrum compromisisset. *l. non distinguemus 32. §. item si 9. ff. de receptis.* vel pro alio fidejussisset legationis tempore & loco. *l. cum furiosus 39. §. 1. ff. h. t.* non item si tempore legationis constituisset simpliciter sine loci adjectione, se soluturum, quod ipse in provincia ante legationem debuerat. *l. si quis in legatione 8. ff. h. tit.* de qua quæstione plenius *ad tit. de constituta pecunia in fine.* Quin & legatum Romæ reconveniri posse obtinuit, si ipse prius ibidem agat non injuriæ sibi illatæ vindi-

eandæ gratia. *l. conſeuſiſſe 2. §. item ſi extra 5. ff. h. t.* aut divortio intercedente legationis tempore, uxor ab eo dotis petat reſtitutionem, dotis favore. *l. ſi uxor 42. ff. h. t.* Ut &, quatenus in munere legationis non impeditur; quo fundamento ſi legationis tempore hereditatem adierit, ad ſolvendum quidem haud recte convenitur a creditoribus aut legatariis, ſed tamen ad ſatisdandum compellitur; uti & ad cautionem damni infecti nomine interponendam; alioquin miſſionem paſſurus in bonorum hereditariorum aut rei vitioſæ poſſeſſionem. *l. de eo autem 26. l. 27. l. 28. §. 3. ff. h. t.* Cæterum noſtris & plerorumque moribus originem & mutabilem eſſe quantum ad effectus, & non tribuere forum competens, quoties ibidem reus non invenitur; excepto ſolo majeſtatis crimine; notat poſt alios Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 7. n. 11.* Zangerus *de except. part. 2. cap. 1. n. 68. & ſeqq.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. conſ. 196. n. 2. 3.* Burgundus *ad conſuet. Flandr. tractat. 2. n. 3. & ſeqq.* Argentræus *ad conſuet. Britænn. art. 9. not. 1. n. 3.* Andr. Gayl. *lib. 2. obſerv. 36. n. 7. & ſeqq.* Struvius *ad Pand. h. t. n. 19.* Brunnemannus *ad l. 3. C. de municip. in fine.*

92. *Domicilii* quoque intuitu conveniri quisque poteſt, in eo ſcilicet loco, in quo larem, rerumque ac fortunarum ſuarum ſummam conſtituit, unde rurſus non ſit diſceſſurus, ſi nihil avocet, undeque cum profectus eſt, peregrinari videtur. *l. cives 7. C. de incolis. l. ſenatores 2. C. ubi ſenat. vel clar.* ſeu, ut Alfenus ait, ubi quisque ſedes & tabulas habet, ſuarumque rerum conſtitutionem fecit. *l. in lege cenſoria 203. ff. de verb. ſignif.* Quid in definitione ſit, *larem conſtituere*, exponit Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. n. 15. & ſeqq.* Differt autem hoc *domicilium* proprie dictum ab *origine;* eſt enim *origo* ex neceſſitate a natura ac nativitate, & una tantum regulariter, non multiplex; nec ſine origine quisquam eſſe, neque mutari illa aut amitti originarii arbitratu poteſt, ſi jus Romanum ſpectes. *l. adſumtio 6. pr. ff. ad municipalem.* nili quod mulier, quamdiu nupta in domicilio mariti moratur, & ſenator, muneribus ibi, unde originem trahit, fungi non teneretur. *l. municeps 23. l. ult. §. 3. ff. ad municipalem.* Contra vero *domicilium* ex libera conſtituitur mutaturque patriſfamilias voluntate; neque repugnat, etiam ſine domicilio civem Romanum eſſe, dum domicilio relicto navigat aut iter facit, quærens, quo ſe conferat, atque ubi conſtituat. *l. ejus qui 27. §. Celſus 2. ff.*

2. ff. ad municipal. uti viciſſim prudentibus placuit, duobus locis poſſe aliquem habere domicilium, ſi utrobique ita ſe inſtruxit, ut non ideo minus apud alteros ſe collocaſſe videatur. *l. labeo 5. l. adſumtio 6. §. viris 2. d. l. ejus qui 27. §. Celſus 2. ff. ad municipal. l. pen. ff. de ſenatoribus.* Zangerus *de except. part. 2. cap. 1. n. 89. & ſeqq.* quo etiam caſu electio videtur actori tribuenda, in cujus domicilii loco reum velit convenire, ſecundum ea, quæ ante de plurium fororum concurſu dicta. arg. *l. arbitraria 2. §. Scaevola 3. ff. de eo quod certo loco.* Hilligerus Donell. *enucl. lib. 17. cap. 12. lit. g.* Struvius *ad Pand. h. t. n. 26. in fine.* niſi malimus, eum conveniendum eſſe in eo domicilio, ubi tempore in jus vocationis cum uxore & liberis aut familia moratur, cum Peckio *de jure fiſtendi cap. 39. n. 4.* & Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 2. lib. 1. cap. 12. n. 5.* Interim inficias haud eundum, quin in dubio unusquisque domicilium in ipſo potius originis loco, quam alibi, præſumatur habere: cum enim ab initio jus domicilii a patre in filium translatum ſit, atque ita filius ſecutus ſit domicilium habitationis paternæ, conſequens eſt, ut is, qui id mutatum contendit, hoc ipſum probet; cum in eodem ſtatu res unaquæque manſiſſe credatur, donec contrarium demonſtratum fuerit. arg. *l. filios. 3. C. de municip. & originariis. l. libertus 17. §. patris domicilium 11. ff. ad municipal.* Cujacius *ad d. l. 3. C. de municip.* Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. n. 9. & ſeqq.* Maſcardus *de probation. part. 2. concluſ. 535. n. 1.* Chriſtinæus *vol. 5. deciſ. 31. n. 12. 13.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 3. vol. 2. conſil. 138. n. 21.* Struvius *ad Pand. h. t. n. 19.*

93. Dividitur domicilium, quod aliud voluntarium ſit, dum id ſuo quisque conſtituit arbitrio; aliud neceſſarium, veluti, quod relegatus habet durante relegatione in eo loco, ad quem relegatus eſt, licet & in eo loco, unde arcetur, domicilium retinere poſſit, in quantum habet revertendi propoſitum, *l. filii 22. §. relegatus 3. l. ejus, qui 27. §. ult. ff. ad municip.* militem quoque neceſſarium fovere domicilium in loco, ubi meret, ſi nihil in ſua patria poſſideat, reſponſum eſt. *l. municeps 23. §. 1. ff. ad municipal.* nec male neceſſario domicilio adnumeraveris, quod ei, qui ex municipio vel provincia oriundus, & in ſenatorium ordinem Romæ cooptatus eſt, ex dignitate adjicitur; ſic ut & priſtinum retineat, & novum Romæ videatur conſtituiſſe. *l. pen. ff. de ſenatorib.* arg. *l. ſenatores 2.*

C. ubi senatores vel clariss. uti & illud, quod moribus hodiernis peregrinus in loco litis eligere tenetur, citationum ac denunciationum similiumque excipiendorum causa, adversario id desiderante: adeo ut neque actionem neque defensionem proponere ultra possit, si in domicilii electione morator sit. Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 11. n. 84. et cap. 13. n. 1.* & prolixe Rebuffus *ad constit. regias tom. 3. de domicilii electione, art. unic. gloss. un. n. 46. et seqq.* etiamsi in lite ea non pergere, sed declinatoriam fori exceptionem proponere constituisset; cum & ea disceptatio causæ cognitionem, ac proinde denunciationem quoque ac citationem possit desiderare. Rebuffus *d. tract. n. 45.* Nec evanescit facta semel domicilii electio, si lis per sententiam finita sit, sed & ad executionem sese extendit, quippe quæ litis totius scopus ac finis est. Radelantius *Curiae Ultraject. decis.* 14. uti & ad appellationem, si per alterutrum a sententia judicis inferioris provocatum sit, si modo eodem in loco appellationis quoque causa ventilanda sit; nisi novum ipse maluerit domicilium eligere, & hoc adversario significet. Rebuffus *d. tract. n.* 19. *et seqq. et n. 25.* Et, si intervenerit pendente lite mors eligentis, dubium non videtur, quin, uti lis ipsa per heredes eodem in loco ad finem perducenda est, licet ipsi alibi foverent domicilium. arg. *l. ubi acceptum 30. ff. h. t. l. pen. ff. de jurisdict.* ita quoque domicilii electio ad denunciationes citationesque heredum faciendas censeri debeat continuata.

94. Aliud insuper proprie dictum domicilium est, quod quis sibi constituit animo inde non discedendi, si non aliud avocet, juxta descriptionem supra propositam, & ex quo statim incola fit, & legibus loci subjectus, licet civis non fiat. *l. pupillus est 239. §. incola 2. ff. de verbor. signif.* arg. *l. incola 29. ff. ad municipalem.* Mævius *ad jus Lubecense lib. 1. tit. 2. n. 53. et seqq. et n. 68.* Christinæus *ad leg. Mechlin. tit. 5. ad rubric. n. 3. et art. 1. n. 9.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 35. n. 4.* Carpzovius *defin. forens. part. 3. constit. 12. def. 16. in pr.* aliud minus proprium, in quo illud propositum perpetuo commorandi deest; quod & in domicilio litis causa electo, & eo, quod relegatus in loco relegationis, aut miles, ubi meret, habet, animadvertere licet. Neque his absimile est illud domicilii genus, quod studiosi in eo fovent loco, in quo degunt studiorum causa; in quo, ad oppositionem veri domicilii, studi-

orum

orum causa peregrinari, imo, amore scientiæ exules fieri, dicuntur. *auth. habita C. ne filius pro patre.* abesse studiorum causa. *l. nec non 28. pr. ff. ex quib. caus. majores.* & Romæ studiorum causa agentes, domicilium ibi non habere. *l. lex Cornelia 5. §. si tamen 5. ff. de injuriis.* nisi decem annis transactis eo loci sedem sibi constituerint. *l. nec ipsi 2. C. de incolis.* Vide Christinæum *vol. 4. decis. 34. et ad leg. Mechlinienf. tit. 5. art. 9. n. 6.* Mascardum *de probation. conclus. 535. n.* 14. *et seqq.* Responsa JCtor. Holland. *part. 4. consil.* 174. Peckium *de testam. conjugum lib. 4. cap. 35. n. 4. et seqq.*

95. Uti autem uxor mariti dignitatem sequitur, ita & domicilium ejus. *l. exigere 65. ff. h. t. l. ult. §. item rescripserunt 3. ff. ad municipalem. l. ult. C. de incolis. l. mulieres 13. C. de dignitat. l. mulierem 5. ff. de ritu nuptiar.* nisi sua voluntate maritus in patria uxoris suæ domicilium defixisset. *l. si in patria 5. C. de incolis.* Quo casu nec jus originis in uxore extinctum aut suspensum foret. Hugo Grotius in *Responsis Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. conf. 185. n. 8.* retinetque illud uxor amisso marito, dignitatis exemplo, amittit tamen, nuptiis aliis intervenientibus. *l. filii 22. §. vidua 1. ff. ad municipal.* junct. *d. l. ult. C. de incolis d. l. 13. C. de dignitat.* Neostad. *Cur. Holl. decis. 5.* vers. *'t is buyten.* aut si ipsa, jam viri potestate soluta, alio domicilium re ipsa transtulerit, suo arbitratu. Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. num. 99.* Plane si in matrimonium non legitimum sese mulier dederit, particeps domicilii maritalis non sit; eo quod ex conjunctione tali neque vir neque uxor neque matrimonium intelligitur. *l. de jure 37. §. ult. ff. ad municipalem.* junct. *§. penult. Instit. de nuptiis.* Et quamvis multis in partibus juris nostri sponsa uxoris loco sit, veluti in injuriis, dotis privilegio, dotali fundo, aliisque. *l. item apud 15. §. sponsum 24. ff. de injuriis. l. si sponsa 74. ff. de jure dotium. l. lex Julia 4. ff. de fundo dotali.* domicilii tamen intuitu contra est; cum desponsata ante contractas nuptias suum domicilium non mutet. *l. ea quae desponsa 32. ff. ad municipalem.* Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. n. 56. & seqq.* Struvius *ad Pand. h. t. num. 28.*

96. Famulos ancillasque nostrates quod attinet, etsi liberi sint, & certa mercede conducti nobis operas præstent, nec familiæ nostræ perpetuo addicti sint; tamen vix est, ut existimemus eos proprium retinere domicilium, quippe a quo plerumque eos recedere animo non revertendi, experientia testatur.

Quin potius eos ex domicilio domini, cui miniſtrant, cenſeri, & competens ſortiri forum, ſuadent juris rationes: ſi enim nuncii ſcholarium ac miniſtri cum ſcholaribus ſtudiorum cauſa degentes, ex perſona eorum, quibus miniſtrant, forum ſortiantur privilegiatum, & ex quali quali domicilio ac jure ſcholarium in loco ſtudiorum æſtimentur. *auth. habita C. ne filius pro patre.* cur non, ceſſante foro illo privilegiato, in loco domicilii dominici, proprie ſic dicti, convenirentur, ratio non eſt. Cui accedit, quod & liberti Romani, utcunque liberi, patronorum ſuorum non originem modo, ſed & domicilium ſequebantur, quos tamen in obſequiis & operis præſtandis non longe a famulis hodiernis abiiſſe conſtat. *l. adſumtio 6. ff. ad municipalem.* In eamque ſententiam conſpirat conventio circa in jus vocationem inter Hollandos Ultrajectinosque inita *23. Auguſti 1657. art. 7. vol. 2. placitor. Holl. pag. 1161.*

97. Quoties autem non certo conſtat, ubi quis domicilium conſtitutum habeat, & an animus ſit inde non diſcedendi, ad conjecturas probabiles recurrendum, ex variis circumſtantiis petitas, etſi non omnes æque firmæ, aut ſingulæ ſolæ conſideratæ non æque urgentes ſint, ſed multum in iis valeat judicis prudentis & circumſpecti arbitrium. Sic enim in dubio in loco originis & domicilio paterno quemque præſumi continuaſſe domicilium, jam ante dictum. Idemque eſt, ſi in aliquo loco majorem bonorum partem poſſideat: aut bonis divenditis, quæ alibi poſſidebat, in aliam urbem cum familia ſe contulerit, ibique aſſidue verſatus fuerit: vel jus civitatis aliquo in loco ſibi acquiſiverit, atque ita illic habitet. Quæ univerſa prolixius ventilata, vide apud Zangerum *de exception. part. 2. cap. 1. num. 10. & ſeqq. ad n. 66.* Radelantium *Curiae Ultraject. deciſ. 126. num. 4. & ſeqq.* Menochium *libr. 6. praeſumt. 42. & de arbitrar. judic. lib. 2. caſu 86.* Maſcardum *de probation. concluſ. 535.* Struvium *ad Pand. h. t. n. 22. 23. 24. & n. 32. 33. 34.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. conſil. 138. & conſil. 196. & conſil. 317. re vera 217. pag. 566. & ſeqq.*

98. Illud certum eſt, neque ſolo animo atque deſtinatione patrisfamilias, aut conteſtatione ſola, ſine re & facto, domicilium conſtitui. *l. domicilium 20. l. ejus, qui 27. §. ſi quis 1. ff. ad municipalem.* neque ſola domus comparatione in aliqua regione. *l. libertus 17. §. ſola 13. ff. ad municipalem. l. cum neque 4. C. de incolis.* neque ſola habitatione, ſine propoſito illic perpetuo

tuo morandi: cum Ulpianus a domicilio habitationem distinguat, dum asserit, legem Corneliam injuriarum de domo vi introita, *ad omnem habitationem in qua paterfamilias habitat, licet ibi domicilium non habeat*, pertinere; neque eum, qui Romæ agit, (id est, habitat) studiorum causa, ideo ibidem domicilium habere. *l. lex Cornelia 5. §. si tamen 5. ff. de injuriis.* Zangerus *de exception. d. part. 2. cap. 1. num. 12. & seqq.* Menochius *de arbitr. judic. libr. 2. casu 86. num. 5. & seqq.* Responsa Jurisc. Holland. *part. 3. vol. 2. consil. 317. (re vera 217.) num. 6.* Multoque minus, si non nisi tabernam, aut pergulam, aut armarium, aut horreum, aut officinam, in aliquo loco promercii causa conductam habeat, aliterve constitutam. arg. *l. heres 19. §. proinde 2. in fine ff. h. t.* vel litis aut alterius negotii peragendi causa, vel operis perficiendi vel negotiationis exercendæ gratia, alicubi commoretur. arg. *l. 2. §. legatis 3. ff. h. t. l. 1. ff. eum qui appellavit in provincia defendi.* Christinæus *ad leg. Mechlinienf. tit. 5. art. 9. num. 6.* Responsa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. conf. 138. n. 24. & seqq.* Qua ratione responsum quoque aliquando fuit, eum, qui in Indiam orientalem profectus fuit, domicilium non amisisse. Responsa Jurisconf. Holland. *part. 3. vol. 2. consil. 317. (re vera 217.) pag. mihi 574.* Quod tamen nostris moribus ex novissimo jure de iis, qui Indiam orientalem petunt, quodammodo mutatum est, ut dicetur in materia successionis ab intestato. Vide interim placitum Ordinum general. *10. Januar. 1661. vol. 2. placit. Holland. pag. 2634.* Similiter, qui muneris aut legationis implendæ causa ad alium delegatur locum, veluti apud nos ad collegia Ordinum generalium, Consilii Status, Rationum, Archithalassica, & his similia, etsi istis in locis, ad quæ missus est, habitet, domicilium tamen ibi non fixisse, sed in regione, unde missus est, illud retinuisse, etiam quantum ad successiones in bona mobilia, verius est; nam & Senatores Romanos domicilii jus in municipio, unde oriundi, retinuisse, antea dictum est; adeo ut, in urbe domicilium magis *habere viderentur*, quam revera haberent. *l. pen. ff. de senatoribus.* Mævius *ad jus Lubecenf. quaest. praelimin. 3. n. 39.* Leeuwen *cenf. for. part. 1. lib. 3. cap. 12. num. ult.* Struvius *ad Pand. h. t. num. 25. in med.* Responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 294. & part. 3. vol. 2. consil. 4. et 5. & part. 4. consil. 271. & part. 5. consil. 2. pag. 21. 22.* Idemque in advocatis obtinet, qui praxios causa fere ad curiam superiorem contulerunt ex patria urbe, ejusdem curiæ jurisdi-

ctioni subjecta. *d. part. 4. consil. 271.* Leeuwen *d. loco.* Considerandum tamen, eos, qui quantum ad successionem aliosque effectus domicilium per negotiationem, tabernam, nudam habitationem, non constituisse intelliguntur, nihilominus, quantum ad forum competens attinet, illis in locis, dum illic degunt, recte conveniri; maxime postquam invaluit, arresto fundari jurisdictionem in omnes, qui in territorio deprehensi litis causa sistuntur; nisi nominatim inveniatur ipsis privilegium datum, ne ordinario judici istius loci subsint. Vide Zangerum *de exception. cap. 1. part. 2. num. 123. et seqq.* Straccam *de mercatura partic. secunda ultimae partis principalis, quo modo in causis mercat. procedend. sit, n. 19. et seqq.* Brunnemannum *ad l. 19. ff. h. t. num. 14. et seqq.* Grœnewegen *ad l. unic. C. ubi conven. qui certo loco dare.*

99. Mutat unusquisque domicilium suo arbitrio, ad id saltem, ut jurisdictioni desinat in posterum subjectus esse; imo &, ut onera evitet personalia in loco domicilii derelicti subeunda. *l. si in patria 5. l. 6. C. de incolis. l. ult. C. de municipibus et orig. l. domicilium 20. l. nihil est 31. ff. ad municipalem. l. in bello 12. §. manumittendo 9. l. postliminii jus 5. §. ult. ff. de captiv. et postlim.* Etsi enim Romanis placuerit, illum, qui derelicto originis loco domicilium alio transtulit, muneribus & jurisdictioni utriusque loci ac magistratus parere debere. *l. incola 29. ff. ad municipalem. l. 1. §. ult. Cod. eod. tit. de municipib. et origin. l. privilegio 6. C. de incolis.* id tamen ad eos, qui non originis sed domicilii proprie dicti locum reliquerunt, ac alio migrarunt, extensum haud fuit, cum a Modestino in *l. incola jam 34. ad municipal.* traditum sit, *incolam jam muneribus publicis destinatum, nisi perfecto munere, incolatui renunciare non posse;* cui consequens est, munere nondum impositio, eum potuisse incolatui sic renunciare, ut in posterum imponendis illius loci muneribus obnoxius non sit: quod & innuit *l. 1. C. de incolis.* Quo etiam respectu *domicilii rationem temporariam esse* Papinianus observavit; concludens, patris domicilium filium, aliorum incolam, civilibus muneribus alienæ civitatis non adstringere; cum in patris quoque persona domicilii ratio (quantum ad munera scilicet) temporaria sit, *l. libertus 17. §. patris 11. ff. ad municipal.* Præterquam quod nunc fere passim usu receptum est, etiam migrantes ex loco originis, ac domicilium alibi constituentes non amplius personalibus posse gravari oneribus, ab origi-

originis magistratu decretis; deficiente scilicet exigendi seu exequendi potestate, dum non eidem sed diversis sæpe Principibus subest originis, & domicilii deinceps per translationem constituti locus; cum contra municipia omnia, in quæ Quirites, salva civitate, migrabant, uni supremo parerent Principi Romano. Grœnewegen *ad l. 31. et 34. ff. ad municipalem et ad l. 1. C. de municipibus.* Andr. Gayl. *libr. 2. observ. 36. n. 3. et 10.* Et hæc quidem ita, nisi catervatim migrando sic imminueretur civium numerus, ut reliqui tandem ferendis oneribus publicis ob numerum imminutum desinerent pares esse. Grotius *de jure belli ac pacis libr. 2. cap. 5. n. 24.* Perezius *ad tit. Cod. de municip. et origin. n. 17. 18. 19.* Grœnewegen *ad d. l. 31. ff. ad municipal. n. 2.* Parens p. mem. Paulus Voct. *de statutis sect. 5. cap. 2. n. 8.* Hinc & pœnas quandoque impositas fuisse illis, qui difficilioribus temporibus frequentes patriam ac domicilium deserebant, notat Grœnewegen *d. loco.* ac multis in locis tributum exigi a migrantibus, puta decimæ, quandoque & quinæ partis bonorum, alibi in successionum materia dicetur, cum & peregrini in bona civis succedentes idem soleant subire onus, quod jus *issuae* vel *exuae* dicitur. Vide interim Andr. Gayl. *d. libr. observ. 36. n. 10.* Grœnewegen *d. loco n. 2.* Responsa Jurisconsl. Holl. *part. 4. consil. 271. Sententien van den Hogen en Provincialen Rade van Holland, Zeeland, etc. decis. 30. 32. 33. 39.* Mævium *ad jus Lubec. quaest. praelim. 6. num. 13.* Neque dubium, quin migrans jura amittat, ac Privilegia & immunitates domicilii prioris; ac conceptus post migrationem patris futurus non sit civis illius loci, unde pater migravit, etsi pater illic originarius fuisset. Andr. Gayl. *libr. 2. observ. 36. num. 7. 8. 9.* Christinæus *ad leg. Mechlin. tit. 5. art. 4. num. 2.* Non tamen in dubio præsumenda facile domicilii mutatio; sic ut eam allegans, tanquam rem facti, probare teneatur. arg. *l. nec ipsi 2. C. de incolis. l. domicilium 20. ff. ad municipal.* probatur vero mutatio iisdem fere modis, quibus & primam ejus constitutionem probari, superius velut per indicem relatum est; quibus adde Struvium *ad Pand. h. tit. num. 32. 33. 34.*

100. Quodsi pater mutaverit domicilium, non ideo statim & filius illud mutasse censendus est. Quamvis enim originem patris filius sequatur, sic ut & illic in ambiguo domicilium habere credatur; non tamen ita ex necessitate domicilio paterno adstrictus est, ac Ulpiano teste, civitatem quidem, ex qua pater

ter ejus naturalem originem duxit, at non domicilium, ſequitur. *l. adſumtio 6. §. filius 1. l. libertus 17. §. patris 11. ff. ad municipalem.* ſuumque ſibi ſeorſim a patre, ubicunque voluerit, domicilium ſua poteſt conſtituere voluntate, aut conſtitutum retinere. *l. placet 3. §. ult. l. 4. ff. ad municipalem.* Quæ evidentia, ſi filius jam majorennis ſit, ſic ſuæ tutelæ ſuoque relictus arbitrio, ut rerum adminiſtratio ac domicilii novi conſtituendi jus ei ob lubricum ætatis non videatur denegatum. Plane, ſi etiamnum minorennis ſit, patre vel matre vidua domicilium mutante, filium etiam videri mutaſſe, ſi & ipſe translatus ſit, nec ex prioris ſed novi domicilii, a patre matreve recenter conſtituti, jure cenſeri in dubio debere, rationis eſt. Utut enim haud difficulter admittendum ſit, minorennem non magis poſſe domicilium mutare, quam contrahendo ſe obligare: tamen, quemadmodum contrahere auctore tutore permiſſum ei eſt, ita & domicilium cum patre matreve, tanquam tutelæ ejus aut ſaltem educationi præpoſita, tutoribus cæteris non contradicentibus, mutare nihil vetat: niſi ex circumſtantiis manifeſtum eſſet, talem domicilii pupillaris translationem in fraudem proximorum, ſpem ſucceſſionis ex prioris domicilii lege habentium, factam eſſe. Quid enim, ſi pater materve ex ea Hollandiæ parte, quæ jure Scabinico regitur, & in qua, ſoluto per mortem conjugis matrimonio, ſuperſtes liberis nequit ab inteſtato heres eſſe, in alteram ejusdem Hollandiæ partem, quæ jure Aesdomico, parentem ſuperſtitem ad luctuoſam filii hereditatem vocante, utitur, domicilium tranſtulerit, quod impuberem languentem videt, ac propediem turbato mortalitatis ordine ſibi orbitatem ſuperventuram veretur, quo poſſit ex novi domicilii jure impuberi ſuccedere? vix ſane fuerit, ut pupilli intuitu illa domicilii mutatio rata ſit, aut immutet ſucceſſionis ordinem, ac tollat ſpem aliis, quam parenti ſuperſtiti, ſecundum prioris domicilii leges quæſitam. Neque enim malitiis & fraudibus hujusmodi indulgeri, ac portam legum circumventionibus aperiri patitur juſtitia, & obſervanda inter gentes vicinas bona fides. Contra, ſi nulla talis hereditatis aut alterius commodi, cum tertii detrimento captandi, ratio appareat: ſi enim cum parente, juſtam aut probabilem migrandi cauſam habente, liberi ſani vegetique migrent; aut ejus jam ætatis ſint, ut teſtamento de ſua poſſint ſubſtantia diſponere: nihil impedimento eſt, quominus talis migratio parentis ſuperſtitis, bona fide facta, etiam ad domicilii

micilii pupillaris translationem efficax foret, etiamsi deinde ipsis sine testamento decedentibus parens superstes ex novi domicilii jure heres sit; cum utique ætate non impediente potuissent testamento condito parentem a sua depellere successione, si sibi heredes voluissent eos, quos domicilii prioris vocabat lex: quod dum non fecerunt, sponte sua videntur parenti superstiti hereditatem ab intestato reliquisse. arg. *l. conficiuntur 8. §. sed ideo 1. ff. de jure codicillor.* aut si necdum per ætatem testamenti factio iis concessa esset, durum tamen nimis foret, tam ominosam & voto parentum contrariam facere migrationis interpretationem, quasi successionis obtinendæ ergo ea fuisset excogitata; vigentibus valentibusque tunc liberis, & jam patri jam matri præsidium atque decus, ubi adoleverint, promittentibus, ac ex communi parentum voto & ratione naturali, quasi lege quadam tacita, ad parentum hereditatem vocandis. arg. *l. cum tale legatum 72. pr. ff. de condit. et demonstrat.* junct. *l. cum ratio 7. ff. de bonis damnatorum. l. nam etsi 15. ff. de inoffic. testam.* Vide Responsa Jurisconsult. Holland. *part. 2. consil. 21.* Rodenburch *de jure conjugum tract. praelimin. de statutor. diversit. tit. 2. parte altera, cap. 1. n. 6. et cap. 2. n. 2. 3. pag. mihi 110.* D. Someren *de jure novercarum cap. 5. part. 1. num. ult. in fine.*

101. Cum vero uxor per matrimonium transeat in viri domicilium, atque insuper in potestate viri sit, quæ maritalis potestas in variis tutoria potentior est ex hodierno jure, vix dubium esse potest, quin marito migrante, uxoris quoque intuitu domicilium debeat censeri translatum: usque adeo, ut & viris doctissimis visum fuerit, inutile esse dotale pactum, quo id ageretur, ne invita uxore liceret marito domicilium mutare; atque etiam placuerit, marito relegato a loco domicilii, ideoque necessarium alibi constituente, uxorem invitam obstringi ad id, ut novum mariti relegati domicilium & ipsa sequatur. Quid enim, secundum Ulpianum, tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse, *l. si cum dotem 22. §. si maritus 7. ff. soluto matrimon.* Est sane matrimonium individua vitæ consuetudo, consortium omnis vitæ; cujus proinde vinculo per relegationem haud dissoluto, separationem societatis atque cohabitationis fieri, contra nuptiarum scopum esset. arg. *l. 1. ff. de ritu nupt. §. 1. Inst. de patria potestate.* Denique secundum naturam est, ut quæ ex viri dignitate commoda sentit, etiam migrationis incommoda non

ægre

ægre admittat. arg. *l. secundum 10. ff. de regul. juris.* Carpzovius *pract. criminali part. 3. quaest. 130. n. 44. & seqq.* Grœnewegen *ad l. 5. ff. de bonis damnator.* Neque aliud dicendum erit, si forte vel ex necessitate relegationis, vel sua voluntate, maritus domicilium transferendo deteriorem redderet uxoris conditionem, ob auctam ex novo domicilio mariti potestatem, quæ in pristino minor erat; aut ob id, quod ex domicilii lege conjugibus permittitur sibi invicem ultima voluntate gratificari; cum id prioris domicilii jure appareret inhibitum, ac frustra uxor fuerit, aut heredes ejus, si propterea a migrante marito id, quod interest, putarent exigendum esse. Cum enim per nuptias uxoris quidem conditio deterior fiat, dum illa, antea sui juris rerumque moderatrix, maritali subjicitur potestati ac tutelæ; maritus autem suam conditionem per nuptias non deteriorem sed plerumque meliorem reddat, aut saltem non imminuat liberum illud, quod ante nuptias habebat arbitrium; absurdum foret, illum, cui antea libera competebat migrandi facultas, nunc matrimonio contracto destitui illa migrandi licentia, aut saltem metu pœnæ & præstationis ejus quod interest absterreri, ne eo migret, quo forte vel dignitatis obtinendæ spes, vel valetudinis reive familiaris ratio, aliave plura vocare videbantur ac invitare. Ne dicam, admissa illa sententia, quod uxor ob migrationem contendere posset ad id quod interest, etiam a contrario tunc illud quoque marito indulgendum fore, ut ob utilitatem familiæ migrans ex loco, in quo amplior pleniorque maritalis in uxorem & bona ejus potestas est, ad locum, cujus lege minus liberum maritis in uxores ac res uxorias jus tributum est, vicissim ab uxore aut ejus heredibus persequeretur, quanti ejus interesset, adeo adstrictam & imminutam ex novi domicilii lege exercere potestatem: quod tamen uti ratione destituitur, ita nec usu servari, manifestum est. Si tamen speciali pacto dotali ad majorem rerum uxoriarum conservationem ac securitatem id actum fuerit, ne alio maritus migret; etsi conventio talis ipsam domicilii transferendi libertatem impedire marito nequeat, quia tamen neque honestati neque bonis moribus repugnat; in quantum conservationi bonorum uxoris per eam provisum est, dum uxor multifariam paciscendo salvam sibi familiæque suæ potest efficere dotis causam; non abs re fuerit, marito contra pactionem aliorum migrante, uxori indulgeri ad id quod interest actionem, si forte

in

in rebus ſuis ex mariti facto, ſecundum novi domicilii jus plenius interpoſito, læſionem uxor ſuſtinuerit, quam ex prioris domicilii lege non potuiſſet ſubire, alienatis forte per maritum rebus uxoriis, aut uxore ipſa ex mariti contractu vel delicto devincta, cum prioris domicilii jus alienationem aut obligationem talem inutilem ſtatuiſſet ac inefficacem. Gomezius *variar. reſolut. tom. 2. cap. 10. n. 24.* Rodenburch *de jure conjugum tract. praelimin. de ſtatutorum diverſit. tit. 4. parte altera, cap. 1. n. 3. 4.* Quem tamen puto perperam ibidem in eo quæſiviſſe intereſſe uxorium, quod maritus forte ex loco, in quo gratificatio inter conjuges interdicta erat, ad eum, in quo permiſſa, larem tranſtulerit. Neque enim poteſt ullatenus illa liberior ſibi mutuo gratificandi licentia uxori cum viro migranti fraudi eſſe; cum utique etiam poſt migrationem ei adhuc liberum prorſus ſit, nullam in maritum teſtamento vel aliter conferre liberalitatem, atque adeo non implere finem illum, quem forte migrando videri poſſet maritus intendiſſe.

102. Sed, ut ad forum competens, ex cauſa domicilii redeamus, conſiderandum, uti heres non ſuccedit in defuncti domicilium, ſed ſuum retinet, ita & ex defuncti domicilio eum forum competens non ſortiri: eſſe enim domicilium iis accenſendum, quæ perſonalia ſunt, ac morte perſonæ evaneſcunt, frequentius probatum eſt; eo quod ab animo ac voluntate hominis in univerſum tum conſtitutio ejus tum continuatio dependet. Dum ergo morte ceſſat voluntas, ac per id etiam tolluntur ea, quæ ab illa dependerant voluntate. arg. *l. locatio 4. ff. locati.* aliud dici non poteſt, quam quod etiam morte perierit domicilii jus. Neque hisce contradicit Ulpianus, ajens heredem abſentem ibi defendendum eſſe, ubi defunctus debuit, *l. heres abſens 19. ff. h. t.* nam vel recte ea intellexeris de caſu, quo defunctus ipſe iudicium jam acceperat; tunc enim, quia lis ibi finem accipere debet, ubi initium habuit, heres eodem in loco defendere tenetur, etſi domicilium alibi habeat, ac abſens ſit. *l. ſi is, qui Romae 34.* junct. *l. ubi acceptum 30. ff. h. t.* Vel etiam non inepte dixeris, non illic de loco domicilii defuncti tractari, ſed magis loco contractus vel quaſi; ſic ut mens Juriſconſulti ſit, *heredem abſentem*, id eſt, alibi domicilium foventem, *defendendum & conveniendum eſſe, ubi defunctus debuit*; id eſt, ubi defunctus ad ſolutionem faciendam obligatus fuit, ſive ibi contraxiſſet, ſive ad eum locum deſtinaſſet contractus, alibi

alibi initi, implementum; *ſi* modo *ibi inveniatur; nulloque ſuo proprio privilegio excuſari.* Aliumd. legi ſenſum, ſed minus feliciter adſcribit Donellus *comment. juris civil. lib. 17. cap.* 11.

103. Reſtat, ut de foris privilegiatis ſubjiciamus; qualia jus Romanum nonnulla induxit, mores vero hodierni multifariam auxerunt. Militibus quidem hoc datum fuit, ut tum in civilibus, tum criminalibus in cauſis peculiares judices ſortirentur. *l. ult. C. de re militari. l. pen. C. de pactis. l. pen. C.h.t. l. magiſteriae 6. C. de jurisdictione omn. judic.* Puta duces ſuos; unde & judicium illud *ducianum* appellatum fuit. *d. l. ult. §. hoc quoque 3.* Et olim quidem ad duces ac centuriones militarem pertinuiſſe jurisdictionem ex Juvenale *Satyr. ult.* & Polybio *libr. 6.* conſtat. Dein vero magnam militaris jurisdictionis partem præfectis prætorio ceſſiſſe, & pleniorem licentiam ad diſciplinæ publicæ emendationem, teſtatur Chariſius *l.* 1. *ff. de offic. praefecti praetorio.* donec per Conſtantinum, ademta præfectis prætorio poteſtate in militares viros, magiſtris militum datum fuit judiciorum militarium, tum civilium, tum criminalium, jus atque arbitrium. *l.* 1. *C. de offic. magiſtri milit. l. magiſteriae 6. C. de jurisd. omn. jud. l. fin. C. de re militari.* ibique Cujacius. Sed ex Anaſtaſii conſtitutione tandem etiam ducibus militaribus iterum judicia militaria fuerunt communicata. *d. l. fin. C. de re militari.* niſi ducibus ipſis aut caſtrorum præfectis lis intercederet; quos non alterius, quam magiſtri officiorum judicio ſubjacere, a Leone ac Zenone conſtitutum eſt. *l. viros ſpectabiles 8. C. de diverſ. offic. & apparition.* Etſi vero nonnullis placuerit, ducum militarium jurisdictionem non ultra militaria extendi delicta, ad communia nequaquam pertinere: generaliter tamen ſine criminum diſtinctione milites delinquentes ad ſuos, ſub quibus militant, duces remittendos fuiſſe, nec ab alio, quam a ſuo judice exhiberi, ac, ſi in culpa eſſent, coerceri potuiſſe, evincunt *l. de militibus 9. ff. de cuſtod. & exhib. reor. l. 1. C. de exhib. & transmitt. reis. l.* 1. *C. de offic. magiſtri milit. l. magiſteriae 6. C. de jurisdict. omn. judic.* ac confirmatur id ipſum Conſtantini Imperatoris reſcripto in *l. 2. Cod. Theodoſiani, de jurisdictione.* ubi, cum dictum eſſet, provinciarum rectores in civilibus cauſis litigia etiam inter militantes terminare, ſubjungitur, in criminalibus cauſis, ſi miles popoſcerit reum, tunc provinciæ rectorem inquirere: *ſin militans aliquid admiſiſſe firmetur, eum cognoſcere, cui militaris rei cura mandata eſt,* nulla facta

facta criminum distinctione, sed tantum inter causas civiles & criminales differentia notata. Neque huic sententiæ adversatur. *l. 2. & 3. ff. de re militari. l. fin. ff. de accusat l. 1. Cod. ad leg. Cornel. de sicariis. novella. 8. cap. quod autem 12.* quibus moti plures, & inter eos Anton. Matthæus *de criminib. libr. 48. tit. 13. cap. 5. num. 3.* in aliam inclinant opinionem; pleniorem enim ad argumenta inde petita responsionem dedi in *tract. de jure militari cap. 7. n. 8.*

104. Sed jure nostro hodierno paulo aliter observatur: etenim ab Albano duce latam anno 1570. constitutionem refert Christinæus *vol. 5. decis. 221. n. 16. 17.* qua cautum, ut de omnibus delictis militaribus soli cognoscant judices militares, uti & de communibus, in castris vel expeditione vel hibernis vel in commilitones perpetratis: extra hos casus propter delictum commune milites a judice civili posse condemnari; quæ etiam comprehensa placito Philippi Regis *Ordonnantie op de Criminele justitie 5. Julii 1570. art. 68. & seqq.* ac nominatim de militaris concussionis crimine præventioni locum facit placitum Ordinum General. *29. April. 1589.* sic ut cessante judice militari, illud a consilio Status, aut in unaquaque provincia ab Ordinum Delegatis, (*Gecommitteerde Raden*) aut curiis provincialibus, aliisque judicibus criminali jurisdictione munitis, puniri possit. Confer varia placita Ordinum Generalium. *5. Novembris 1591. vol. 2. placit. Holland. pag. 103.* item *11. Aprilis 1595. in med. d. vol. 2. pag. 110. item 4. Augusti 1603. art. 4. d. vol. 2. pag. 114.* item *28. Maji 1624. d. vol. 2. pag. 121.* Imo novissime Delegatis Ordinum Hollandiæ id datum, ut de hujusmodi concussionibus intra Hollandiæ territorium commissis concurrentem cum militaribus judiciis jurisdictionem habeant, atque exerceant ex præventione. *Instruct. voor de Gecommit. Raden van Holland. 4. Octobris 1670. art. 5. vol. 3. placitorum Holl. pag. 92.* ac amplius epistola Sereniss. Guilielmi tertii Magnæ Britanniæ Regis ad Ultrajectinæ Provinciæ ordines data anno 1675. comprehensum est, in omnibus delictis communibus per militantes commissis in personas aut familias aut res non militantium, præventioni locum esse oportere, sic ut aut militaris, aut ordinarius judex in hisce competens sit, uter prior prævenit: de cætero judices militares nullam habere potestatem in non militantes, adeo, ut etiam duello inter militantem & non militantem orto, punitio non militantis ad ordinarium judicem non mili-

tarem ſpectet. Quemadmodum ex oppoſito de delictis militaribus, aut etiam de communibus inter ſolos milites perpetratis ſine ulla non militantium læſione, cognitio ſoli judicio militari ibidem reſervatur. Adde Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 1. de fin. 4.* Grœnewegen *ad l. 6. C. de jurisdict. omn. judic.* Leeuwen *cenſur. for. part. 2. libr. 1. cap. 13. num. 8.* Petrum Bort *van criminele ſaken tit. 1. num. 50. pag. mihi 17. & ſeqq.* Ex recentiſſimo tamen decreto Conſilii Status Fœderati Belgii *9. Febr. 1703.* & per id revocato in uſum decreto Ordinum Generalium *25. Martii 1651.* judicibus militaribus in iis urbibus, quæ in Comitiis Ordinum ſuffragii jus habent, *(ſtem in ſtaat hebben)* reſtricta fuit jurisdictio criminalis, dum cautum, ne ultra extendant aut exerceant eam, niſi quæſtio ſit de neglectis officiis in obeundis vigiliis & expeditionibus, aut de crimine transfugii ad hoſtes, vel deſertionis, vel tranſitus de cohorte in cohortem ſine præcedente miſſione, aut de delictis, quæ a præfectis militibusve in præfectos vel milites, non in alios, admiſſa ſunt. Quamvis improbabile haud videatur, delicta communia, a militibus commiſſa, etiam in aliis urbibus aut locis, quæ in comitiis Ordinum ſuffragii jure non gaudent, ad judicum ordinariorum ſpectare cognitionem, ſi modo perpetrata fuerint in tali provincia, quæ in comitiis Ordinum generalium Fœderati Belgii ſuffragii dicendi jus habet, prout illam dicti decreti *anni 1651.* interpretationem ſuaſit ſubſecutum deinceps decretum Ordinum Hollandiæ *30. Sept. 1654.* quo placuit ſimpliciter absque reſtrictione ad loca ſuffragii jus habentia, delicta omnia communia ex ſua natura ad ordinarii, non militaris, judicis jurisdictionem pertinere, ſecundum tradita in Reſponſo juris apud Petrum Bort *van criminele ſaken, tit. 1. ſub num. 50. pag. mihi 22. col. 1.* Neque hoc loco prætermittendum, delicta quidem militum graviora, quæ ſcilicet contra leges militares & edicta commiſſa ſunt, coerceri debere per conſilium militare in urbibus præſidiariis, nec domeſticæ præfectorum legionis ſubeſſe coercitioni: at, ſi levius ſit admiſſum, veluti, ſi gregarius aut ordinis inferioris præfectus ultra tempus literis commeatus expreſſum emanſerit, aut ebrius fuerit, aut irreverenter erga præpoſitos ſuos ſeſe geſſerit, ſic ut propter ea coercitio vindictarum *(ſpitsroeden)* aut equi lignei, aut portationis ſclopetorum vel ephippiorum aut condemnationis ad panem & aquam, aut alia ſimilis leviorve imponenda ſit, decerni eam debere

debere per præfectos legionum; ut tamen ante executionem id significent urbis gubernatori. *Reglement op de proceduren der militairen in saken van geringe importantie 24. Febr. 1687. artic. 7. 8. vol. 4. placit. Holl. pag. 167.*

105. Militibus militaria delicta committentibus, & ob id a judicio solo militari coercendis, annumerati etiam inveniuntur jurisdictionis intuitu pagani illi, qui sortitione vel aliter pagatim in numeros seu cohortes relati difficilioribus belli temporibus, non parent jussibus, aut se non sistunt, aut alteri crimini militari sese reddunt obnoxios. *decreto ordin. Holl. 13. Septembr. 1673. vol. 3. placit. Holl. pag. 180.* quod & cautum dicta epistola Sereniss. Britanniæ Regis ad Ordines Provinciæ Ultrajectinæ, relata in Acta istius Provinciæ. *2. Junii 1675.*

106. Quodsi ante datum militiæ nomen paganus deliquerit, ac (dum forte profugus) edictis citatus fuerit, tandemque condemnatus, deinde autem miles fiat, superveniens militia impedimento non erit, quo minus ab ordinario judice civili, qui sententiam tulit, capiatur, ac sententiæ patiatur executionem, nequaquam ad militare tribunal remittendus. Si enim ille, qui demum, postea quam in jus vocatus fuit, miles esse cœpit, jus revocandi forum in ea causa habere nequeat, quasi præventus. *l. si quis, posteaquam 7. ff. h. t.* non magis, quam si in loco domicilii litem patiens, eadem pendente aliorsum migret. *l. pen. ff. de jurisdict.* junct. *l. ubi acceptum 30. ff. h. t.* longe minus ad aliud forum remissionem fieri jure postulaverit, si nil præter executionem restet, tota lite jam ante militiam a judice pagano per sententiam diremta: præsertim, cum ipsos judicio publico damnatos in militum numerum recipi, prohibitum sit. *l. qui cum uno 4. §. adulterii 7. ff. de re militari.* Christinæus *vol. 5. decis. 221. num. 18. & seqq.* Neque his, quæ de eo dicta, qui post in jus vocationem militare cœpit, ideoque fori militaris privilegio uti prohibetur, contrarium est, quod a Menandro scriptum *in d. l. qui cum uno 4. §. reus 5. ff. de re militari.* Cum non alia legis illius sententia sit, quam quod paganus alibi postulatus reus criminis, si nomen pendente reatu dederit militiæ, ibi capite puniendus sit ubi militat, nec ad forum, in quo reus est postulatus, debeat remitti; non, quod capite plectendus sit ob perpetratum prius capitale crimen; sed quod capitale sit crimen, alterius judicii capitalis aut sententiæ evitandæ causa ex voluntate libera nomen militiæ dare. Quo modo & in eadem *l. 4. §. ad*

beſtias 1. & §. 2. ff. de re militari traditum, eum, qui ad beſtias datus vel in inſulam deportatus, effugit, & militiæ ſe dedit, capite puniendum eſſe. Adde Gloſſ. ad *d. l. 4. §. 5.* Quinimo, etſi ſecundum generalia Romani juris fundamenta miles non arceatur a fori militaris privilegio, ſi conveniatur ex cauſis militia vetuſtioribus, cum ante acceptum militiæ cingulum necdum eſſet in jus vocatus, niſi fraudulenter & eo animo militiæ ſe dediſſet, ut ſub obtentu militiae pretioſiorem ſe adverſario faceret. *l. qui cum uno 4. §. non omnis 8. ff. de re militari*, tamen prædicta conſtitutione Philippi Hiſpan. regis definitum fuit, eum, qui deliquerit ante militiam, ſi poſtea miles fiat, antequam lis ei mota eſſet, non a militari, ſed civili judice puniendum eſſe. *Ordonnantie op de criminele Juſtitie ann. 1570. art. 68. & 71.* De delictis navalibus, aut in India orientali vel occidentali, vel itinere perpetratis, dixi in *ſeqq. h. t. num. 128.*

107. In cauſis civilibus ac pecuniariis a jure Romano mores magnopere receſſiſſe, haud invenio; adeoque ſive miles a milite, ſive miles a pagano conveniatur, non niſi coram militari judice lis agitanda eſt, ipſo id deſiderante; *l. magiſteriae 6. C. de jurisdict. omn. judic. d. l. pen. Cod. de pactis.* Secus, ſi ipſe miles actoris partes ſubiens, paganum vellet in jus vocare; cum enim actor ſequi debeat forum rei, apud civilem judicem eam ventilari litem convenit. arg. *d. l. 6. & l. 2. C. de jurisdict. omn. judic.* Vide tamen poſt addita *ad num. 108. in fine h. t.* Quinimo, etiamſi miles jam miſſus fuerit, ſed rationum redditioni manſerit obnoxius ex iis, quæ durante militia militiæ cauſa tractavit (dum forte communes numeri ſui res expedivit, ut poteſt. *l. filiusfamilias 8. §. veterani 2. ff. de procurator.*) ſuper rationibus militaribus in judicio militari recte convenitur, nulla uſurus fori præſcriptione; cum ibi & inſtructio ſufficiens, & nota teſtimonia, & veriſſima poſſint documenta præſtari. *l. 2. C. ubi de ratiocinis.*

108. Hoc tamen privilegiatum militare forum in civilibus non aliter videtur jure Romano fuiſſe admiſſum, quam ſi miles in locis illis aut provinciis, in quibus expeditionis aut præſidii cauſa morabatur, apud illius provinciæ aut municipii judices ordinarios conveniretur. Cum enim milites illis non alia ratione viderentur ſubeſſe, quam quia ad tempus illic morabantur, & temporarium atque improprie dictum domicilium habebant, (retinentes ſcilicet jus domicilii in loco illo, in quo illud

illud ante militiam ac expeditionem ſuſceptam habuerant, & a quo abeſſe reipublicæ cauſa dicebantur. *l. milites 7. l. miles 34. l. pen. ff. ex quib. cauſis majores.)* commodum fuit, ſuos iis peculiares tunc judices adſignari, duces ſuos & ſimiles, ad quos, conventi apud ordinarios judices loci, in quo peregrini erant, ſeſe remitti poſtularent. Sed non ideo impediti prorſus fuerunt creditores, quo minus in domicilii loco apud judices ordinarios convenirent milites, etſi reipublicæ & expeditionis cauſa tum abſentes; ſi modo procuratorem domi reliquiſſent, per quem potuiſſent abſentes defendi, vel bona haberent in loco domicilii proprie dicti, quæ propter ipſorum abſentiam jubente judice ordinario potuiſſent poſſideri. Quod ſatis innuitur a Gordiano Imp. in *l. ignorare 4. C. de reſtitut. milit. & eorum qui reipubl. cauſ. abſ.* dum conſtituit, *eorum, qui Reipublicae cauſa abſunt* (inter quos & milites) *ſi boni viri arbitratu non defendantur, bona tantum poſſideri; venditionem autem in id tempus differri, quo reipublicae cauſa abeſſe deſierint;* atque adeo eos, abſentia durante, & conveniri in loco domicilii & indefenſos miſſionem in bona pati, permiſit; ſola impedita propter abſentiam diſtractione bonorum; vel ſaltem reſtitutione deinceps adverſus diſtractionem conceſſa, non per militares judices, ſed per ipſos præſides provinciarum, ut colligi poteſt ex *l. ſi finita 15. §. ſi forte dominus 22. ff. de damno infecto.* junct. *l. ſi cum militaribus 6. C. de reſtitution. militum.* Unde & executio in ſtipendium militis condemnati per præſidem facta proponitur, atque etiam aliis deficientibus in ſubſidium permiſſa. Marcello enim militi reſcribentes Impp. *ſtipendia,* inquiunt, *retineri propterea, quod condemnatus es, non patietur praeſes provinciae, cum rem judicatam poſſit aliis rationibus exequi, l. ſtipendia 4. C. de execut. rei judicatae.* Imo generaliter, *ex l. unic. C. in quibus cauſis militantes fori praeſcript. uti non poſſunt,* ſancitum eſt, *in quacunque militia vel dignitate* poſitos, *ſub moderatoribus provinciarum pro functionibus publicis,* ac *debitis publicis, uti & in aliis privatis actionibus occupatos, debere reſpondere, nulla fori praeſcriptione valitura.* Neque exiſtimandum, in d. l. unic. armatos milites exceptos eſſe, in verbis, *qui vel per provincias ſociantur,* (forte rectius) *negotiantur,* ut habet *lib. 7. Baſilic. tit. 5. lege 93.) vel conductorum vocabulis, ſi non armata militia praediti ſint, defendantur;* cum non aliud velint Imperatores, quam quod militantes non modo in aliis privatis actionibus occupati, præſidi-

bus provinciarum reſpondere teneantur, ſed &, ſi negotientur aut prædiorum conductores ſint, dummodo non fuerunt tunc milites armati: eo quod nominatim militibus armatis interdictum fuit, ne negotientur, neve prædia conducant in ea provincia, in qua militant. *l. milites 31. C. de locato. l. unic. C. negotiatores ne militent.* ut proinde merito, ubi de negotiatione aut conductione ſermo erat, excipi debuerint, ne alioquin ipſis militiam armatam gerentibus videretur Imperatoria autoritate conceſſum negotiandi prædiive conducendi jus. Confirmatque hanc exceptionem duplex limitatio, in eadem *lege unica in quib. cauſ. militantes fori praeſcript.* ſubjuncta; puta, niſi vel commeatum ad rem propriam componendam per unius anni inducias acceperint, atque ita negotiati fuerint; vel a Principe mercandi ſimul & militandi licentiam impetraverint; tunc enim etiam militiam armatam gerentes, etſi licite negotientur, aut conducant, tamen fori præſcriptione in hiſce carent; quippe non ut milites, ſed ut negotiatores aut conductores conſiderati, ideoque non militari judicio, ſed præſidibus ſubjiciendi. Tantoque magis hæc d. legi ſententia tribuenda eſt: quia jam ante a Conſtantino Imp., velut jus certum, fuit adnotatum, milites non in civilibus, ſed criminalibus ſubductos eſſe præſidum jurisdictioni. *Definitum eſt*, inquit, *provinciarum rectores in civilibus cauſis litigia terminare, etſi militantes exceperint jurgia vel moverint.* ſed *in criminalibus cauſis, ſi militans aliquid admiſiſſe firmetur, is cognoſcat, cui militaris rei cura mandata eſt, l. 2. Cod. Theodoſiani. de jurisdictione.* Licet ergo, (ut abſolvam) creditores non potuerint milites invitos convenire in loco, ubi militabant, coram ordinariis iſtius loci judicibus, ſed oppoſita fori præſcriptione ad judicem militarem eſſent remittendi, ad ordinarium tamen judicem recte in jus vocari potuerunt, vel etiam ad peculiarem judicem iſtius negotiationis aut profeſſionis, quam præter militiam exercebant, lege non refragante, aut Principe permittente; ſic ut in creditorum arbitrio eſſet, an militem debitorem ad judicem militarem, an potius ad competentem civilem ſecundum ante dicta vocare mallent; nec liberum fuerit militi, ad alterutrum vocato, ſeſe fori præſcriptione ullatenus tueri. Quod ex Anaſtaſii conſtitutione manifeſtiſſimum, dum vult, eos, qui in quacunque militia conſtituti ſunt, & præterea profeſſionem aut negotiationem quandam ſuſtinent, compellendos eſſe obedire iis judicibus, ad quorum ſollicitudinem

dinem profeſſionis ſeu negotiationis, quam præter militiam exercent, gubernatio reſpicit; præmiſſa ratione, *quod periniquum & temerarium ſit, eos, qui profeſſiones aliquas ſeu negotiationes exercent, judicum, ad quos earum profeſſionum cura pertinet, jurisdictionem & praeceptionem declinare conari.* Sed tamen eosdem *ipſis quoque judicibus, ſub quorum jurisdictione militia conſtituta erat* (id eſt, quorum jurisdictioni ipſi propter militiam ex privilegio ſuberant) *procul dubio debere reſpondere. l. ult. C. de jurisdict. omn. judicum.* Confer libellum cui titulus, *Conduite des tribunaux militaires, repreſentée à ſon Excellence, par les Etats de la Province de Flandres.* Epiſtola tamen Sereniſſ. magnæ Brit. Regis, ad Ordines Ultrajectinos data anno 1675. cautum, ordinarii judicis civilis jurisdictionem fore, quoties miles a non milite, vel miles a milite perſequi judicio vult ſibi debitum; niſi inter duos milites de militari ſtipendio lis eſſet; ejus enim deciſionem iis reſervari, ad quos ſecundum antiquam conſuetudinem de tali controverſia judicium ſpectavit. Plane ex recentiſſimo decreto Conſilii Status Fœderati Belgii *9. Febr. 1703.* & per id revocato in uſum decreto Ordinum Generalium *25. Martii 1651.* judicibus militaribus in illis urbibus, quæ in Comitiis Ordinum ſuffragii jus habent *(ſtem in ſtaat hebben)* denegata in univerſum videtur omnis jurisdictio in cauſis civilibus; ſic ut viri militantes in iis *apprehenſibiles, convenibiles, juſticiabiles, & executabiles* ſint apud judices ordinarios, ſententias ſuas etiam in ſtipendiis militum condemnatorum executioni daturos, ſi alia bona deficiant.

109. Proximi militibus ſtudioſi ſunt, qui, licet reipublicæ cauſa non abſint a domicilii loco, juſtiſſima tamen ex cauſa dicuntur abeſſe. *l. nec non 28. ff. ex quib. cauſ. majores,* ſtudiorum cauſa exules fieri ac peregrinari, ideoque digni viſi, quibus beneficio imperatorio cum aliis prærogativis etiam fori peculiaris privilegium tribuatur, uti & miniſtris ipſorum nunciisque. *auth. habita C. ne filius pro patre.* Duplex namque ex d. auth. apparet prærogativa, primo quidem, ne ſcholares ob alterius cujuscunque provinciæ debitum vel delictum per pignorationem perverſa conſuetudine inductam (ut alibi dictum) in jus vocentur, aut injuriam ullam damnumve ſuſtineant: deinde, ſi ex proprio forent conveniendi negotio, ut non coram alio, quam domino vel magiſtro ſuo, vel ipſius civitatis epiſcopo, (cui hæc jurisdictio data erat, ſed hodie uſu generali rur-

ſus ademta, ut Donellus notat *ad d. auth. n. 33.)* litem paterentur; cauſa, ut ut juſtiſſima, caſuro eo, qui ad alium judicem eos trahere tentaverit. *d. auth.* Quod ſingulare fori jus etſi plures ad cauſas quoque criminales pertinere cenſuerint, verius tamen eſt, ex d. auth. non niſi ad civiles lites pertinere: tum quia Imper. Fredericus in d. auth. vult, cauſa cadere eum, qui ſtudioſum traxerit ad judicem ex privilegio non competentem; quæ pœna civilibus quidem, at non criminalibus quadrat cauſis: tum quia gladii poteſtas & generaliter merum imperium non aliis competit, quam quibus hoc ſpeciali lege vel conſtitutione datum eſt. *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. eſt jurisdictio.* datum autem domino, id eſt. Rectori vel magiſtris, aut epiſcopo ex d. auth. non apparet. Neque etiam probabile eſt, Imperatorem Fredericum plus ſtudioſis indulgere voluiſſe, quam viris Clariſſimis indultum fuit, quorum admiſſa a judice ordinario vindicantur; *l. 2. C. ubi ſenatores vel clariſſ.* ſolis illuſtribus fori privilegio in criminali cauſa munitis, qui aut ſummis dignitatibus functi ſunt, aut honorariis a Principe codicillis donati; dum illi quidem in conſiſtorio Principis accuſandi; hi vero apud præfectum prætorio vel præfectum urbi, vel magiſtrum officiorum, Principe jubente. *l. quoties 3. C. ubi ſenatores vel Clariſſ.* Ant. Matthæus *de criminibus libr. 48. tit. 13. cap. 5. n. 14.* Brunnemannus *ad d. auth. habita Cod. ne filius pro patre.* Sed amplioribus longe finibus aucta inveniuntur hujus noſtræ Univerſitatis Batavicæ ſtudioſis privilegia fori, dum ſtatutis ejus, *articulo 39. ex ampliatione 24. Martii 1662.* juncto alio ejusdem diei decreto, quod relatum inter placita Ordin. Holl. *vol. 3. pag. 551. n. 18.* cautum, ut ſtudioſi, ſive peregrini, ſive civitatis Leydenſis cives, tum in civilibus, ſub quibus & matrimoniales contineri in judicio contradicto, me alterum Rectore, judicatum eſt, tum in criminalibus cauſis, ſive actores, ſive rei ſint, non apud alium quam Academicum judicem litigare compellantur, niſi jam majorennes fori privilegio ſpecifice renunciarint: Profeſſores vero, ſive ſinguli, ſive univerſim conſiderati, eorumque viduæ, non niſi coram Hollandiæ curia conveniantur, aut bonorum ſuorum curatorem ab ea accipiant, cum bona ſolvendo non ſunt; apud ordinarios autem judices adverſarios ſuos ipſi tanquam actores in jus vocent. Excipiuntur tamen lites de finibus aut ſervitutibus aliisve ſimilibus, quarum cognitio ac definitio judici urbano reſervata eſt, & forte generaliter omnes in rem actiones,

quate-

quatenus in loco rei sitæ tractandæ sunt. Vinnius *quæst. select. libr. 1. cap. 18. circa princip.* uti &, si de tutore ipsis studiosis minorennibus aut Professorum scholariumve liberis dando agatur. *d. ampliat. 24 Martii 1662.* Restitutiones quoque in integrum adversus contractus damnosos minorum vix est ut sibi arrogent Academici judices, quippe supremæ curiæ, Principem repræsentanti, specialiter demandatas, ut dictum *tit. de restitut. in integrum n. 4.* An autem & tunc fori privilegio scholares uti possint, cum non propriis sed cessis sibi actionibus experiri volunt, quæstionis est. In iis quidem Universitatibus, quæ etiamnum Hispaniorum regi in Belgio subsunt, privilegium cessare, nisi cessio nominis sit facta studioso a patre, patruo, avunculo, & fratre, notat Christinæus *vol. 5. decis. 35.* & personas miserabiles, prima instantia apud judicem superiorem ex privilegio litigare valentes, in actionibus cessis, eo jure apud nos destitui, postea dicetur. Sed quia neque verba d. articuli 39. statutorum nostrorum inter proprias & cessas actiones distinguunt, neque subsecutis statutorum interpretationibus cessæ excipiuntur, etiamsi alia recensita fuerint, in quibus fori privilegium secundum ante dicta non debebat admitti; magis est, ut in cessis quoque nominibus fori prærogativam studiosis ex d. articul. 39. generaliter loquente vindicemus. Eoque confert, quod generaliter traditum invenio a pragmaticis, exceptionem mere personalem, quæ cedenti opponi potuit, cessionario ex sua persona privilegiato opponi non posse, nisi aliud consuetudine, vel lege municipali cautum esset: cui exceptionum generi etiam hæc fori declinatoria adnumeranda est; cum non videatur rei cohærere aut rem comitari, sed plane a persona privilegio munita aut destituta dependere. Nisi forte inter causam onerosam & lucrativam videatur distinguendum, eo modo, quo de reconventione supra adnotatum est. Ant. Faber *Cod. lib. 3. t. 12. de jurisdict. defin. 22.* Sande *de action. cessione cap. 13. n. 8. & seqq.* Costalius *ad l. 22. ff. mandati.* De cætero, non interest, an in ipsa civitate Leydensi, an extra eam in aliqua Hollandiæ parte, contraxerit studiosus aut crimen perpetraverit; secundum ea, quæ bis in possessorio de criminali jurisdictione judicio inter tribunal Academicum & Nobiliores duas Hollandiæ civitates a Curia suprema definitum est. Confer de privilegiato studiosorum foro DD. *ad auth. habita C. ne filius pro patre.* Christinæum *vol. 5. decis. 34. 35. 36.*

110. Clericos & Monachos quod attinet, increviſſe paulatim in his fori privilegiati jura, ex variis Imperatorum conſtitutionibus manifeſtum eſt. Etenim primo quidem à Marciano Imperatore Clericis Conſtantinopolitanis indultum, ut non niſi coram Archiepiſcopo, Epiſcopo, vel Præfecto prætorio poſſent conveniri. *l. cum clericis* 25. *C. de epiſc. & clericis. l. decernimus* 13. *C. de epiſcop. audientia.* Quæ fere confirmata à Leone & Anthemio; eo addito, quod Clerici peregrini ex Provinciis Conſtantinopolim venientes, ibidem non niſi apud præfectum prætorio cogerentur litigare; de cætero omnes ordinarii ſubeſſent ſuæ provinciæ moderatoribus. *l. omnes 33. C. de epiſcop. & clericis.* Juſtinianus vero generaliter ordini Clericorum dedit, ut in cauſis quidem eccleſiaſticis non alios ſortirentur judices, quam Epiſcopos, aut Metropolitanos, & provinciæ ſuæ ſynodos, aut Patriarchas, cauſa apud Epiſcopos primum agitanda, & per appellationes deinceps gradatim ad ſuperiores deferenda: in civilibus, ſub quibus & criminalia, actoris electio eſſet, an civilem an eccleſiaſticum judicem adire malit. *l. ſancimus ut nemo 29. C. de epiſcop. audientia.* Tandem poſt quasdam varietates, *ex novell. 79. & 83.* petendas, conſtituit in *novell. 123. cap. ſed neque pro 8. 21. 22. 23.* Epiſcopum ad judicem civilem vocari non poſſe, ſine ſpeciali juſſu Principis; ſed magis ad Metropolitanum; Metropolitanum ad Patriarcham: cauſas omnes eccleſiaſticas non niſi a judice eccleſiaſtico dijudicandas eſſe; œconomos, xenodochos, noſocomos, prochotrophos, & aliorum venerabilium locorum adminiſtratores, apud Epiſcopum ſuum de rationibus adminiſtrationis & debitis adminiſtrationis intuitu interpellari oportere: Clericos & Monachos in cauſis civilibus ad Epiſcopum vocandos, appellatione tamen ad ordinarium judicem patente ei, qui ſe ſententia Epiſcopi gravatum putat, ac appellatione ulteriore deinceps denegata, ſi per ordinarium judicem ſententia Epiſcopi confirmata ſit: in criminalibus itidem ad Epiſcopum ita ut convicti; ab iisdem eccleſiaſtico honore ſpolientur, a judice ſeculari deinceps judicandi ac puniendi. Jure Canonico de civilibus Clericorum cauſis ſoli judices eccleſiaſtici judicant; ne prorogatione quidem jurisdictionis in judices ſeculares permiſſa, *cap. ſi diligenti 12. & cap. ſignificaſti 18. extra, de foro compet.* de criminibus iidem, hactenus, ut nocentes ab eccleſiaſtica dignitate depulſos judici ſeculari tradant ulterius puniendos. *cap. novimus 27. extra, de verbor. ſignificat.*

111. Se-

111. Senatoribus inſuper atque clariſſimis forum peculiare Romani Imperatores indulſerunt in cauſis civilibus; non item in criminalibus, reatu omnem honorem excludente. Illuſtribus tamen etiam hic honor fuit habitus, ne ordinarios in ipſis criminum accuſationibus judices ſortirentur, ut paulo ante dictum. *l. 2. 3. & tot. tit. C. ubi ſenatores vel clariſſimi.* Quocum in plurimis conveniunt Hollandiæ mores, ſecundum quos Hollandiæ nobiles, Curiarum Hollandicarum ſenatores, nec non fœderatarum Provinciarum delegati ad collegia publica Hagæ-comitis congregari ſolita, eorumque miniſtri, Academiæ Batavicæ anteceſſores, advocati deinque Hagæ comitis degentes, & quotquot veniunt appellatione ſuppoſitorum Curiæ, nec opificium nec artificium profitentes, in cauſis civilibus ac criminalibus non niſi coram Hollandiæ curia conveniri poſſunt; alibi apud inferiora Hollandiæ tribunalia nec verbali nec reali in jus vocatione inquietandi: exceptis tamen quæſtionibus de ſervitute, de finibus, ac in rem actionibus, quæ ordinario judici inferiori reſeratæ ſunt. *Proviſionele Ordre op de differenten tuſſchen den Provincialen Rade en de Magiſtraat van's Gravenhage 27. Septembris 1614. art. 9. 10. 12. vol. 2. placit. Holl. pag. 1378. inſtruct. Curiæ Holland. art. 8. & 73. ſtatuto Acad. Leydenſ. art. 39.* Waſſenaar *pract. jud. cap. 1. num. 17.* Groenewegen *ad rubric. C. ubi ſenatores vel Clariſſ.* Etſi enim verum ſit, cauſas criminales ratione nobilium, ſenatorum, advocatorum, ſimiliumque, non debere cenſeri ſubductas ordinariorum judicum jurisdictioni, ſi ſtatuto tantum cautum eſſet, tales *in actionibus omnibus in perſonam* non niſi apud Curiam ſuperiorem conveniri poſſe; eo quod *actionis* vocabulo accuſatio in dubio comprehenſa non eſt, ac ſtatutorum vocabula in propria debent accipi ſignificatione, quoties ab ea recedi non ſuadet abſurdus alioquin futurus ſtatuti ſenſus; ideoque his aliisque motus parens p. mem. Paulus Voet de Curiæ Ultrajectinæ advocatis reſponderit, eos in criminibus urbano judici manſiſſe ſubjectos, dum Curiæ provincialis inſtructione *tit. 4. art. 13.* tantum perſonalium actionum mentio comprehenſa eſt, *tract. de ſtatutis ſect. 7. cap. 3. n. 16. usque ad finem.* tamen de Hollandiæ advocatis, & ſimilibus curiæ ſuppoſitis, contra dicendum eſt; eo quod non ſimpliciter in perſonalibus actionibus dicuntur curiæ ſubjecti eſſe; ſed generaliter *jurisdictio* ſine diſtinctione inter civiles & criminales cauſas Curiæ provinciali in nobiles & ſuppoſitorum appellatione venientes

nientes competere, *privative*, ut habet d. conventio inter Curiam provincialem & Magiſtratus Hagienſes, *d. art. 9.* Plane ſi in cauſis civilibus non rei ſed actores ſint, ad curiam ſuos haud poſſent evocare adverſarios, ſed ſecundum jus commune ſequi tenentur forum rei (quod & de Academiæ hujus anteceſſoribus cautum *ſtatut. art. 39.*) eo excepto, quod pro ſalario conſequendo etiam advocatis ac procuratoribus data poteſtas eſt ſuos adverſarios ad curiam vocandi. *d. art. 73. inſtructionis Curiæ Holland.* quo jure etiam Ultrajectinos & Brabantinos advocatos uti, patet ex *inſtruct. Curiæ Ultraject. tit. 4. art. 13.* Brabant. *art.* 295.

112. Si tamen nobiles, ſenatores, advocati, ſimilesque, extra Hollandiæ territorium in aliis locis deprehendantur, aut bona habeant, recte illic perſonali poſſunt conveniri actione mediante arreſto, atque etiam delicti aut criminis accuſari; eo quod privilegium nihil operari poteſt ultra aut extra territorium ejus, qui illud conceſſit. Groenewegen *ad l. 1. C. ubi ſenat. vel clariſſ.* quemadmodum etiam conſiliarios civitatum, nec non advocatos apud judices inferiores in urbibus Hollandiæ praxin exercentes, ibique fixum habentes domicilium, apud ordinarios judices, ubi larem fovent, conveniendos eſſe, notat idem Groenewegen *ad rubric. C. ubi ſenator. vel clariſſ. n. 3.* Uti & nobiles Hagæ non degentes apud ordinarium judicem vel curiam provincialem conveniri poſſunt, ita ut præventioni locus ſit. *inſtruct. Curiae Holl. art. 8.*

113. Quodſi in ipſo deliquerint officio, qui ad res maritimas curandas collegiis maritimis tanquam aſſeſſores adſcripti ſunt, (*Raden ter Admiraliteyt*) aut aliorum Belgii fœderati collegiorum membris accenſiti, ſic ut in verba Ordinum generalium juraverint, coercitio non ad ordinarios judices loci, in quo muneris obeundi cauſa morantur, ſed ad Ordines Generales, vel ad Ordines illius provinciæ quam repræſentant, judicesve ab iis delegatos, ſpectare videtur. Quod & uſu ſervatum vidi, ac multis adſtructum eſt in reſponſ. JCtor. Holland. *part. 5. conſil. 117.* confer tamen *placitum Ordin. Holl. 3. Octobr. 1656. vol. 2. p. 1157. & 2461.* ubi jus ſingulare eſt quantum ad eos, qui Ordinibus Hollandiæ ſubjecti, ex ſuſcepto munere cœperunt Ordinibus generalibus ſacramento devincti eſſe, & in officium dicuntur commiſiſſe. Quid in Germania de virorum illuſtrium foro

ro competente obtineat; vide apud Meyerum *colleg. Argentorat. ad Pand. h. t. n. 257. & seqq.*

114. Adhæc mercatorum & opificum proprios fuisse judices, qui de his judicarent, quæ ad negotiationem aut artificium certum spectabant, innuit satis *l. ult. C. de jurisdict. omn. judic.* ut tamen actoris in arbitrio fuerit, an apud ordinarium, an magis apud peculiarem istius negotiationis aut artificii judicem, vellet suum convenire adversarium; idque de spectantibus ad illud artificii vel mercimonii genus negotiis, non item aliis. *d. l. ult.* Quanquam vero nunc apud nos penes pleraque artificum collegia ac præfectos eorum potestas exigua prorsus est, teste Grœnewegio *ad d. l. ult.* in aliis nihilominus regionibus etiamnum sat magna apparet, ut constat ex iis, quæ habet Brunnemannus ad *d. l. ult.* Sed & in Belgio fœderato societati mercatorum gentis Anglicanæ datum fuit, ut in civilibus ordinario non subsint judici, sed suo proprio, per quem more gentis illius jus dicatur: si modo propriæ, non item cessæ actiones in judicium deducantur: in criminalibus subsint ordinario loci judici; ita tamen, ut cum accusato delator criminis simul carceri mancipetur petente reo, nec dimittatur, nisi convicto eodem, aut dimisso. *Placitum Ordin. General. 9. Januarii 1587. vol. 1. placit. Holland. pag. 756. & seqq. praecipue 763.* In Portugalliæ quoque regno peculiaris judex est, quem *judicem conservatorem* dicunt, cujus est de privatis ibidem ortis inter Belgii fœderati incolas litibus judicare; & sine cujus consensu Belgam a Judice Portugallo ob crimen apprehendi, nefas est; nisi in flagrante fuerit delicto deprehensus. *Instrumentum pacis inter Portugalliae Regem et Provincias Foederatas 6. Augusti 1661. art. 9. & 14. vol. 2. placit. Holland. pag. 2855. & 2858.* Extat præterea amplissimum Nationi Belgicæ a Rege Persarum concessum fori peculiaris in Persia Jus, anno 1623. & ab Ordinibus generalibus confirmatum 24. Decemb. 1624. *vol. 2. placit. Holl. pag. 1315.* ac quibusdam etiam nationis Belgicæ apud gentes extraneas consulibus id datum fuit, ut inter mercatores Belgas judices essent, *Acte van de Staten Generaal voor den Consul van Aleppo, nopende de Judicature 17. Febr. 1616. vol. 2. placit. Holland. pag. 1335.* Quæ juris dicundi potestas etiamnum salva est illis, qui per urbes Imperatori Turcarum parentes consulatu gentis nostræ conspicui sunt: at aliis, per regiones mari mediterraneo in Hispania, Gallia, Italia adjacentes consulatu fungen-

gentibus, ademta prorſus ſeu denegata. *Placito Ordin. General. 24. Julii 1658. vol. 2. placit. Holl. pag. 1343.* De aliis collegiorum aliorum membris, aut certo miniſterio addictis, puta, de agentibus in rebus, miniſterianis, ſilentiariis & cubiculariis Imperatoris, exceptoribus, fabricenſibus ſacræ fabricæ, ſuariis, reliquisque id genus pluribus, quo in loco competens ſortiantur forum, dicere ſuperſedeo; videatur, ſi opus, Meyerus *Colleg. Argentor. ad Pand. h. t. n. 268.*

115. Pupillis præterea & viduabus aliisque perſonis miſerabilibus, ne circuitibus longoque litium gradatim varios apud judices tractandarum ſufflamine res ſuas viderent attritas, tributum, ut, ſi velint, prætermiſſo inferiore judicio, cauſæ ſuæ examen per ſaltum Principali poſſint examini committere. *l. unic. C. quando Imperat. inter pupillos vel viduas vel al. miſerab. perſonas cognoſcat.* Non tamen inter interpretes expeditum ſatis eſt, quinam hic miſerabilium perſonarum veniant appellatione. *Pupillorum* quidem mentione occurrente, & eorum, *qui diuturno morbo fatigati ſunt & debiles*, non dubium, quin & ad minores, & prodigos, & furioſos, & generaliter omnes eos, qui propter animi corporisve vitium aliena cura indigent, privilegium hocce porrigendum ſit. arg. *l. & mulieri 15. §. 1. ff. de curator. furioſo & aliis extra min. dandis. l. dabimusque 19. §. 1. l. 20. 21. 22. ff. de reb. autor. jud. poſſid. vel vendendis.* neque abſurdum fuerit, ad ſenes quoque decrepitos, qui propriis rebus ſupereſſe nequeunt, nec minus quam pupilli alieno egent auxilio, jus idem transferre, cum bis pueri ſenes tales ſint, ac ſenectus ipſa morbus. Rebuffus *ad conſtit. reg. tom. 1. tract. de ſentent. proviſionalib. art. 3. gloſſ. ult. n. 11* Matth. de Afflictis *deciſ. 257. in pr.* Aug. Barboſa *in Collectan. Cod. ad d. l. unic. n. 34.* Menochius *de arbitrar. judic. libr. 2. caſu 66. n. 20.* Maſcardus *de probation. concluſ. 1066. n. 5.* Tuldenus *ad tit. C. quando Imp. inter pupill. num. ult.* Sub viduabus an & virgines maiorennes comprehendantur, minus certum. Antiquioribus plerisque viſum fuit id affirmandum, ut patet ex Menochio *d. caſu 66. n. 8.* Aug. Barboſa *ad d. l. unic. num. 5. & ſeqq.* Covarruvia *pract. quaeſt. cap. 7. n. 2.* & de Friſiæ praxi id teſtatur Sande *deciſ. Friſic. libr. 1. tit. 1. defin. 2.* Nec veri ſpecie caret iſta opinio; viduam enim non eam ſolum dici Labeo ait, quæ aliquando nupta fuiſſet, ſed eam quoque mulierem, quæ virum non habuiſſet, *l. malum 242. §. viduam 3. ff. de verbor. ſignific.* Sed cum novum

novum non ſit, vocabula vel in proprio vel etiam improprio ſenſu tum apud probatos auctores tum in jure noſtro accipi; ut in ſtupri & adulterii, rupti & irriti, cognatorum, fratrum, filiorum, aliarumque rerum prope innumerarum appellatione contingit. *l. inter liberas 6. §. lex 1. ff. ad leg. Jul. de adulter. §. hoc autem 5. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. l. falſa demonſtratio 33. ff. de condit. & demonſt.* junct. *l. neque profeſſio 5. C. de teſtam. l. filii appell. 84.* junct. *l. juſta interpretatione 201. ff. de verb. ſignif. §. ult. Inſtit. qui teſtam. tut. dari poſſ.* a propria autem vocis ſignificatione recedendum non ſit, niſi quando manifeſtum eſt, illud voluiſſe legislatorem. *l. non aliter 69. ff. de legatis 3.* maxime in iis, quæ contra juris communis rationem jure ſingulari introducta ſunt. arg. *l. quod vero contra 14. ff. de legibus.* neque dubium ſit, quin vidua proprie dicatur illa, quæ aliquando nupta fuit; conſequens eſt, ut d. legis unic. diſpoſitionem non ſatis apte virginibus ſeu innuptis puellis accommodemus; quod & placuit Covarruviæ *d. cap. 7. num. 2.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 1. num. 42. 43.* Tuldeno *ad tit. C. quando Imp. inter pupillum &c. cognoſcit, num. ult.* ac noſtris moribus comprobatum eſt, quibus non niſi certis in caſibus puellæ innuptæ hoc fori privilegio uti ſolent; puta ſi juſta de cauſa nimiam adverſarii potentiam reformident, vel imprægnatæ duci ſe aut dotari, & infantem ali petant. Grœnewegen *ad d. l. unic. num. 3. et 4.*

116. Viduabus tamen, quæ maritum extulerunt, annumerandæ videntur nuptæ illæ, quibus mariti inutiles ſunt, ut fruſtra a viris ſuis defenſionem ſperent, veluti ſi vel exul ſit maritus, vel ad triremes damnatus, vel captus ab hoſtibus, vel furioſus, vel prodigus declaratus, ſic ut ipſi vivo, vigenti, videntique jam quaſi funus ductum ſit, & civiliter pro mortuo habendus videatur. Quo facit quod jure Canonico legitur, Eccleſiam juxta communem loquendi modum dici viduatam, quæ licet Epiſcopum habeat, inutilem tamen perhibetur habere. *cap. inter corporalia 2. in med. extra, de translat. epiſcopi.* Covarruvias *pract. quæſt. cap. 7. n. 2.* verſ. *eſt et in hoc eodem.* Menochius *de arbitrar. judic. libr. 2. caſu 66. n. 9.* Aug. Barboſa *in Collect. Cod. add. l. unic. num. 9.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 1. n. 44.*

117. Nec refert, utrum paupertinæ an opulentæ hæ perſonæ ſint, cum ſola conditio atque ſtatus, non item patrimonium, in hoc fori privilegio conſideratum ſit, nec d. l. unica diſtinctionem faciat. Menochius *d. caſu 66. num. 11.* Andr. Gayl.

libr.

libr. 1. *obſerv.* 1. *n.* 40. Cancerius *variar. reſolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 5. Aug. Barboſa *ad d. l. unic. n.* 20. ibique plures allegati.

118. Porro & mercatores a domicilii loco abſentes, in locis illis, in quibus negotiationis ergo peregrinantur, tanquam miſerabiles perſonas conſiderari debere fori intuitu, ſi in vectigalibus aliisque ſimilibus graventur, ſtatuunt Rebuffus *ad conſtit. reg. tom.* 1. *tract. de ſentent. proviſional. art.* 3. *gloſſ. ult. num. quinto, mercatoribus.* Menochius *d. caſu* 66. *n.* 18. Barboſa *ad d. l. unic. n.* 37. Quod in Belgio Fœderato hactenus verum, ut de vectigalibus ſimilibusque pro mercium importatione & exportatione ſolvendis cognoſcant non ordinarii judices, ſed præpoſita rei maritimæ collegia, ut *in ſeqq.* dicetur. Quamvis hoc favore mercaturæ in Hollandia conſtitutum ſit, litem inter duos mercatores peregrinos, prætermiſſo ordinario judice inferiore, imo & prætermiſſa curia provinciali, prima inſtantia apud ſupremam curiam poſſe moveri. *inſtruct. curiae ſupremae art.* 18. eodem modo, quo antea ſupremæ Curiæ Mechliniæ inſtitutæ cognitio inter tales peregrinos data fuerat. *Statut. & Ordonnance declaratoire par Charles V. anno* 1523. 7. *Octobr. vol.* 2. *placitor. Holl. pag.* 1526. *poſt med.*

119. Eccleſias inſuper piasque cauſas, noſocomia, gerontocomia, orphanotrophia, & alia ſimilia, pupillorum exemplo gaudere fori prærogativa ſecundum d. l. unic. paſſim ab interpretibus, paucis diſſentientibus, tradi videas. In gerontocomiis ſane & noſocomiis & brephotrophiis ac ſimilibus eſſe miſerabilium perſonarum congeriem, ambiguum haud eſt, ac pluribus adſtruit Marta *digeſtis juris noviſſ. tom.* 6. *tit. hoſpital cap.* 9. ut proinde, quod jus ſingulis competiturum eſſet, id univerſis denegari, iniquum foret; præcipue, cum & in litibus univerſitatum velint huic privilegio locum eſſe, eo quod univerſitas & viduas & pupillos & alias perſonas fortunæ injuria miſerabiles in ſe concludit. Nec aliud in Eccleſia ſtatuendum videtur, ſi illa de patrimonio cogatur litigare. Etſi enim *in tit. de minoribus* monitum fuerit, non ſemper a pupillis ac minoribus ad Eccleſiam argumentum valere, nec jura quæcunque ſingularia pupillis indulta protinus & ad Eccleſias debere transferri: ratio tamen diverſitatis nulla quantum ad hoc præſens privilegium inter pupillum Eccleſiamque apparet; cum utique Eccleſia æque ac pupillus, oppreſſionem reformidare debeat, quippe æqualiter cum pupillo ignara rerum ſuarum, per alios adminiſtranda-

ſtrandarum, ac tum in judiciis, tum extra ea, alieno defendendarum arbitrio ac fide. Vide Aug. Barboſam *ad d. l. unic. num. 38.* Cancerium *d. libr. 2. cap. 2. variar. reſolut. num. 15. et ſeqq.* Menochium *d. libr. 2. caſu 66. num. 19.*

120. Quia vero lex non diſtinguit, utrum tales perſonæ miſerabiles actoris an rei partes in judicio ſubituræ ſint, conſequens eſt, ut hanc iis prærogativam aſſeramus, ſive ipſæ agant, ſive conveniantur; ſic ut agentes adverſarium ad Principis tribunal trahere prima lite invitum poſſint, conventæ ad principale judicium ab inferiore judice remitti ſeſe jure deſiderent, invitæ tamen non cogantur apud Principem litigare, præterito judice ordinario inferiore, ſive actrices ſive reæ ſint. Gudelinus *de jure noviſſ. libr. 4. cap. 2.* verſ. *deinde ſciendum*, ſeu *num. 23.* Covarruvias *pract. quaeſt. cap. 7. num. ult.* verſu *ſexto deinde.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr.* 1. *cap. 13. num.* 11. Perezius *Cod. ad d. tit. quando Imper. inter pub. vel vid.* Quod jus etſi generali in Gelria conſuetudine abrogatum teſtetur Frederic. a Sande *de feudis Gelriae tract. 3. cap.* 1. §. *1. n. 16.* in aliis tamen plerisque locis etiamnum receptum eſt, eatenus, ut non ipſe quidem Princeps, ſed ſuperiores judices, (apud nos Curiæ Provinciales) de litibus talium, id deſiderantium, queant judicare. Inſtruct. Curiæ Holland. *art. 8.* Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art. 18.* Sande *deciſ. Friſic. libr.* 1. *tit.* 1. *defin. 2.* Nec contrarius eſt Germaniæ uſus, cum id unum tantum denegatum ſit, ne miſerabiles perſonæ ad cameram Spirenſem ſuos prima inſtantia adverſarios vocent; de cætero Principes cujusque regionis ipſos de talium cauſis cognoſcere teſtis eſt Andr. Gayl. *libr.* 1. *obſerv. 2. num. 40.* Suntque hæc certa apud nos, ſi miſerabiles perſonæ agant; in tantum, ut & pupilli recte ſuos tutores ad curiam provincialem vocent, ad id, ut hi condemnentur in loco adminiſtratæ tutelæ, vel apud magiſtratus, a quibus creati ſunt, rationes reddere. Grœnewegen *ad d. l. unic. C. quando Imperator &c.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr.* 1. *cap. 13. n. 22.* At ſi conveniantur, contendi haud immerito poſſet, eas ad ordinarium judicem ſic poſſe & debere vocari, ut nec ſori declinatoria exceptione oppoſita deſiderare queant, ad curiam Hollandiæ ſeſe remitti; eo quod nominatim illud privilegium invenitur indultum viduabus Profeſſorum Academiæ, quæ Leydæ eſt, ut invitæ non niſi coram Hollandiæ curia conveniantur. *ſtatuta Acad. Leyd. art. 39.* quod ſane fruſtra de hisce videre-

tur conſtitutum, ſi omnibus viduabus commune eſſet, ut ordinarii judicis poſſent declinare jurisdictionem in jus vocatæ. Confer Chriſtinæum *vol.* 1. *deciſ. 259. num. 14. et ſeqq.* ubi de ſuæ regionis more agens hoc privilegium etiam viduabus ac pupillis ſimilibusque in jus vocatis tribuit, niſi jam litem conteſtatæ aut conteſtati eſſent; adeo ut tum minoribus nec per in integrum reſtitutionem ſuccurrendum putet, ad litem conteſtatam alio transferendam.

121. Nihil autem intereſt, an hæ perſonæ ex proprio capite, an jure hæreditario, jus agendi adeptæ ſint, dum non privilegiato heredes extiterunt; cum neque d. l. unica diſtinguat, nec mores hactenus introduxerint quantum ad hoc fori privilegium inter proprias & hereditarias actiones diverſitatem. Quemadmodum etiam in Hollandia non refert, utrum lis ipſis intercedat cum aliis non privilegiatis, an cum aliis æquali fori prærogativa munitis, dum pupillus pupillum, vidua viduam, aut pupillus viduam in jus vocat; qua de praxi teſtatur. Grœnewegen *ad d. l. unic. num. 7.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. lib.* 1. *cap. 13 n. 18.* quod & in Catalaunia probari tradit Cancerius *var. reſolut. part. 2. cap. 2. num. 23. 24.* Quamvis ceſſante conſtante fori uſu, magis generalibus juris fundamentis conveniens eſſet contraria ſententia, eo quod privilegiatus contra æque privilegiatum non poteſt ſuum exercere privilegium, ſed eo potius loco habendus eſt quantum ad adverſarium æquali jure gaudentem, ac ſi nulla præ reliquis prærogativa munitus eſſet. arg. *l. verum* 11. *§. ult. ff. de minor. 25. annis. l. ſed & milites 8. pr. ff. de excuſat. tutor. l. ult. §. 1. in fine Cod. qui potior. in pignore.* Cui conſequens foret, ut ex jure communi ipſe, tanquam actor, rei forum ordinarium deberet ſequi. Sande *deciſ. Friſic. libr.* 1. *tit.* 1. *defin. 2.* Auguſt. Barboſa *in collectan. ad l. unic. C. quando Imperator inter pupillos &c. num. 29.* Covarruvias *pract. quaeſt. cap. 7. n. 4.* Ant. Theſſaurus *deciſ. 177. n 9. in med.* adeo ut nec probanda videatur Antonii Fabri opinio, qui *lib. 3. Cod. tit. 13. defin.* 1. cenſuit, actorem privilegiatum recte evocaturum ſuum adverſarium privilegiatum ad tribunal ſuperius, quando cum perſonali prærogativa fori, cauſæ ipſius privilegium ac favor concurrit, veluti ſi vidua dotem repetat a pupillis. Manet enim, non obſtante dotis favore, æqualitas privilegii quantum ad forum attinet, neque ex eo, quod in aliis dotes præcipuum meruerint favorem, recte induxeris, fori quoque intuitu viduam,

viduam, de ejus reſtitutione contendentem, majore quam pupillos jure gaudere, ac prævalere.

122. Denique nec intereſt, utrum miſerabiles hæ perſonæ ſolæ in lite ſubſiſtant, an alios habeant non privilegiatos litis ejusdem conſortes, ſic ut & ipſi illi non privilegiati eo caſu fori privilegiati reddantur participes, ſi modo idem cum privilegiatis jus habeant: ac cauſa in judicium deducenda individua ſit. arg. *l. ſi communem 10. ff. quemadmod. ſervitut. amittantur.* non item ſi dividua ſit. arg. *l. unic. Cod. ſi in communi eademque cauſa reſtitutio poſtuletur.* niſi & dividuam, ad plures ſpectantem, exiſtimemus in univerſum in foro privilegiato definiendam eſſe, ne continentia cauſæ dividatur. arg. *tit. ff. quibus ex cauſis ad eund. jud. eatur.* Vid. Coſtalius *ad d. l. 10. ff. quemadmodum ſervit. amitt.* Covarruvias *pract. quaeſt. d. cap. 7. num. ult. in fine.* Aug. Barboſa *Collect. Cod. ad l. unic. quando Imp. inter pupillos &c. num. 17.* Cancerius *var. reſolut. part. 2. cap. 2. num. 27. 28.* Quicquid ſit, in cauſis ſaltem dividuis ſi ſolæ miſerabiles perſonæ pro ſua parte in privilegiato cœperint foro experiri, liberum reliquis eſſe debet, ut ſeſe eis agentibus adjungant, & ita ſimul cauſam perſequantur; ne alioquin ſententia contra perſonam privilegiatam lata ipſis quoque non privilegiatis eodem jure munitis præjudicio ſit; nam etſi res inter alios acta aliis directo non noceat, tamen in una eademque cauſa ſequior relata per unum ſententia ingentem adverſus reliquos, ex eodem jure litigaturos, inducit cauſæ non bonæ præſumtionem.

123. Quodſi in contrahendo renunciaverint ſuo fori privilegio, an renunciatio rata haberi debeat, quæſtionis eſt. Plerisque eam inutilem eſſe, viſum fuit, eo quod privilegium hoc non private favore, ſed publico, & miſerationis intuitu conceſſum eſt, cujus generis beneficiis non valide renunciari vel ex eo apparet, quod & ceſſionis beneficio renuncians ad illud tamen ad inopiam redactus confugere non prohibeatur, (ut alibi dicetur) ita Ant. Theſſaurus *deciſ. 177. num. 4.* Cancerius *d. part. 2. variar. reſolut. cap. 2. n. 29.* Aug. Barboſa *ad d. l. unic., C. num. ult.* Petrus Barboſa *ad l. alia cauſa 15. §. 1. num. 49. & 50. ff. ſoluto matrimon.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 1. num. 40.* Sed juri magis conveniens eſt, renunciationi factæ ſtandum eſſe, cum ea bonis non adverſetur moribus, & obtinuerit, unumquemque licentiam habere his, quæ pro ſe introducta ſunt, renunciandi. *l. pen. Cod. de pactis.* Parum faciente in contrarium,

quod non privato ſed publico favore hoc jus fori inductum ſit; cum non minus militibus publici favoris intuitu privilegium militaris judicii datum fuerit; quos tamen ſuo poſſe juri renunciare, palam eſt ex *d. l. pen.* Neque ſemper verum eſt, invalidam eſſe renunciationem juris ex miſeratione conceſſi: quod enim beneficio ceſſionis nemo poſſit ex renunciatione privari, id peculiari nititur ratione, quod ſcilicet nemo membrorum dominus ſit, *l. liber homo 13. ff. ad leg. Aquil.* adeoque nec membra ſeu corpus ſuum jure poſſit ad perpetui carceris ſquallorem & macerationem obligare; quod tamen futurum eſſet, ſi beneficii ceſſionis renunciatio firma foret; quippe quæ potiſſimum ad id proficit miſeris, ne condemnati ob debitum in carcerem detrudantur. *l. 1. C. qui bonis cedere poſſ.* de cætero, non magis viduabus, pupillis aliisque ſimilibus hoc fori peculiaris jus ex miſeratione datum eſt, quam ſtudioſis ſuum: *quis enim* (inquit Imp. Fredericus *in auth. habita C. ne filius pro patre*) *eorum non miſereatur; qui amore ſcientiae exules facti, de divitibus pauperes, ſemet ipſos exinaniunt, vitam ſuam multis periculis exponunt, & a viliſſimis ſaepe hominibus corporales injurias ſine cauſa perferunt.* Quos tamen militum armatorum exemplo renunciare poſſe fori prærogativis, niſi apud nos minorennes ſint, ſupra dictum eſt. Perezius *tit. Cod. quand. Imper. inter pupillos &c. cognoſcat, num. caeterum ſunt 4.* Ant. Matthæus *de judiciis diſput. 4. num. 39.* Eoque facit, quod miſerabilibus hisce perſonis liberum ſit, non uti jure ſuo, & ad ordinarium judicem litigatum ire; ut ante dictum; in tantum, ut nec reſtitutione in integrum juvandi ſint pupilli, aut viduæ, utut minorennes, ſi per eam ſub obtentu litis per errorem apud ordinarios judices conteſtatæ intenderent ad forum privilegiatum remiſſionem; cum & favor ordinariæ jurisdictionis, & læſio vel incerta, vel ſane non admodum magna, reſtitutionem hoc caſu videatur impedire. Covarruvias *pract. quaeſt. cap. 7. num. ult.* verſ. *nono.*

124. Non tamen huic fori privilegio locus eſt, ſi pupillis ſimilibusque de minuta tantum quantitate debiti lis cum alio intercedat; qua de cauſa etiam, uti aut moribus aut legibus municipalibus apud varios populos certa quantitas definita invenitur, intra quam conſiſtens res controverſa, apud ordinarium judicem petenda eſt; ut patet ex Cancerio *var. reſolut. part. 2. cap. 2. num. 21.* Covarruvia *d. cap. 7. pract. quaeſt. num. 3.* verſ.

3. verſ. *hoc tamen privilegium*, aliisque; ita & in Hollandia conſtitutum, ut ſi perſonæ miſerabiles una cum adverſario eodem in loco larem foveant, non aliter ordinarii judices jurisdictionem declinent, ac apud curiam provincialem litigent, quam ſi inter degentes majoribus in urbibus de debito trecentos florenos excedente, in minoribus (quibus & Haga Comitis adnumerata) centum & quinquaginta, in pagis quinquaginta ſuperante, lis ſit. Sin diverſis ſub judicibus Hollandis degant, ſi quidem in urbe, lis centum aureos excedere debeat, ſin ruri, quinquaginta, ut judici ordinario ſubduci ex hoc privilegio poſſit; non actoris ſed debitoris domicilio conſiderato, an in urbe an ruri ſit. *nader Ampliatie van d'Inſtruct. van den Hogen en Provincialen Rade 24. Martii 1644. artic. 5. 6. 7.* Nec Zelandi ab Hollandis, niſi quantitas ducentis & quinquaginta florenis major ſit. *nader proviſ. accoord tuſſchen Holland en Zeeland 11. Junii 1674. art. 4.* Simile quid, licet diverſa quantitate, cautum inſtruct. Curiæ Flandricæ *art. 8. 9.*

125. Etſi autem frequentius probatum fuerit, etiam tunc hoc fori privilegium competere, cum actio per non privilegiatum privilegiato ceſſa eſt; tum quia *d. l. unic. quand. Imper. inter pup. cognoscat.* non diſtinguit, unde nec noſtrum eſt diſtinguere: tum quia, ut ſupra a me traditum de ſtudioſis, exceptio declinatoria fori, tanquam mere perſonalis, generaliter ceſſionario privilegiato opponi nequit, licet cedenti opponi potuiſſet, ſi modo ceſſio bona fide facta fuerit. Barboſa *in Collectan. ad d. l. unic. num. 15.* Matth. de Afflict. *decis. 74.* Carcerius *d. part. 2. var. reſolut. cap. 2. num. 28. in fine.* Hollandis tamen ac Ultrajectinis magis placuit, privilegium fori a miſerabilibus perſonis in propriis quidem & hæreditariis, at nullo modo in ceſſis actionibus exerceri poſſe, ſive oneroſo, ſive lucrativo titulo, ſive ex voluntate, ſive ex neceſſitate in rem ſuam procuratores conſtitutæ ſint. *ampliatio inſtruct. Curiae Holland. 21. Decemb. 1579. artic. 1. nader proviſioneel accoord tuſſchen Holl. en Zeeland 11. Junii 1674. art. 4.* Inſtruct. Curiæ Ultraject. *tit. 1. art. 18.*

126. Sic quoque per Hollandiam privilegio huic locus non eſt, ſi de ſecuritate mercium transvehendarum (aſſurantie) quæſtio miſerabilibus hisce perſonis intercedat cum alio, quantacunque fuerit quantitas eo nomine controverſa. *Ampliatio ſecunda inſtr. Curiæ Holl. 24. Martii 1644. artic. 8.* Idemque eſt, ſi de adipiſcenda poſſeſſione agatur, veluti de miſſione in poſſeſſionem

hereditatis, quippe quæ ab ordinario domus mortuariæ Judice decernenda eſt. Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 55.* Aſſignatio inſuper bonorum paternorum aut maternorum, ſi pupillis facienda ſit per parentem ſuperſtitem, eoque nomine monendum fuerit familiæ erciſcundæ judicium, ordinarii Judicis, non vero curiæ Hollandicæ notionem regulariter eſſe, reſcripto Philippi Regis ad Curiam Provincialem 5. Jan. 1557. comprehenſum eſt; quod occurrit inter placita Ordin. Holl. *voll. 2. pag. 1489.* Præterea, cum legislatori Hollando placuerit, tunc, cum curator datus eſt hereditati bonisve, quæ ſolvendo non ſunt aut non eſſe creduntur, lites omnes ea occaſione movendas per creditores aliosque, velut generali judicio, apud Judicem ordinarium loci, in quo curator eſt conſtitutus, omni in caſu ventilandas eſſe. *placito Ordin. Holl.* 10. *Julii 1677. vol. 3. pag. 672.* conſequens eſt, ut nec miſerabiles perſonæ eo caſu ex fori privilegio ad curiam provincialem prima poſſint inſtantia convolare. Idemque dicendum, ſi judicio familiæ erciſcundæ contendendum ſit, cum hujus generis quæſtiones tum in Hollandia tum in Zelandia in loco domus mortuariæ ventilandæ ſint. *nader proviſ. accoord tuſſchen Holl. en Zeeland* 11. *Junii 1674. artic. 14.* Denique generaliter fori peculiaris prærogativam, perſonarum favore ac contemplatione conceſſam, ceſſare merito contendi poteſt, quoties de talibus negotiis iis agitanda eſt, quæ ex ſpecialibus legibus certis tantum judicibus cum ordinarii judicis excluſione ſunt demandata; veluti, cum de fraudatis vectigalibus aut tributis, de legum venaticarum transgreſſione, ſaltuum publicorum violatione, feudalibus controverſiis, politicis cauſis aliisque ſimilibus cognitio inſtituenda eſt. In his enim ceſſare fori privilegium alioquin non miſerabilibus tantum, ſed & aliis perſonis ſecundum ante dicta datum, neceſſarium eſt; cum omnibus aliis judicibus prærepta ſit de cauſis talibus jurisdictio, & non nili certis judicibus tributa. Vultejus *tract. de feudis lib. 2. cap. 2. n. 23.* Zoeſius *de feudis cap. 17. n. 3. Notabele poincten van Leenen van Jac. de Jonge. art. 23.* Plura de hoc miſerabilium perſonarum privilegio congeſta vide apud Menochium *de arbitr. jud. lib. 2. caſu 66.* Maſcardum *de probation. concluſ. 1066.* Covarruviam *pract. quaeſt. cap. 7.* Theſſaurum *deciſ. 177.* Rebuffum *ad conſtitutiones regias tom. 1. dict. tractat. de ſentent. proviſional. art. 3. gloſſ. ult.* Cancerium *variar. reſolution. part. 2. cap. 2.* Leeuwen *cenſur. forenſ. part. 2. lib. 1. cap. 13. num. 11. & ſeqq.*

127.

127. Sed ut, quæ de ceſſante miſerabilium perſonarum privilegio in cauſis, certis tantum judicibus cum ordinarii judicis excluſione demandatis, dicta ſunt, manifeſtius appareant, operæ pretium fuerit, præcipuas harum cauſarum ſpecies recenſere. Conſiderandum ergo, præfecto ſaltuum & aſſeſſoribus ejus commiſſum fuiſſe judicium de peccatis quocunque in loco contra venationis leges, deque violatis ſaltibus, & quæ his ſunt connexa, ut nullus ſive nobilitatis ſive dignitatis ſive privilegii prætextu, vel etiam ſub obtentu poſſeſſionis circa jus venandi exercitæ, in qua ſe defendi deſideraret per eos, quibus de poſſeſſione alioquin cognoſcere datum eſt, ſeſe præfecturæ ſaltuum ſubducere poſſit, & vel ordinarii judicis vel curiæ Hollandiæ jurisdictioni ſubmittere; ſive civiliter ſive criminaliter de hiſce agatur. Vide *conſtitutionem Caroli 5. 26. Decemb. 1517. artic. 6. vol. 1. placit. Holland. pag. 1316. & placitum Ordin. Holland. 10 Auguſti 1589. d. vol. 1. pag. 1396. & 25. Junii 1621. d. vol. 1. pag. 1420. & ſententiam cum actis apud Curiam Hollandiae 26. Febr. 1672. vol. 3. placit. Holl. pag. 713. 714. 715.* ac noviſſime *placitum Ordin. Holl. 22. Novemb. 1670. d. vol. 3. pag.* 716. ſola appellatione in cauſis majoris momenti ad curiam Hollandiæ feudalem non ita pridem reſtitutam conceſſa *inſtructio Curiae feudalis Holl. 7. Aprilis 1661 art. 5. vol. 2. placit. Holl. pag. 2647.*

128. Similiter Collegiis & aſſeſſoribus rei maritimæ præpoſitis (*Collegien ter Admiraliteyt*) data ab Ordinibus generalibus jurisdictio de præda hoſtili per naves bellicas, aut prædatorias autoritate publica inſtructas, intercepta; de piratica non jure exercita; de litibus inter naves bellicas aut prædatorias exortis, deque delictis per eas commiſſis; de criminibus in ipſa navi perpetratis, quorum coercitio excedit centurionum poteſtatem; ut & de iis, quæ per ſocios nauticos reliquosque rei maritimæ operam dantes extra navim admiſſa ſunt, ſi modo militaria fuerint (reſervata criminum communium extra navim commiſſorum cognitione judicibus ordinariis loci illius, in quo illa perpetrata, vel in quo delinquentes inventi ſunt) præterea de fraudatis vectigalibus mercium exportandarum vel importandarum nomine ſolvendis, deque illicite exportatis ſaut ad hoſtes miſſis, ac denique de delictis eorum, quibus in merces inferendas aut evehendas inquiſitio demandata eſt, (vulgo *Commiſen van de convoyen en Licenten en Chercher*s) *Inſtructie van de Staten General voor de Collegien ter Admiraliteyt 13. Auguſti 1597. art. 3. 30. 31. vol. 2. placit. Holl. pag. 1531.*

& 1537. 1538. Neque interest, a quo merces, exportari prohibitæ, interceptæ fuerint; nam & si vel a militibus deprehensæ fuissent, ac intra loca præsidiaria deductæ, non ideo ad militarem judicem, sed ad hos rei maritimæ præfectos pertinere de jure vel injuria exportationis atque interceptionis aut commissi cognitionem, constitutum est decreto Ordinum General. 14. *Aprilis 1673. vol. 3. placit. Holland. pag. 1278. num.* 55. Quod si mercium illicitarum ad hostes transportandarum rei non in ipso delicto deprehensi fuerint, sed demum postea tanquam edictorum transgressores accusandi veniant, non jam solis collegiis maritimis, sed & ordinariis judicibus ejus delicti executio patet, sic ut præventioni locus sit. *placito Ordin. General. 31. Decemb. 1657. art. 9. &* 10. *vol. 2. placit. Holland. pag. 519.* quod repetitum edictis variis 19. *Martii 1665. 14. Aprilis 1672.* 11. *Aprilis 1673. art. 9. & 10 vol. 3. placit. pag. 254. & 9. Martii 1689. art.* 13. *vol. 4. placit. Holl. pag. 200.* Quin imo, si naves aut merces redemtæ fuerint ab hostibus, ac de earum proprietate, redemtionis validitate, aut restitutione quæstio sit, non collegia maritima, sed judices ordinarios judicare debere, & quidem de plano, appellationis reformationis aut supplicationis licentia denegata, sancitum fuit in quadam facti specie *4. Martii 1600. vol. 2. placit. Holl. pag. 39. & seqq.* Similiter de delictis in navi, Indiam orientalem petente, vel inde redeunte, commissis, cognitio cameris maritimis concessa non est, sed in ipsa navi consilio nautico demandata coercitio, quoties leviora sunt, aut conspirationem involvunt, ut periculum in mora sit, aut certo certius capitalia; de gravioribus punitio ad ordinarios videtur spectare judices loci illius, ubi in Belgio vel India naves appellunt. *Artikel-Brief van de Oost-Indische compagnie 8. Martii 1658. art.* 9. 10. 11. *vol. 2. placit. Holland. pag. 1280.* Confer varia de delictis militaribus aut nauticis in India occidentali aut navigatione commissis, & quæ sint militaria aut navalia delicta, occurrentia variis in placitis Ordin. General. *Ordre van de regeeringe in West-Indien* 13. *Octob. 1629. art. 49. 50. 51. & seqq. vol. 2. pag. 1243.* in Brasil. *art. 38. & seqq. vol. 2. placit. Holl. pag. 1253.* in Africa. 5. *Julii 1642. art. 14. & seq. d. vol. 2. pag. 1270. &* de delictis per socios nauticos aut milites aut præfectos navium militumve commissis quomodo judicet consilium navale, vide *Artickel-Brief roerende den Oorloge ter Zee. 8. Maii 1645. art. 5. vol. 2. pag. 200.*

129. Publicanorum cauſas quod attinet & vectigalium per eos conductorum; ſi quidem ipſi aut fidejuſſores eorum conveniendi ſint ob id, quod male verſati ſunt circa pecunias publicas, aut rationes ſuas conſcribendas, prætermiſſis acceptis, aut alterius ſtationis publicano ea negaverunt, quæ ille jure ſuo petere poterat, apud delegatos Hollandiæ Ordines (*Gecommitteerde Raden*) prima inſtantia lis moveri poteſt. *Generale Ordonnantie op de verpachtinge van de Impoſten in Holland. art. 23. 24. vol. 3. placit. Holl. pag. 812.* idemque juris eſt, ſi de compoſitionibus illicitis, a ſucceſſore in conductione, vel ab alio quocunque ſint accuſandi. *Ordre tegens de compoſitien anno 1641. vol. 1. placit. Holl. pag. 1655.* Adde *d. vol. 1. p. 1676. art. 33.* Si vero lis inter ipſos oriatur publicanos eorumve ſocios, aut inter publicanos & ærarii quæſtores, aut denique inter publicanos & impoſitionum fraudatores, ea primitus apud delegatos in urbibus judices agitanda eſt, ac intra decem ſeptimanas terminanda; quibus elapſis, per provocationem a ſententia, ſi ea lata ſit, aut per evocationem, ſi mora facta, ad delegatos Hollandiæ Ordines transferri poteſt. *d'Ordonnantie op de verpachtinge van de Impoſten. art. 30. d. vol. 3. p. 813. 814.* cum quibus conveniunt, quæ traduntur placito Ordinum Zelandiæ 18. *Sept. 1675. vol. 3. placit. Holl. p. 1112.* & placito Conſilii ſtatus fœderati Belgii circa impoſitiones Ordinibus generalibus pendendas. *7. Martii 1656. vol. 2. placit. Holl. pag. 1002. & ſeqq.*

130. De negotiis quoque pupillaribus ad tutelæ adminiſtrationem ſpectantibus cognitio variis in locis peculiariter cameræ pupillaris præfectis conceſſa eſt, quoties eorum poteſtati nominatim teſtamento vel codicillis ſubducta non invenitur pupillorum tutela; ſed quousque, definiri certo vix poteſt, ac ex cameræ cujusque legibus ac moribus petendum; dummodo id unum obſervetur, ne aliter cameræ hæ pupillares jus decernendi ac conſtituendi ſibi arrogent, quam ſi pupilli ſint, ad quos bona ſpectant; his enim non exiſtentibus, ſed ad alios patrimonio pupillorum jam devoluto, cameram pupillarum tantum ut ſequeſtram conſiderari oportere, litesque ordinarium apud judicem diſcutiendas eſſe, verius eſt; eo quod ad ſolorum pupillorum providentiam tales præfecturæ pupillares induſtæ & auctoritate munitæ ſunt. Reſponſa JC-

tor. Holl. *part. 3. vol. 1. conſit. 36.* quod repetitum *d. part. 3. vol. 2. conſil. 26.*

131. Feudales controverſias jam olim ex ſcriptis feudorem conſuetudinibus ſuos peculiares habuiſſe judices curiam feudalem in eaque aſſidentes curiæ pares, ex ſcriptis feudorum conſuetudinibus abunde conſtat ; ut tamen caſus varii videantur diſtinguendi : aut enim inter vaſallos duos de feudo lis eſt, aut inter dominum & vaſallum, aut inter dominum & extraneum, aut denique inter vaſallum & extraneum. Si inter duos vaſallos de feudo lis ſit, dominus directus, quive ejus vicem gerit, una cum curiæ paribus idoneus judex eſt. *libr. 2. feud. tit. 55. §. ult. in fine de prohibita alienat. per Frideric. & d. libr. 2. tit. 34.* (licet Mediolani aliud dicatur ſervatum d. tit. 34.) niſi dominus quodammodo in ea re ſuſpectus ſit, quod evenit, ſi dominus de antiquo feudo, quaſi ob defectum agnatorum aperto, alium inveſtierit, agnatus autem exiſtens, illud, ut non apertum, ſed jure ſucceſſionis ſibi quæſitum evincere conetur ; tunc enim, quia dominus de evictione teneretur perperam inveſtito, atque ita in ſua videretur judicare cauſa, non quidem ad judicem ordinarium lis ea transferenda fuit, ſed per ſolos curiæ pares, excluſo domino, dirimenda. *lib. 2. feudor. tit. 46. an apud. jud. vel curiam.* Quod autem in *libr. 2. feud. tit. 15. de inveſtitura in maritum facta* ſcriptum eſt, magis apud ordinarium judicem, aut arbitrum utriusque conſenſu electum, quam apud eundem dominum hoc litigium fore determinandum ; id tunc verum erit, cum nulli curiæ iſtius dominicæ pares ſunt, aut per ætatem aut aliter ad judicandum inhabiles ; tunc enim ſatius eſſet, ordinario judici, quam domino in propriam utilitatem judicaturo, cauſam committi. Quod ſi de feudi retractu quæſtio ſit inter emtorem feudi & agnatos retractum deſiderantes, magis eſt, ut per curiam feudalem ea finiatur : eo quod & emtor & retractum faciens tanquam vaſallus conſiderandus eſt, alter ut fiat talis retractu interpoſito, alter vero, ut maneat, eodem impedito. Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 185. quaeſt. 3.* Roſenthal *de feudis cap. 12. concluſ. 12. num. 97. & ſeqq.* præſertim poſita conſuetudine, quod retrahere cupiens ante omnia debet inveſtitus fuiſſe per dominum directum, alioquin ad retractum tentandum haud admittendus; de qua poſt alios teſtatur. Groenewegen *ad Hug. Grotii manuduct. ad Juriſprud. Holl. libr. 3. cap.* 16.

16. num. 13. Si inter dominum & vaſallum contentio ſit; ſi quidem ita, ut vel vaſallus ſe vaſallum, vel dominus ſe dominum eſſe neget, atque adeo alteruter rem non feudalem ſed allodialem eſſe dicat, ordinarii judicis ea de re notio eſt. Sin in confeſſo ſit, vaſallum alterum eſſe, alterum dominum, ſed de feudi inveſtitura, conditionibus, uſu, militia, ſervitiis, reſtitutione, amiſſione, aliisque ſimilibus ad conſtitutionem, conſervationem, aut privationem feudi ſpectantibus, diſputetur, ad pares curiæ cognitio pertinet. *libr. 2. feud. tit. 16. de controverſia feudi apud pares terminanda. & tit. 55. §. ult. in fine de prohib. feud. alienat. per Fredericum. tit. 39. §. ſi inter. de alienatione paterni feudi. & libr. 1. tit. 21. de feudo ſine culpa non amittendo. & tit. 23. §. ult. quo tempore miles inveſtit. petere deb.* Si inter vaſallum & extraneum, vel inter dominum & extraneum, lis orta, veluti de finibus aut ſervitutibus prædiorum confinium, quorum alterum feudale, allodium alterum eſt, vel ſi vaſallus agat aut conveniatur ob id quod rei feudalis cuſtodiam alteri commiſit, aut eam oppignoravit, non niſi apud ordinarium judicem hæ controverſiæ tractandæ ſunt, actore ſecundum generalia principia forum rei ſequente: eo quod nuſpiam in conſuetudinibus feudorum cognitio de talibus invenitur vel domino vel curiæ paribus delata. Confer Vultejum *de feudis libr. 2. cap. 2. num. 33. & ſeqq. ad num. 42.* Rittershuſium *partition feudal. libr. 2. cap. 9.*

132. Mores Hollandiæ ſi ſcrutemur, ut ſilentio involvam ea, quæ antiquiſſimis temporibus obtinuere tum ex Caroli Burgundiæ ducis conſtitutione *anno 1469.* tum ex Caroli quinti latiore Inſtructione Curiæ feudalis *anno 1519. vol. 2. placit. Holl. pag. 681. & ſeqq.* ſeculi hujus initio de controverſiis feudalibus judicabat prima inſtantia curia domini ſubinfeudantis, ſi de ſubfeudis, ſeu feudis rurſus in feudum a vaſallo datis, ageretur, etſi vaſallus curiæ ſuæ paribus deſtitutus adhibitis alienæ curiæ paribus jus dicturus eſſet; a cujus ſententia ad Curiam Feudalem Hollandiæ deinceps appellatum fuit: ſin de conceſſis ab Hollandiæ comitatu feudis contenderetur, prima ejus cognitio eidem competebat Hollandiæ Curiæ feudali; ut &, ſi de ſubfeudis quæſtio ipſi intercederet ſubinfeudanti. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. libr. 2. tit. 41. n. 79. 80.* ibique Groenewegen *in notis. Notabele pointen van Leenen van Jacob de jonge artic. 22. 23.* Quæ curia feudalis olim

olim a Curia Provinciali Hollandiæ distincta fuit; sed cum postea Hollandiæ curiæ Provinciali demandatum esset causarum feudalium judicium, abolita pristina feudali curia, iterum anno 1661. restitutum fuit peculiare feudalium tribunal, in quo feudorum præses (*Stadhouder van de Leenen*) una cum Curiæ provincialis præside, ac curiæ ejusdem senatoribus Hollandicis, qui & vasalli esse debebant, cognoscendi ac decidendi habebat potestatem. *Instructio Curiae feudalis Holland. 7. Aprilis* 1661. *praefat. & art. 1. vol. 2. placit. Holl. pag. 2646.* Cui etiam curiæ ampliores, quam ex consuetudinibus feudalibus, jurisdictionis termini constituti sunt: etenim non modo de feudis comitatus Hollandiæ, uti & de subfeudis, quoties ipsi subinfeudanti lis est, vel jurisdictio prorogata invenitur, prima instantia competens judex est, deque subfeudis per appellationem aut reformationem a sententia curiarum feudalium inferiorum, de subfeudis cognoscentium, quoties alii extra dominum subinfeudantem veniunt litigatum, *dicta instruct. Cur. feud. art. 2. 3. 5. 7.* sed & per evocationem, si curiæ inferiores negligentiores sint in lite feudali terminanda, & hoc ipsum desideret alteruter litigantium, juxta formam in Curia Hollandiæ non feudali circa evocationes receptam. *d. instruct. Curiae feudal. Holl. art. 6.* Adhæc per appellationem de causis, a præfecto saltuum & assessoribus ejus decisis, circa saltuum violationes, legum venaticarum transgressiones, & alia ad istius præfecturæ jurisdictionem spectantia, (de quibus *h t. n. 127.*) *d. instruct. art. 5.* Nec tantum, si agatur de feudorum proprietate, sed &, si de oneribus rei feudali impositis, veluti de sorte debita, vel reditibus annuis constitutis, pro quibus feudalia pignori obligata sunt, deque aliis quibuscunque juribus in re feudali competentibus, etiam servitutibus personalibus ususfructus & similibus, (cum solæ excipiantur controversiæ servitutum urbanarum & rusticarum, ordinario judici reservatæ) præterea de finibus duorum prædiorum feudalium regundis, de jurisdictione, alluvione, privilegiis, juribus, servitiis, feudi nomine vindicandis, aut præstandis. *d. instruct. art. 3.* sic ut & emtores feudorum ac similes de re feudali litem patientes suos possint ad eandem curiam feudalem autores evocare, ut liti assistant; ac vasalli extra Hollandiam commorantes, mediante feudorum suorum Hollandicorum arresto, edictis jure evocentur ad litem feudalem eadem in curia excipiendam. *d. instruct. art. 8. & 9.* 133.

133. Si tamen de debitis, reditibus, ſervitutibus prædialibus, aliisque oneribus partim allodiali, partim feudali rei impoſitis, aut conſtitutis, lis inſtituenda ſit, in actoris arbitrio eſt, utrum eam apud ordinarium, an apud feudalem malit judicem movere; ſic ut & pleniſſima ſententiæ latæ executio ei tunc permittenda ſit, qui judicavit, promiſcue in res allodiales ac feudales dirigenda. *d. inſtruct. art. 4.* Et quamvis noviſſime conſtitutum rurſus fuerit, Hollandiæ Zelandiæque curiam provincialem, ac appellatione interpoſita etiam ſupremam curiam, de Hollandiae Zelandiaeque feudalibus cognoſcere controverſiis, ſalva vaſallis ſubinfeudantibus ſuarum curiarum inferiorum prærogativa, ac prima circa ſubinfeudationes cognitione. *Nader Proviſioneel Accoord tuſſchen Holland en Zeeland, anno 1674. 11. Junii art. 12.* eo fere modo, quo iam olim Curiæ Provinciali Ultrajectinæ de feudis Ultrajectinis judicium permiſſum fuerat. *inſtruct. Curiae Ultraject. tit. 1. artic. 23.* adeoque hactenus peculiaris illa feudorum Curia Hollandica judicare deſierit; uſum tamen inſignem procul dubio retinent, quae in d. inſtructione anni 1661. fuere definita circa quæſtiones, in quibus dubium eſſe poſſet, an apud ordinarium iudicem inferiorem, an magis apud feudalem, actio inſtituenda ſit. De feudis Flandriæ, quatenus illa Ordinibus Belgii fœderati paret, iudicare Senatores Curiæ Flandricæ, qui ſimul Flandriæ vaſalli ſunt, patet ex placito Ordin. General. *1. Martii 1677. ad elucidationem placiti 25. Aug. 1632. vol. 3. placit. Holl. pag. 608.* Plura de foro competente in feudorum quæſtionibus vide apud Sixtinum *de regalibus lib. 1. cap. 8.* Roſenthal *de feudis cap. 12. concluſ. 1. & ſeqq.* Vultejum *de feudis lib. 2. cap. 2.* Schraderum *de feudis part. 10. ſect. 1. & mult. ſequent.* Quibus adjungenda omnino ea, quae ex profeſſo de iudiciis feudalibus ſcripſit Petrus Bort *de feudis Holland. part. 8. per. tot. pag. mihi 351. & ſequent. uſque ad finem.*

134. Lites de poſſeſſione vel quaſi poſſeſſione rerum iuriumque ventilandas quod attinet, iure quidem Romano definitum fuit, ſeparandam non eſſe cauſam poſſeſſionis a cauſa proprietatis, aut in diverſa fora diſtrahendam, ſed apud eundem iudicem & proprietatis & poſſeſſionis controverſiam debere tractari, ne continentia cauſae divitatur; pœnae arbitrariae addita comminatione, ſi quis alium ſuper poſſeſſione, alium

ſuper

ſuper principali quæſtione iudicem poſtulaverit. *l. nulli 10. C. h. t.* Sed nunc ubique fere invaluit, de proprietate quidem ordinarii iudicis cognitionem eſſe; at de poſſeſſione & controverſiis poſſeſſoriis, ſive corporum, ſive iurium & beneficiorum, ſuprema regionis cuiusque tribunalia iudicare. Zypeus *notit. juris Belgici lib. 2. de cauſa poſſeſſ. & proprietatis pag. mihi 53.* Tuldenus *ad tit. C. ubi de poſſeſſione.* Groenewegen *ad d. l. nulli 10. C. h. t.* atque ita in Hollandia Zelandiaque ſupremæ curiæ id negotii datum eſſe, apparet ex inſtructione Curiae ſupremae. *art. 19.* & *nader proviſion. accoord tuſſchen Holl. en Zeeland. 11. Junii 1674. art. 11. vol. 3. pag. 693.* uti Curiae provinciali id iam olim erat conceſſum, ante ſupremae curiae inſtitutionem, circa beneficiorum feudorumque poſſeſſiones, *Inſtruct. Cur. Holl. art. 8. 39. & ſeqq. & 172.* nec per d. artic. 19. inſtruct. ſupremae curiae ademtum, ut patet ex reſponſ. Juriſconſ. Holl. *part. 4. conſil. 181. 182. & ibi adducta Curiae provincialis ſententia.* & *van Alphens Papegaey tit. 16. pag. mihi. 132. in med.* Ultrajecti idem obſervari, docet inſtructio Curiae Ultraject. *tit. 1. artic. 19.* etiamſi de proprietate quaeſtio ſubducta eſſet ordinarii iudicis iurisdictioni, & certis tantum iudicibus demandata. Qua ratione, ſi de feudi poſſeſſione contentio ſit, non apud curiae pares in iudicio feudali, ſed apud privilegiatum poſſeſſionis iudicem ea agitanda eſt. Roſenthal *de feudis cap. 12. concluſ. 12. n. 54. & multis ſeqq.* Sixtinus *de regalibus lib. 1. cap. 8. n. 27. & ſeqq. ad. n. 39.* Vulteius *de feudis lib. 2. cap. 2. n. 43. & ſeqq.* Quod & in Hollandia ſervandum, cum emphatice in inſtructione Curiae feudalis Hollandicae 7. Aprilis 1661. art. 2. ſcriptum inveniatur, feudalem curiam cum aliorum iudicum excluſione habituram deciſionem cauſarum feudalium *in petitorio;* cui conſequens eſt, ut in poſſeſſorio curiae provincialis iurisdictio agnoſci debeat, ſecundum poteſtatem eidem curiae ſecundum iam dicta datam, & ex d. inſtructione curiae feudalis aut ſupremæ non ademtam, ſed magis tacite reſervatam. Illud inter Hollandorum ac Trajectenſium mores hac in parte intereſt; quod Ultrajecti, lite de poſſeſſione apud Curiam provincialem mota, etiam ipſa proprietatis controverſia ibidem diſcutienda ſit, etſi alioquin prima de proprietate deciſio iudicum inferiorum poteſtati ſuiſſet permittenda, ſi nulla poſſeſſionis controverſia interceſſiſſet. Cum ex adverſo in Hollandia

landia proprietatis quæstio iudicibus ordinariis reservata maneat, tametsi de possessione Curiæ supremae auxilium imploratum fuisset, & possessorium iudicium ibidem terminatum. Neostadius *supr. Curiae decis. 127.* Wassenaar *pract. judic. cap. 12. n. 14. & seqq.*

135. Iudicem autem de possessione competentem facit in immobilibus rebus situs earum, non item domicilium rei conventi. Ultraiectino finge de praedii in solo Ultraiectino siti possessione litem intercedere cum Hollando, qui de possessione Traiectinum deiecerat, aut turbaverat possessionem; non supremae Hollandiae, sed provincialis Ultraiectinae curiae erit, istam sua decisione atque decreto dirimere contentionem. Neostadius *supr. Curiae decis. 114.* Ant. Matthaeus *de iudiciis disput. ult. de divortio legum & usus. n. 24.* idque per rationes supra de foro competente in loco rei sitae adductas, non hic repetendas.

136. Praeter enumerata hactenus fori peculiaris privilegia considerandum est, adhuc alias quasdam esse causas, de quibus, omisso iudice inferiore, (quod alioquin regulariter licitum non est prima instantia. *instruct. Curiae Holland. art.* 22c.) in Hollandia adiri potest provincialis Curia, vel suprema. Suprema quidem praeter lites de possessione & eas quæ inter peregrinos duos intercedunt mercatores, etiam de causis navigationem concernentibus ac a iure nautico dependentibus, dum de damno quod extra portus nostros in mari locisve peregrinis navis navi intulit, aliisque similibus, disceptandum est. *Instruct. Curiae supr. artic. 18. 19. 20.* Provincialis vero de iuribus praerogativis & dominiis principis, (dummodo nihil de iis definiatur, nisi re prius cum cameræ rationalis praefectis communicata) de re monetaria, de dissidiis inter civitates & castella provinciæ; de privilegiis civi aut peregrino concessis; de consuetudinibus, quoties illæ iniustitiæ arguuntur, ac corruptelæ; de iniuriis, quibus affecti comitatus Hollandici officiales, aliaeque personæ privilegiatæ; de criminibus post annum, ex quo commissa, in iudicium apud iudices inferiores non deductis; de innocentia eorum, qui criminis insimulati, sese sponte offerunt ad purgationem; de concussionibus officialium, ac litibus eorum officium concernentibus; de violentiis ac iniuriis per potentiores illatis ecclesiæ, aut ecclesiasticis personis, mulieribus, rusticis, con-

ni-

nivente eo, cuius erat audaciam potentiorum ac temeritatem reprimere. *Inſtruct. Cur. Holland. art. 8. & 12. nader proviſ. Accoord tuſſchen Holl. en Zeeland 11. Junii 1674. art. 20.* Adhaec ad eandem ſpectant mandatorum poenalium conceſſiones, ut & lites ex eodem inſtrumento mouendæ adverſus duos pluresve diverſis ſub iudicibus inferioribus in Hollandia commorantes. Wilhelm. de Groot *Manuduct. ad praxin Holland. lib. 1. cap. 3.* Nec dubitandum videtur, quin ad exemplum iniuriarum, officialibus comitatus Hollandici illatarum, etiam ad Curiam cognitio ſpectet, quoties curiæ iſtius apparitores in urbe vel pago executionem dirigentes, aut aliter officium ex mandato iudicis exercentes, violentiam paſſi aut contumeliis affecti ſunt, etſi forte non ſoli, ſed adhibito loci praetore ad avertendam vim munere ſuo functi eſſent, eo quod ipſi nihilominus principaliter laeſi videntur, praetores vero, aliique ipſis opem ferentes, tantum propter ipſos; quippe ad auxilium praeſtandum, ſi rogentur, obſtricti ſecundum inſtruct. Curiæ Holland. art. 13. Vid. reſponſa JCtor. Holl. *part. 5. conſil. 34. qu. 2.* & *ſubjuncta deciſio.* Cum his vero omnibus in Holl. receptis maxima ex parte conveniunt, quæ de Curiæ Ultrajectinae poteſtate ac iurisdictione ſancita leguntur *in inſtructione Curiae Ultrajectinae tit. 1.* eo excepto, quod pagorum Ultrajectinorum indigenis electio eſt, utrum ad iudicem inferiorem, an ad Curiam Provincialem, ſuos velint adverſarios itidem ruri, non in urbibus, habitantes vocare. *d. inſtruct. Curiae Ultraject. art.* 24. cum ex adverſo Hollandis ruri degentibus non ſit data licentia inferiorem iudicem praetereundi. Quis vero circa fiſcales cauſas iudex fuerit competens de iure Romano, tradit Perezius & DD. *ad tit. C. ubi cauſae fiſcales.*

137. Denegata vero eidem Curiæ Hollandicæ cognitio omnis de cauſis politicis. *Placito Ordin. Holland. 12. Julii 1674. vol. 3. pag. 668.* adeo ut nec ærarii quæſtores de iis, quæ debent ærarii nomine, vel vi ſpecialis mandati Ordinum, ſi in mora ſolvendi ſint, ad eandem ſolutionis impetrandæ gratia vocari poſſint; ſed querelæ apud Ordines eorumve delegatos exponendæ ſint, ac nova ſolvendi mandata ab iis impetranda. *Placit. Ordin. Holl. 26. Octob. 1576. vol. 2. placit. Holland. pag. 2139. in med.* quæ tamen non impediunt, quo minus haec curia, ut & ſuprema, recte judicet inter privatos

&

& civitates, aut provinciam Hollandiæ Zelandiæque, vel inter civitates & civitates utriusque regionis, vel inter utramque provinciam, quoties de iis quaeſtio eſt, in quibus civitates & provinciæ privatorum loco habendæ ſunt. *Nader proviſioneel Accoord tuſſchen Holland en Zeeland* 11. *Juni* 1674. *art.* 3. Idemque eſt, ſi de eo quis conqueratur, quod nullo iure motus fuerit dignitate illa, aut munere, quod ei legitimo modo collatum erat. Etſi enim illa dignitatum conceſſio politicis magis quam iuridicis negotiis accenſenda ſit; quia tamen facta ad tempus expreſſum vel ex conſuetudine ac more regionis ſubauditum collatio, contractus ſeu conventionis ſpeciem inter conferentes & eum, cui confertur, involvit, ac de ſervando contractu, deque violata conventionis fide controverſiæ prorſus iuridicæ ſunt; ratio non eſt, cur de iis ad meram iuſtitiæ adminiſtrationem ſpectantibus cognitio atque iudicium provinciali aut ſupremæ curiæ videretur ſubductum. Aliquoties certe a ſuprema curia, ut & a provinciali, impetratam fuiſſe quaſi poſſeſſionis reſtitutionem interpoſitis mandatis conſuetis poſſeſſoriis, in eorum gratiam, qui non iure ſe a dignitate depulſos dolebant, apparet ex iis, quæ tradita in Reſponſis JCtor. Holland. *part.* 4. *conſil.* 181. 182. & ſubiuncta ibidem Curiæ ſententia.

138. Quod ſi ſocietati Indiæ orientalis aut occidentalis lis intercedat cum privatis, de eo, quod vel ſocietas laeſa ſit, vel laeſerit ipſa, ſocietas quidem actrix reos ad ordinarium eorum iudicem vocare debet ex iure communi, ſecundum quod actor ſequitur rei forum, ipſa vero ad Hollandiæ curiam videtur poſſe vocari, quaſi collegium aliquod cuius membra ſub diverſis habitant iudicibus, in quantum in plures ſtationes diverſis in urbibus diſpoſitas ſocietas diviſa eſt: ut colligi poteſt ex iis quæ traduntur in Reſponſis JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *conſil.* 7. *quaeſt.* 1. & quæ geſta ſunt in cauſa quadam prolixiſſime tractata in d. Reſponſis *part.* 5. *conſil.* 233. *& multis ſeqq.* Niſi privati a ſocietate laeſi malint extra ordines generales, tanquam ſupremum Indiarum imperium habentes, per ea quæ occurrunt, *in't Octory aen de Oft Indiſche Compagnie verleent anno* 1602. *artic.* 35. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 536.

139. Porro, ubi reſtitutiones in integrum petendæ ſint contra contractus, ſententias, negotiaque alia tum ſummo

iure ſubſiſtentia, tum ipſo iure nulla, dixi latius *tit. de in integr. reſtitutionibus.* Ubi, ſi ex l. *diffamari* actio inſtituenda ſit, traditum ſupra in prima huius tituli parte. Ubi ex variis pactis publicis non poſſint huius aut alterius provinciæ inhabitantes, arreſto ad iurisdictionem fundandam adhibito, conveniri, ex iis patet, quæ ad tit. de in ius vocando de iure ſiſtendi ſeu arreſtis expoſita ſunt.

140, Conſiderandum denique, etiam *evocationis* iure competens eſſe forum, dum lites ab ordinariis iudicibus, apud quos iam cœptæ erant, ac ex iure communi debebant quoque finem accipere, iuſta ex cauſa ad ſuperiores transferuntur, ſive illi alias demum per appellationem fuiſſent competentes, ſive tales, ad quos ne per ordinariam quidem appellationis viam litis deciſio potuiſſet deferri: quales litium evocationes a iudicibus ad principem aut iudicem ſuperiorem ob denegatam litigantibus iuſtitiæ adminiſtrationem ius Romanum noviſſimum admiſit ut æquas. *novell. 17. cap. 3. novell. 86.* firmavit ius canonicum. *cap. ex transmiſſa. 6. cap. ex parte. 15. extra, de foro competente.* ac probant hodierni mores: dummodo meminerimus duplicem evocationis ſpeciem eſſe, alteram, quæ fit a principe tanquam iudice eminente, aut iudiciorum omnium patrono ac autore, iure Majeſtatis; alteram, quæ interponitur per iudices ſuperiores alioquin ex appellatione demum iudicaturos, a prioris generis evocatione, qua princeps a iudiciis ordinariis ad aulam ſuam evocabat ſubjectorum lites, abhorruere iam olim maiores noſtri; ut & ab ea, qua ad magnum ſenatum extra Hollandiæ fines tribunal habentem trahebantur litigantes, & ita ſummo ſuo cum diſpendio ſumtuque cogebantur a domo ſua ac re familiari litis proſequendæ cauſa abeſſe. Unde & anno 1452. 11. Junii, a Philippo Burgundiæ duce, Hollandiæ comite, privilegium de non evocando Hollandis datum, exceptis quatuor caſibus in ipſo privilegio expreſſis, *vol. 2. placit. Holland. pag. 679.* iterum a Maria Burgundica Hollandis ac Zelandis *anno 1476. d. vol. 2. pag. 658.* dein iisdem a Maximiliano, *anno 1480. d. vol. 2. p. 675.* quæ etiam tandem confirmata inſtructione Curiæ Hollandicæ *art. ult.* adde reſponſa JCtor. Holl. *part. 4. conſil. 181. circa fin. & conſil. 371. quaeſt. 2.* Et quamvis haud ſit eundum inficias, quin eiurato iuſtis de cauſis comitum Hollandicorum imperio, poteſtas plena & maieſtas, quæ quondam pariter

penes

penes principem ordinesque fuerat, ex eo tempore penes ſolos ordines remanſerit fueritque exercita; nec iniquum ſit, ordines eosdem ſecundum ius maieſtatis ſuæ novis legibus mutare iudiciorum ordinem, ac non augere tantum, ſed & diminuere iurisdictionem illis, quibus eam extra conventionis aut privilegii conſiderationem conceſſerant, veluti curiæ provinciali, feudali, archithalaſſicæ, aliisque ſimilibus, ac, quod uni demtum eſt, alteri tribuere, aut cognitionem ſibi qua ſupremis iudicibus adrogare, uti haec pluribus adſtructa apud Hug. Grotium inter Reſponſa Jurisconſ. Holl. *part. 3. vol. 2. conſil. 326. re vera. 226. pag. 617. & ſeqq.* non tamen inde ſatis feliciter ibidem concluditur, poſſe ergo, ſalva æquitate & æqualitate inter ſubiectos obſervanda, Hollandiæ Ordines in cauſis ſingularibus interrumpere ſolitum iuſtitiæ ordinem, & ſuo pro arbitrio cauſam unam ad ſe evocare, aliam eiusdem forte conditionis iudicibus ordinariis permittere deſiniendam. Quas enim evocationes (olim a comitibus frequentatas, dum ſæpe gratia perſonarum movebantur) Hollandiæ Ordines crediderunt civibus Hollandiæ duras eſſe, has ut ipſi tentarent aut facerent, ex quo comitum iura cœperunt ipſi exercere, ex uſu civium aut utilitate publica non poteſt videri, quamdiu illi, quibus cauſarum talium deciſio generali lege demandata fuit, nec apparet iterum generaliter ademta, & poſſunt, & parati ſunt, partes ſibi commiſſas implere.

141. Quid iuris ſit circa hanc litium evocationem in Germania, accurate traditum vide apud Clariſſ. D. Philippum Reinhardum Vitriarium, collegam plurimum honorandum; *in Inſtitutionibus juris publici Romano-Germanici. lib. 3. tit. 17. n. 32. & ſeqq.*

142. Non tamen haec privilegia impediunt, quo minus unusquisque actione in rem conveniatur, & litigare teneatur, extra locum domicilii ac extra provinciam, in qua domicilium fovet, in loco illo in quo res immobilis ſita eſt; eo quod, quantum ad illam rem immobilem dominus aut poſſeſſor conventus, cenſeri debet ſubiectus magiſtratibus loci rei ſitæ, nec prærogativæ per Hollandiæ comites Hollandis conceſſæ quicquam operari valent extra territorium, aut iudicandi poteſtatem alterius territorii iudicibus quantum ad res in ipſorum territorio inventas, impedire. *arg. l. ult. ff. de iurisdict.* ſic ut tunc fruſtra ad privilegium de non evocando recur-

ratur. Reſponſa JCtor. Holland. *part. 5. conſil. 39.* Nec aliud ſtatuendum in actionibus in perſonam, quoties interpoſito arreſto rerum, alia in provincia exiſtentium, fundatur iurisdictio, & rerum iſtarum arreſto gravatarum dominus edictis ſolenniter ad litem excipiendam evocatur, ex notiſſima praxi. Nec denique privilegia talia evocationem faciunt ceſſare, quoties lis apud iudices inferiores exitum invenire nequit; dum forte duobus iudiciis ſubalternis contrariæ eadem in cauſa ſententiæ inveniuntur: nam ut utraque effectum ſortiretur, non patitur contrariorum natura, quorum uno poſito alterum deſtrui neceſſe eſt: neque ſatis apte dixeris utramque in partem dimidiam valituram eſſe. arg. *l. duobus 30. ff. de liberali cauſa.* Aequius proinde fuerit, per ipſum regionis totius principem aut ordines, quibus iudex uterque inferior paret, litem evocari, de novo & ab ovo ſic ventilandam, quaſi nulla pro alterutro litigante interceſſiſſet autoritas rei iudicatæ. In quam ſententiam aliquando Curiam ſupremam rogatam ordinibus generalibus reſpondiſſe, patet ex reſponſis Juriſc. Holl. *part. 5. conſil. 39.* Eoque faciunt limitationes ipſi privilegio de non evocando inſertæ a Philippo Burgundo Hollandiæ comite, 11. Junii 1452. *vol. 2. placit. Holl. pag. 679.*

143. Poſterioris generis evocationem quod ſpectat, quæ ſcilicet ob dilatam nimium aut denegatam ab inferiore iudice iuſtitiæ adminiſtrationem ſit per iudices ſuperiores, ea tanquam iuſtiſſima, & quaſi legitimus ad iniquitates depellendas trames, in uſu quotidiano eſt; delatis per eum, qui de protelatione dolet, per libellum ſupplicem querelis ad tribunal ſuperius, & evocatione implorata, atque etiam impetranda, ſi preces veritate nitantur, & admoniti identidem iudices inferiores, in iuris reddendi denegatione perſeverent: ſive ante, ſive poſt concluſionem in cauſa, mora nimia per iudices nectatur, uti poſt Merulam, Damhouderum & alios tradit Groenewegen, *ad novell. 86.* Waſſenaar. *pract. judic. cap. 1. n. 233. & ſeqq. uſque ad finem.* ac conſtitutum eſt inſtructione Curiæ ſupremæ. *art. 213. 214. nader proviſioneel accoord tuſſchen Holland en Zeeland. 11. Juni 1674. art. 6.* adde *Inſtruct. Curiae Flandricae art. 29.* Et noviſſime conſtitutum, idem ius evolationis etiam competere ſupremo conſilio militari, ratione citium apud iudices militares inferiores pendentium, ex iisdem cauſis, ex quibus & Hollandiæ Curia & Conſilium ſtatus fœdera-

derati Belgii evocare poteſt. *Inſtructie voor den Hoogen Krygsraad 27. Octob. 1700. fere in pr.* Atque ita etiam variis placitis Hollandiæ ſancitum, ut lites de fraudatis impoſitionibus, aliisque ad publicanos ſpectantibus, apud delegatos iudices in unaquaque Hollandiæ urbe intra certum tempus breve non terminatae, ipſo iure habeantur pro evocatis, aut ſaltem ad alterutrius petitionem ad delegatos Hollandiæ ordines quantocius evoctur. *Reglement op de Rolle van de Gecommitteerde Raden 22. Januar. 1660. art. 29. vol. 2. placit. Holl. pag. 1126.* & *placito Ordin. Holl. 18. Sept. 1677. vol. 3. pag. 790.* ut & *22. Martii 1678. d. vol. 3. pag. 793.* item 1679. *d. vol. 3. pag. 814. col. i. in med.* Quæ fere eodem modo obſervantur in regionibus, quæ parent Ordinibus Generalibus extra ſeptem provincias fœderatas; *inſtructie voor den Raad van Staten in ſaken van gemeene middelen 7. Martii 1656. art. 9. vol. 2. placit. Holl. pag. 1006.* Sed &, ſi a duobus tribunalibus inferioribus ſententiæ contrariæ eadem in cauſa latæ ſint; cum ob parem iudicantium poteſtatem neutra exitum habere poſſit, non ordines tantum iſtius provinciæ, in qua tribunal utrumque inferius eſt, (de quo ſupra), ſed & ipſa curia provincialis videtur recte atque ordine factura, ſi litem illam ita evocet, ut ab ovo inſtitui iubeat, quaſi necdum alibi ventilatam: cum parum interſit, an iudex inferior in iuſtitia adminiſtranda moram faciat, an vero id, quod decrevit, ob contrarium alterius, pari poteſtate præditi, decretum, non poſſit exitum habere: utroque etenim in caſu litiganti ius cum effectu redditum non eſſe, in aperto eſt. Reſponſ. Jurisconſ. Holl. *part. 5. conſil. 39.* Similique ratione, ſi de iurisdictione criminali duo diverſorum iudiciorum inferiorum iudices contendant, utroque ſibi criminis coercitionem aſſerente, & diutius illa de iurisdictione diſputatio videatur duratura, curiam provincialem poſſe tunc illius delicti punitionem per evocationem ſibi vindicare, ſalvo cuique iure ſuo, antea *h. t. n. 71.* probatum eſt. De evocatione plura vide apud Berlichium *part 1. concluſ. practicab. 6.* Rebuffum *ad conſtit. regias tom. 1. tractat. de evocatione.*

144. Iudicii omnis inchoandi initium eſt in ius vocatio *§. ult. inſtit. de poena temere litig.* Inchoati vero, litis conteſtatio; *l. amplius 15. ff. rem ratam haberi.* Sic ut actiones ex eo tempore conſiderentur, tanquam iudicio incluſæ *l.*

omnes actiones 139. ff. de R. Jur. dicta ex eo, quod ordinato iudicio pars utraque dicere ſolebat, *teſtes eſtote.* Et non aliud eſt quam intentio actoris & contradictio ſeu depulſio rei; *l. unic. C. de litis conteſtat. l. rem non novam. 14. §. patroni. 1. C. de judiciis* adeo ut ex actione & oppoſita peremtoria exceptione conſurgat, ac comprehendat illud, in quo tota controverſia conſiſtit. Et hæc vel plena eſt, vel minus plena. Minus plena, quæ actione & exceptione conſtat. Plena, quæ replicatione & duplicatione firmata eſt. Ubi enim reus exceperat, & ita rationem dederat, cur non deberet condemnari, (unde & exceptio oratoribus *ratio* dicta fuit) actor replicatione oppoſita ſuam confirmabat intentionem, quæ replicatio etiam propterea *firmamentum* appellata: ac tandem reus, quaſi repetitam faciens litis conteſtationem, per duplicationem contradicebat firmamento actoris, quæ duplicatio probatis autoribus *judicationis* & *diſceptationis* nomine venit, quaſi iam firmiter inter litigantes conſtituto ſtatu quæſtionis, & apparente iam eo, de quo diſceptandum ac pronunciandum ſit. Diſceptatio autem poſt hæc differebatur in diem tertium, quem ſibi invicem litigantes dicebant ſeu condicebant ad cauſam apud iudicem datum tractandam, quæ & ideo *condictio* & *comperendinatio* vocata fuit: ut pluribus docent Car. Sigonius *de judiciis libr. 1. cap. 27.* Jul. Polletus *de foro Romano. lib. 4. cap. 8.* Rævardus *pro tribunal. cap. 2.* Vinnius *ſelect. quaeſt. libr. 1. cap. 17. in pr.* D. Noodt *de jurisdictione lib. 1. cap. 15.* Probatum vero hoc Romanorum inſtitutum etiam hodiernis moribus, ita ut per litis conteſtationem iudicium dicatur vere conſtitutum, nec ſine ea eſſe poſſit: docente id Andrea Gayl. *libr. 1. obſervat. 73. 74. & ſeqq.* nec plena cenſeatur eſſe litis conteſtatio, niſi poſt duplicationem, *(als de ſake voldongen is.)* Wilhelm. Grotius *manuduct. ad praxin fori Batav. lib. 1. cap. 9. n. 29. 30.* Groenewegen *ad l. 1. C. de litis conteſtatione.* ut tamen eo caſu, quo actor replicaturus nihil addit intentioni, ſed ſimpliciter eidem inhæret, *(perſiſteert voor replicq. byeyſch)* reus in continenti quoque duplicare teneatur, atque ita plene litem conteſtari. Waſſenaar. *pract. judic. cap. 1. n. 105. 106.*

145. Eſt autem litis conteſtatio duplex; vera alia, quæ actoris intentione & contradictione rei conſtat, ſecundum iam dicta; alia ficta, quoties reus in ius vocatus, ac tribus citatus edictis, ſui copiam facere per contumaciam detrectat: in quantum

tum ex tali contumacia iidem, qui ex vera litis conteſtatione, exſurgunt effectus, quantum ad condemnationis aut abſolutionis poteſtatem, uſurarum obligationem, actionum morte aut tempore pereuntium perennitatem, ac ad heredes transmiſſionem, aliaque ſimilia. Inſtructio Curiæ Holland. *art.* 108. Mynſingerus *cent. 4. obſ. 66.* Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ.* 27. Waſſenaar. *d. cap. 1. n.* 104. Wilhelm. Grotius *manuduct. ad praxin. fori Batav. lib. 1. cap. 9. n. 25. in fine.* quamvis iure Romano ob rei contumaciam, quæ ab initio ante litem conteſtatam cœpta & continuata fuit, iudici non licuerit ad condemnationem procedere, ſed agentem mittere debuerit in poſſeſſionem bonorum adverſarii contumacis *nov. 53. cap. 4.* qua de re alibi actum.

146. Non tamen probanda, quæ multis probata eſt, diviſio litis conteſtationis in affirmativam & negativam; negativa rurſus in ſimplicem & conditionalem aut conditionatam diſtincta. Cum enim actor petat aliquid, & ſibi deberi ſuumve eſſe affirmet, non poteſt reus aliter huic contradicere petitioni, quam denegatione eius quod petitur, debitique inficiatione. Sive ſimpliciter debitum neget, ſive eodem agnito illud poſtea ipſo iure per ſolutionem acceptilationem &c. ſublatum dicat, ſive denique perpetua ac peremtoria exceptione ſe tutum affirmet, eo quod illa exceptionis allegatione interveniente ſeſe manifeſte debitorem diffitetur, eaque de cauſa abſolvi petit. Nec ſatis apte dixeris, reum conſitentem, ſed dilationem ſolutionis poſtulantem, contradicere actori: quæ enim obſecro contentio illius eſt, qui cedendum putat, quod contentioni contrarium eſſe docet Ulpianus. *l. 1. in pr. ff. de edendo*, ac colligi poteſt ex *l. ſi reus. 73. ff. de procurator. l. ſi debitori 21. ff. h. t. ex judicatum 16. ff. judicatum ſolvi.* Nam & ſi pro parte cedendum pro parte contradicendum reus putet, dum partem debiti agnoſcit & offert, non niſi de ea parte, de qua ivit inficias, uti controverſiam ſuſtinere vult, ita & litis conteſtationem facere dicendus eſt, arg. *l. permittendum 8. ff. ſi pars hereditatis pet. l. quidam 21. ff. de reb. creditis.* Vinnius *ſelect. quaeſt. libr. 1. cap. 17.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr. 1. cap. 27. n. 2. & 3.*

147. Cæterum omni in iudicio litis conteſtatione opus eſt, ſive illud civile ſive criminale ſit, ſive primæ, ſive ulterioris inſtantiæ per appellationem. Andr. Gayl. *libr. 1.*

observat. 76. n. 2. Nec refert, ordinario modo, an summatim, lis agitanda veniat; cum nulla causa satis a iudice cognosci ac definiri possit, cujus non fuerit narratio per actorem exposita, & contradictio rei intellecta: nisi contumacia alterutrius, loco litis contestationis habeatur, in pœnam. Etsi enim verum sit, solennem illam litis contestationem in summariis non ita præcise requiri. Andr. Gayl *lib. 1. observ. 76. n. 1.* eo tamen ipso quo contradictio admittitur, litis contestatio videtur interposita, dum actus primus contradictorius ad petitionem actoris pro litis contestatione in iis cedit. Andr. Gayl *lib. 1. observ. 141. n. 1.* Wilhelm. Grotius *manuduct. ad praxin Batavicam lib. 1. c. 9. n. 25.* Berlichius, Zangerus, Argendræus aliique, quos laudat Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. c. 12. n. 4 in med.* Atque hinc etiam a DD. traditum, reum actori respondentem, sed protestantem, se id non facere animo litem contestandi, officio judicis ad contestationem litis faciendam adstringi posse; nisi malimus, protestationes hujusmodi, tanquam facto contrarias, ipso jure nullas esse, quoties directo ad intentionem actoris responsum est. Busius *tract. de offic. judicis cap. 6. num. 5. & seqq. ibique DD.*

148. Quibus vero modis lites deinceps post contestationem instruendæ sint, quoties juris aut facti quæstio est, seu quoties vel de jure disputatio instituenda est, vel ob factorum inficiationem ad probationes confugiendum, ex tribunalis cujusque more & stylo addiscendum, vide interim Wilhelmi Grotii *manuductionem ad praxin Batavicam lib. 2. cap. 2. num. 8. & seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap. 1. num. 117. 118. 119. & seqq.*

149. Effectus litis contestationis est, quod adversarium constituat in mala fide. *l. sed & loci 4. §. post litem 2. ff. finium regund. l. 1. §. 1. C. de petit. heredit. l. certum est. 22. C. de rei vindicat. l. nemo ambigit 10. C. de acquir. & retin. poss.* (licet & ante litem contestatam sola controversia mota ad id sufficiat. *l. sed & si 25. §. si ante 7. ff. de petit. hered.*) contestantem faciat litis dominum. *l. neque tutores 11. l. procuratoribus 22. l. 23. C. de procuratorib.* vide *tit. de procurator. n. 19.* excludat exceptiones declinatorias & dilatorias respectu ordinis judiciorum opponi solitas. *l. pen. &. ult. C. de exception. seu præscr.* rem faciat litigiosam in actionibus in personam, de quo latius dicendum *ad titul. de litigiosis.* actiones tempore vel morte perituras perpetuet. *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat.*

minat. & hæred. tut. §. 1. in fine. Inſtit. de perpet. & temporal. action. l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hered. ten. l. ſciendum 58. ff. de obligat. & action. l. nemo enim 87. l. omnes actiones 139. ff. de Reg. juris. Quamvis illa vis perpetuandi actiones etiam tribuatur conventioni; quam eo loco haberi Jurisconſultus voluit, quaſi jam litis conteſtatio interceſſiſſet. *l. conſtitutionibus 33. ff. de obligat. & action.* cujus legis etiamſi conſtans lectio non ſit, ac apud Haloandrum & alios occurrat, *ſi vivus conventus fuerat, etiam poenae perſecutionem transmiſſam non videri, quaſi lite conteſtata cum mortuo;* tamen vix eſt, ut a Florentina lectione recedatur, eo quod tunc particula *etiam* minus apte videtur inſerta, imo ſupervacua eſſe. Quin potius in ea lege Triboniani noſtri manum me deprehendere puto, qui priſcis hic adſcripſit Jurisconſultis id, quod demum conſtitutionibus poſterioribus incepit obtinere. Uti enim actionum præſcriptionem etiam ante litem conteſtatam ſola conventione interrumpi tum ab anterioribus Imperatoribus, tum a Juſtiniano conſtitutum eſt, perinde ac ſi lis conteſtata fuiſſet. *l. ult. C. de annali exceptione. l. 1. 2. C. de longi temp. praeſcript. l. 3. 4. 7. C. de praeſcript. 30. vel. 40. annorum.* Ita quoque fas erat, pœnales in heredem transmitti; cum pœnales & temporales actiones, quantum ad perpetuationem ac ad heredes transmiſſionem, pari ampularent paſſu, ſecundum *d. l. ult. in fine ff. de fidejuſſ. & nominat. & hered. tut.* & alias *ll.* ante allegatas. His autem conſideratis adeo notabilibus litis conteſtatæ effectibus, merito a Paulo Jurisc. traditum, non ſolere deteriorem fieri conditionem eorum, qui litem conteſtati ſunt, quam ſi non, ſed plerumque meliorem, neminem enim in perſequendo deteriorem cauſam ſed meliorem facere. *l. non ſolet 86. l. 87. ff. de reg. juris.*

TITVLVS II.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

SVMMARIA.

1. *Quodnam ſit fundamentum judiciorum in rem & in perſonam?*
2. *Quotuplex ſit jus in re, & quae inde naſcantur actiones?*

3. *Quid*

3. *Quid ſit inofficioſum teſtamentum, quid querela inofficioſi?*
4. *An querela ſit ex lege Glicia, an ex moribus? eſt ſpecies petitionis hereditatis, & quidem ab inteſtato.*
5. *Competit liberis ſuis, emancipatis, poſthumis. An adoptatis, legitimatis, ſpuriis?*
6. *An nepotibus, quorum pater a ſuo patre juſte exheredatus erat, vel injuſte, ſed agere non vult; poſito, quod filius exheredatus ſuo patri ſuperſtes fuit?*
7. *Quid juris hodie, ſi liberi a patre praeteriti ſint?*
8. *Poſt liberos datur parentibus, etiamſi ad ſecunda vota transierint.*
9. *Datur & fratribus germanis ac conſanguineis, (non uterinis) ſi turpis perſona ipſi praelata, quid juris, ſi ſimul turpis & honeſta perſona inſtituta ſit?*
10. *Quae ſint turpes perſonae? an meretrix, concubina, ſpurius, ex inceſtu vel adulterio natus?*
11. *Aliis ultra fratres germanos & conſanguineos querela non datur, ne jure quidem noviſſimo, non uterinis, non fratrum liberis: nec, reſciſſo ad patris petitionem teſtamento, admittendi cum eo fratres fratrumve liberi; nec cum conſanguineis uterini fratres.*
12. *Contra quos querela detur?*
13. *Querela jure novo ſola infirmatur inſtitutio; etiam, cum frater eam movit: infirmatur tamen tota, ultra legitimam*
14. *Si clauſula codicillaris inofficioſo teſtamento ſit adita, illud ſuſtinet, ſic ut inſtitutis hereditas ex fideicommiſſo reſtituenda ſit, deductis per liberos ex jure Canonico & hodierno duabus quartis: quo modo computentur illae?*
15. *An & nepotes duas quartas deducant?*
16. *An & parentes aut fratres?*
17. *An, praeterito filio poſthumo, vel alio filio, quem teſtator parens mortuum credebat, legata & fideicommiſſa debeantur vi clauſulae codicillaris, ſic ut filio praeterito tantum ſalvae eſſent duae quartae, plene per diſtinctiones explicatur.*
18. *Reſciſſa inſtitutione, quo modo indemnitatem conſequatur inſtitutus, ſi conditionem in dando vel faciendo conſiſtentem implcverit, legata, aes alienum defuncti ſolverit, vel ipſe fuerit defuncti creditor?*
19. *Qui per calumniam movit querelam, relicta perdit, etiam jure hodierno.*
20. *Ceſſat querela, ſi aliud ſuperſit remedium; item lapſu quinquennii: unde id computandum? an currat minori? & an major reſtituatur?*
21. *An ceſſet in tabulis pupillaribus, teſtamento militis, caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio? & quid hodie?*
22. *Non datur querela, ſi exheredatio bona mente facta ſit, ob impuberem actatem, furorem, prodigalitatem, aeris alieni molem. Ceſſante tamen poſtmodum tali cauſa, recte legiti-*

legitima petitur actione ad ſupplementum.

23. *Nec, ſi ex juſta ingratitudinis cauſa facta ſit. An teſtamentum ſit nullum, an potius querela infirmandum, ſi cauſa exheredationis omiſſa, vel non ſufficiens expreſſa, vel ſufficiens expreſſa quidem, ſed non probata?*

24. *Quae ſint juſtae cauſae exheredationis in liberis, parentibus, fratribus? & an ad ſimiles vel graviores extendi poſſint?*

25. *Haereſis moribus non eſt iuſta cauſa exheredationis; quo modo plenius liberis reformatis in Hollandia alibique proſpectum ſit, ſi parentes ſint Pontificii?*

26. *An juſte exheredari poſſint minorennes aut majorennes, ſi ſine parentum conſenſu nuptias contraxerint, aut turpiter ac luxurioſe vivere coeperint? quae intelligatur turpiter vivere?*

27. *An, ſi ingrati liberi ante parentem mortui ſint, nepotes inde nati ob ſui parentis ingratitudinem ab avo exheredari poſſint?*

28. *An ad ingratitudinis cauſas etiam pertineant injuriae verbales?*

29. *Sufficit ad excludendam querelam, quod ex pluribus cauſis teſtamento expreſſis una probetur.*

30. *An ſola ingrati poenitentia ceſſet cauſa exheredationis jam teſtamento factae vel faciendae?*

31. *Ceſſat exheredatio per reconciliationem?*

32. *Etiam per querelae renunciationem expreſſam vel tacitam poſt mortem teſtatoris factam ceſſat querela: ex quibus factis colligatur tacita renunciatio? an ex eo, quod quis legatum ſibi relictum acceptavit, aut legatario ſucceſſit, aut jure legati rem eandem a legatario accepit? & quid juris in his ſecundum jus noviſſimum?*

33. *An cenſeatur renunciaſſe querelae, ſi quid ab herede hereditarium ſciens emerit, conduxerit, ei ſolverit, aut aliter pro herede agnoverit inſtitutum?*

34. *An querela careat exheredatus, ſi ab herede per inofficioſum inſtituto ipſe heres inſtitutus ſit, eique ſucceſſerit?*

35. *Non ceſſat querela, ſi quis vivo teſtatore conſenſerit in exheredationem, ſubſcriptione teſtamenti, aut pactis dotalibus? & cur?*

36. *Refellitur eorum opinio, qui putant, jure Romano aut moribus ad excludendam querelam ſufficere conſenſum in exheredationem teſtamento adſcriptum.*

37. *Quousque moribus valeant renunciationes hereditatis pactis dotalibus factae? remiſſive.*

38. *Si pactis dotalibus ſit definitus ſuccedendi ordo, ut conjux ſuperſtes defuncto ſuccedat, parentibus paciſcentium ſuperſtitibus ſalva debet eſſe legitima*

gitima, ubi leges eos ab intestato vocant.

39. *Quid si parentes ipsi talibus pactis dotalibus subscripserint, nec tamen nominatim legitimae renunciaverint?*

40. *Si pacto dotali definitum sit, liberis ex eo matrimonio nascituris ac sine prole decedentibus, bona redire debere ad latus, unde provenerunt, nulla superstiti conjugi ex liberorum bonis legitima aut trebellianica competit. Et quid juris, si designati tabula dotali successores fideicommisso ulteriori gravati sint, vel ipsis liberis alienatio interdicta?*

41. *Si liberi testamentum condiderint, & ita ordinem succedendi tabulis dotalibus expressum insuper habuerint, parenti super stiti legitimam relinquere debent.*

42. *Si parentes aut liberi aut fratres statuto exclusi sint a successione, non habent querelam, si testamento quoque praeteriti sint.*

43. *Querela non praeparata an transeat ad heredes exheredati?*

44. *Cessat querela, relicta legitima; quid illa sit; & an hereditatis an potius bonorum pars?*

45. *Quae sit utilitas superioris quaestionis?*

46. *Quota portio sit legitima, & an etiam jure novo in parentibus & fratribus aucta sit?*

47. *Si de quantitate legitimae statuta varient, cujus loci statutum spectandum sit? Si parentes una cum filiis suis, defuncti fratribus, succedant suo filio, & defunctus extraneum heredem honestum instituerit, quota tunc sit parentum legitima?*

48. *Quae sit nepotum legitima, si illi, patre medio mortuo, succedant avo, variis distinctionibus & exemplis declaratur.*

49. *An exheredati juste, vel renunciantes querelae, vel statuto exclusi a successione, numerum liberorum augeant ad id, ut legitima magis semis quam triens sit?*

50. *An hi numerum liberorum augeant ad minuendam legitimam, seu, cum quatuor sunt liberi, & ex his unus exclusus, tres in legitima instituti, an tunc singuli trientem trientis, an trientem quadrantis pro legitima capiant?*

51. *In ineunda ratione legitimae spectandum mortis tempus, vivo patre liberi non petunt legitimam, licet pater prodigalitate bona dissipet, ne sub obtentu quidem alimentorum.*

52. *Posito statuto, ut filiae liceat renunciare successioni paternae accepta dote non minore, quam est legitima, filia renuncians post acceptam dotem, tempore renunciationis congruam, recte petit post mortem patris supplementum ejus, quod deest legitimae, ubi medio tempore creverunt opes paternae.*

53. *An is, cui legitima debetur, etiam fructus legitimae a mortis tempore petere possit?*

54. *An*

54. *An legitima augeatur, ſi hereditas poſt mortem augeatur ex cauſa mortem antecedente? Quid juris, ſi augeatur ex nova cauſa? & quid ſi rerum hereditariarum pretia creverint, agri alluvione auctı ſint &c.?*

55. *An legitima minuatur, diminuto poſt mortem patrimonio? & quid juris, ſi res hereditariae mortalitate, chaſmate, ruina, edacitate ſtuminis, perierint aut deteriores redditae ſint?*

56. *Quae ſint deducenda ex hereditate, antequam legitimae ratio ineatur; an & bona ex fideicommiſſo reſtituenda?*

57. *An & deducenda prius, quae jure primogenıturae affecta cedunt ſoli primogenito? praecipue, an feuda? & quid Ultrajecti?* num. 60.

58 *Si conſuetudo ferat, ut feudi novi emti pretium fratribus conferatur, an pretium pro rata augeat legitimam?*

59. *Si pater plenam de feudis antiquis teſtandi licentiam impetraverit, & tunc illa vel primogenito, vel natu minori, vel extraneo legaverit, feudum connumerandum, quaſi allodium, ad augendam legitimam: & ſi primogenito ipſi legatum ſit, ei imputatur in legitimam.*

60. *Cur feuda Hollandica, vulgo hereditaria dicta, non proſint ad augendam legitimam? Ultrajecti tamen & feuda & omnia alia jure primogenıturae affecta, ſimul computanda cum caeteris rebus, ut legitimae ratio ineatur; & quid de emphyteuſi illic obtineat?*

61. *In legitimam imputanda omnia illa, quae & conferenda ſunt, dos, donatio propter nuptias, militia, & alia plura.*

62. *Non imputanda, quae parens ſecundae conjugi reliquit contra* l. hac edictali. 6. C. de ſecund. nupt. *ſi ea ceſſerint liberis primi thori: an & feuda in Hollandia & Ultrajecti? an legata & praelegata?*

63. *Legitima ſine ullo onere relinquenda. Quae oneris appellatione veniant? quid, ſi de facto onus ſit appoſitum? quid ſi appoſitum ſit bona mente, exemplo exheredationis bona mente factae?*

64. *Si liberi in nuda proprietate, uxor aut extraneus in uſufructu omnium bonorum inſtitutus ſit, adhuc ſalva eſt plena proprietatis legitimae. Quid juris, ſi electio data, an legitima libera, an nuda proprietate, vel nudo uſufructu omnium bonorum, aut plena proprietate, ſed cum onere univerſalis fideicommiſſi velint contenti eſſe?*

65. *Quid juris, ſi ſecundum mores hodiernos parentes ſibi invicem bonorum omnium uſumfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam aetatem pervenerint?*

66. *Legitima relinquenda titulo inſtitutionis, & quid moribus noſtris hac in parte obtineat?*

67. *Quid ſit actio ad ſupplementum; eam perſonalem eſſe; here-*

heredibus competere licet nec-dum praeparatum; durare triginta annis.

68. *Refutatur opinio, ſupplementum legitimae per inofficioſi teſtamenti querelam peti.*

69. *Non ceſſat actio ad ſupplementum ex eo quod quis relicta acceptaverit; vel teſtator prohibuerit, amplius peti, quam quod relictum eſt.*

70. *Actio ad ſupplementum tantum contra heredes movenda, non contra legatarios in totum aut pro parte.*

71. *Quid petatur actione ad ſupplementum? an habeat hanc ad ſupplementum actionem, cui nihil teſtamento relictum eſt, ſed quaedam forte inter vivos data, quae in legitimam imputari poſſunt?*

72. *Qui querelam habebat, ſi qua ratione eam amiſerit, an ad actionem ad ſupplementum convolare poſſit?*

73. *Si in querela inofficioſi judices pari numero diſſentiant, pro teſtamento pronunciandum eſt.*

74. *Ei, qui querela obtinuit, pendente appellatione ab illa ſententia, interim per inſtitutum alimenta praeſtanda, ſi inops ſit.*

Judicia vel in rem eſſe, vel in perſonam, ſuperiore tit. monitum. Fundamentum judiciorum in rem eſt *jus in re*, jus ſcilicet, quo res noſtra eſt aut nobis devincta, cujus juris in re Cajus meminit *in l. eorum, qui 19. ff. de damno infect.* & *l. in noxalibus 30. ff. de noxal. action.* At judiciorum in perſonam baſis eſt *jus ad rem*, ſeu jus, quo perſona tantum nobis eſt obligata ad dandum, faciendum, praeſtandum, reſtituendum. Cujus *juris ad rem*, etſi non tam expreſſe mentio fiat in jure noſtro, atque quidem *juris in re;* ipſum tamen illud jus abunde colligitur ex §. *omnium* 1. *Inſtitut. de action.* Nec dubium mihi, quin noſtri juris interpretes, hanc aſſumentes phraſiologiam *juris ad rem*, elliptica locutione (exemplo veterum Jurisconſultorum in interdictis quorum bonorum, quod legatorum, uti poſſidetis, utrubi, unde vi, nec non in bonorum poſſeſſionibus unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir & uxor, aliisque) rem ſignificatam optime expreſſerint: agitur namque actionibus in perſonam *ex jure*, *ad rem* ſcilicet *debitam*, aut *obtinendam*, comparato; atque adeo ex obligatione, illo juris vinculo, quo adverſarius adſtrictus eſt neceſſitate alicujus rei ſolvendae. Sic ut *rei* vocabulum in *jure ad rem* latiore ſenſu accipiatur pro omni eo, quod eſt objectum obligationum, juxta ipſam obligationis deſcriptionem *pr. Inſtit. de obligationibus.*

2. De

2. De numero *jurium in re* non satis convenit. Quinario tamen omnia posse comprehendi puto; ut jus aliud sit *dominii*, aliud *possessionis*, aliud *servitutis*, aliud *pignoris*, aliud *hereditatis*. Priora quatuor colligi possunt ex *l. in hac actione 3. §. Pomponius 12. ff. ad exhibendum.* ubi cum Pomponio Ulpianus scribit, plures recte ejusdem hominis nomine ad exhibendum agere; *veluti, si homo primi sit: secundi in eo ususfructus sit: tertius possessionem suam contendat: quartus pignoratam eam sibi rem affirmet*, a quo non abludit Justinianus in *l. properandum 13. §. censemus 1. C. de judiciis.* Quintum his superaddi necesse fuit, jus nempe hereditatis; cum illud a jure dominii distinctum prorsus sit, in quantum & ea sub hereditario comprehensa sunt jure, quæ neque jure dominii ad defunctum pertinuerunt, neque ad heredum petitione hereditatis experiuntem pertinent; qualia sunt quæ defuncto pignori aut commodato data, quorumve periculum ad heredem spectat, *l. item videndum 18. §. ult. l. 19. l. 20. ff. de petit. hered.* Ex his quinque juribus in re omnes nasci in rem actiones, facile demonstratu est. Ex jure etenim dominii non tantum rei vindicatio competit, tum directa, tum utilis ex utili dominio emphyteutis, vasallis, superficiariis quæsito, sed & actio Publiciana rescissoria usucapionis, de qua *§. rursus ex 5. Inst. de action. & tit. ff. ex quibus causis majores.* ubi tum prætor fingit, necdum usucaptum esse quod vere usucaptum erat, rei vindicationem ex jure dominii, velut nondum amissi, concedit. Ex jure possessionis Publicianam actionem descendere probabitur *tit. de Public. in rem actione.* Servitutum jura confessoriam actionem producere constat: uti oppositæ libertatis intuitu negatoria comparata est. Ex pignoris jure Servianam & quasi Servianam seu hypothecariam profluere, vel dupondiis notum. Sed & actionem rescissoriam alienationis (de qua in *§. item si quis 6. Instit. de action.*) non aliunde quam ex jure pignoris prætorii proficisci, probabitur *tit. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit.* Denique ex jure hereditatis petitio hereditatis est; quæ, cum vel inofficioſi testamenti occasione competat, vel extra inofficioſi consideratione simpliciter ex jure hereditatis per aditionem acquisito, compilatoribus Pandectarum visum fuit ab inofficioſi querela ordiri.

3. Est autem inofficiosum testamentum, quod contra pietatis officia factum; præcipue quidem a parentibus, quandoque

doque tamen & a liberis aut fratribus. Et quamvis parentes ſine cauſa liberos ſuos ab hereditate excludentes injuriam iis inferant; novercalibus quippe delinimentis inſtigationibusque corrupti, aut alias falſis ſtimulati delationibus maligne circa ſanguinem ſuum ferentes judicium, ac ſpe ſucceſſionis, tacita quadem lege naturæ debita, promptoque parata obſequio, progeniem defraudantes. *l. inofficioſum 3. l. non eſt 4. ff. h. t.* junct. *l. cum ratio 7. pr. ff. de bonis damnatorum. l. nec ei 17. §. præterea 3. ff. de adoptionibus. l. nam etſi 15. ff. h. t. l. pen. §. ſed numquid 2. ff. de bonis libertor.* tamen maluerunt jura parentes hoc caſu fingere furioſos ac mentis non ſanæ; ut ita læſio, quam inferre ſtuduerant, a caſu potius fortuito, quam malitia & odio immerito videretur profluxiſſe. *pr. Inſt. h. t. l. hoc colore 2. ff. h. t.* Cum vero non eſſet huic conſentiendum iniquitati, (licet lex 12. tab. eam non improbaſſet, data liberrima teſtanti licentia, juxta illud, uti paterfamilias legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto) permiſſum fuit, teſtamentum dicere inofficioſum, id eſt, allegare, quare exheredatio vel præteritio fieri non debuerit. *d. l. 3. ff. h. t.* comparata eum in finem querela inofficioſi teſtamenti: quæ eſt actio in rem primario, qua quis petit teſtamentum tanquam inofficioſum reſcindi, & ſe heredem declarari, ſibique hereditatem reſtitui: ſubinde *accuſatio* dicta, quandoque *actio l. quemadmodum 7. l. nihil intereſt 12. in fine princ p. l. ſi inſtituta 27. l. ſi ſuſpecta 29. §. quamvis 2. ff. h. t.* ſed frequentius *querela* non quaſi improprie eſſet actio; ſed magis in modeſtiæ & ſubmiſſionis ſignum. Scilicet, uti ſervi de injuria per dominos illata non agere, ſed conqueri potius dicuntur. *§. ult. Inſt. de his qui ſui vel alien. juris.* ita & liberi de hac injuria exheredationes.

4. Querelam hanc, quæ olim in judicio centumvirali intentanda erat. *l. Titia 13. l. qui repudiantis 17. ff. h. t.* alii lege Glicia introductam arbitrantur non alio, niſi fallor, fundamento, quam quia *l. 4. ff. h. t.* deſumta eſt ſecundum inſcriptionem ex Gaji *libro ſingulari ad legem Gliciam*, & ex *antiquis legibus* querela moveri dicitur. *l. quae nuper 31. l. quoniam 32. C. h. t.* Alii non lege, ſed uſu populi Romani eam invaluiſſe putant, adeoque, ut pupillaris ſubſtitutio in favorem liberorum *moribus* inſtituta dicitur, cum vulgaris ex lege 12. tabularum obtineret. *princ. Inſtit. de pupill. ſubſtit. l. moribus 2. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* ita quoque querelæ remedium

in

in eorumdem utilitatem a populi moribus seu consuetudine habuisse initium. Donellus *comment. libr 9. cap. 4. in quaest. querela inofficiosi quo jure introducta.* Quicquid ejus rei sit, illud utique expeditum arbitror, querelam non præparatoriis sed principalibus judiciis annumerandam esse: est enim species petitionis hereditatis. *l. qui de 20. ff. h. t. hereditas 3. C. de petit. hered.* dicta etiam *petitio hereditatis ex nomine de inofficioso. l. si quis filium 34. C. h. t. l. pen. in fine pr. ff. de bonor. poss. contra Tab.* per quam hereditas *vindicatur* & *evincitur. l. eum qui 21. §. ult. l. si instituta 27. §. de inofficioso 3. ff. h. t.* & quidem ex causa intestati; quatenus causa testati ad causam intestati redigitur. *l. posthumus 6. §. si quis ex his 1. ff. h. t.* & victor jure intestati succedit. *l. cum duobus ex 13. C. h. t.* ac legitimus heres effici dicitur. *l. nam etsi 15. §. ult. ff. h. t.* atque testator consideratur, ut talis, qui non habuit testamenti factionem. *l. qui repudiantis 17. §. 1. ff. h. t.* ut &, quatenus illi, qui querelam movent, habent jus succedendi ab intestato, ac conqueruntur, juris illius ademtionem contra pietatis officia testamento inofficioso fuisse tentatam. *l. inofficiosum 3. ff. h. t.* ideoque contra institutum, & eos, qui causam ab eo habent, experiuntur tanquam contra possidentes pro herede aut pro possessore. arg. *l. 1. C. h. t.* Nec hisce adversatur, quod aliquando per modum contradictionis & exceptionis querela induci dicitur, si filius exheredatus hereditatem possideat. *l. Papinianus 8. §. si filius 13. ff. h. t.* cum tamen petitio hereditatis sit actio, ab exceptione longe diversa. Etenim, uti id in querela admissum est, ita quoque in alia quavis petitione hereditatis potest contingere, ut quis in modum contradictionis hereditatem, quam possidet, in totum vel pro parte sibi tueatur. *l. permittendum 8. ff. si pars heredit. petatur.*

5. Competit querela primo liberis, in quorum quoque gratiam primitus videtur fuisse introducta. arg. *l. nam etsi 15. pr. ff. h. t.* & his quidem injuste exheredatis a patre, præteritis a matre, quippe cujus præteritio tacitam continet exheredationem. *pr. Inst. h. t. §. ult. Inst. de exhered. liber.* eoque sensu accipienda *novell. 115. cap. aliud quoque 3. in princ.* ac deprompta inde *auth. ex causa C. de liberis præteritis;* dum illic ex causa exheredationis aut præteritionis solo dicitur infirmari institutio: exheredatione ad patrem, præteritione ad

matrem relata; convenienter juri veteri, quod, dictans, ob præteritionem a patre factum teſtamentum nullum eſſe, aut rumpi, aut bonorum poſſeſſioni contra tabulas locum fieri, non invenitur expreſſe correctum. Adde *tit. ff. de liberis & poſthum.* Nec intereſt, ſui ſint liberi an emancipati; nati an poſthumi; ſive poſt mortem patris, ſive poſt conditum patris matrisve teſtamentum fuerint editi, *l. ſi mater 3. C. h. t. §. tam autem. 2. Inſtit. h. t.* cum enim nulla in poſthumos cadere poſſit ingratitudinis cauſa. *l. ſi quis ſuo 33. in fine C. h. t.* non aliis rectius quam hiſce, tanquam injuſte exheredatis, accommodabitur. Nec tantum legitime natis datur, ſed & adrogatis puberibus, (non impuberibus, quibus quarta D. Pii ſufficit) ac adoptatis, quoties concurrunt naturalia & civilia adoptionis jura. arg. §. *ſed hodie 2. Inſtit. de adoption. l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes 15. ff. h. t.* Legitimatis vero toties, quoties ex vi legitimationis ipſis acquiſitum jus ſucceſſionis ab inteſtato: de quo latius *de ſucceſſ. ab inteſtato.* Naturalibus liberis contra matris quidem, at non contra patris teſtamentum: idemque in ſpuriis obtinet. *l. ſi ſuſpecta 29. §. de inofficioſo 1. ff. h. t* Grivellus *deciſ. 88.* Palæotus *de nothis & ſpur. cap. 38. n. 6. 7.* niſi mater illuſtris fuerit; cui uti non ſuccedunt ab inteſtato, ita nec querelam habent ab ea præteriti. *l. pen. C. ad Senatuſc. Orfitian.*

6. Non denique refert, primi an ulterioris gradus liberi ſint, quoties, prædefunctis parentibus intermediis, ad ipſos jus ſuccedendi ab inteſtato devenit. Quod ſi liberi primi gradus a patre juſte exheredati ſint, vel, cum injuſte excluſi eſſent, querelam movere noluerint, parenti exheredanti ſuperſtites, nepotibus ex his natis querela non competit: cum enim lex ipſa nepotes non vocet ad ſucceſſionem avi ab inteſtato, quoties vivunt parentes intermedii, non poteſt nepotum intuitu teſtamentum videri contra pietatis officia factum. *l. ſi quis 6. pr. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſtam.* ac ne rupturi quidem ſunt nepotes tales quaſi ex cauſa præteritionis avitum teſtamentum. *l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium 2. ff. de liberis & poſth. d. l. 6. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſtam. l. ſcripto 7. ff. ſi tabul. teſt. nullæ extab.* Unde & omne adjutorium nepotem talem derel quiſſe, ait Imp. in *l. ſi quis filium 34. C. h. t.* Sande *deciſ. Friſicar. lib. 4. tit. 9. defin. 7.* Fachinæus *controverſ. lib. 10. cap. 47. incipit exiſtimo.* Gomeſius *variar. reſolut.*

lut. tom. 1. cap. 11. n. 21. Neque hisce obstat, quod exheredati mortuis comparati sint, *l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjung. cum emanc. liberis ejus.* mortuo vero filio ante patrem, nepotibus querela detur. Non enim in omnibus, sed quibusdam tantum in casibus, ac nequaquam in proposito, istam mortui & exheredati comparationem procedere, patet ex *d. l. 7. ff. si tab. testam. nullae extab. d. l. 6. ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. si patronus* 12. §. *si quis libertum* 1. *ff. de bonis libertor.* Ne dicam, tum demum eos mortuis comparari, cum tenet exheredatio; tenet vero demum ea, ex quo hereditas ex testamento aditur. *l. filium 20. ff. de bonor. possess. contra tabulas*, cui consequens, ut moriente testatore exheredatus filius, pro mortuo necdum habitus, impedimento fuerit nepotibus, quo minus videri possent lege ad avitam vocati successionem. Gratis quoque in patrocinium contrariæ sententiæ assumitur, in querela locum esse successorio edicto, de quo est *tit. de successorio edicto:* cum id nuspiam inveniatur cautum, ut de gradu in gradum ordine successorio transiret; sed id tantum, ut una linea deficiente, ad aliam lineam querela transferatur; adeoque si filius exheredatus sit, pater præteritus, filio non agente vel repulso, pater jure suo querelam movere possit. *l. pater filium* 14. *ff. h. t.* Et quod Paulus ait in *l. pen. ff. h. t.* eo, qui admittitur ad accusationem inofficiosi, nolente vel non valente accusare, *sequentem admitti, & successioni locum fieri*, id de sequente linea, non gradu, intelligendum, convenienter *d. legi ff. h. t.* Neque eadem hic transitionis de gradu in gradum, quæ de linea in lineam, ratio est: cum utique nepotes ab intestato volentes avo succedere, patrem intermedium jure exheredatum repræsentent, & ita ex ejus, jure exclusi, capite vindicarent hereditatem; absurdum autem esset, melioris eos juris esse, aut potestatis majoris in agendo, quam est is, cujus vicem gerunt. At ex adverso pater a suo filio præteritus nullo modo venit ad filii sui defuncti hereditatem ex capite aut repræsentatione nepotis juste exheredati; sed plane ex proprio capite, primum obtinens in linea ascendente gradum.

7. Cæterum gentium plerarumque moribus (si Frisiam excipias, in qua & matris testamentum ob liberorum præteritionem pronunciatum est ipso jure nullum, si deesset clausula codicillaris; vide Sande *decis. Frisic. lib. 4. tit. 2. defin. 2.*)

receptum eſt, ea, quæ de jure Romano de præteritione per matrem facta traduntur, etiam in patre liberos prætereunte ſibi locum vindicare, ac præteritionem liberorum in eo quoque tacitam continere exheredationem; ſic ut teſtamentum præteritione liberorum laborans querela reſcindendum ſit quantum ad inſtitutionem, legatis, quatenus legitimam haud lædunt, firmis manentibus; teſte Grotio *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap.* 18. *n.* 11. *& ſeqq.* Gudelino *de jure noviſſ. lib. 2. cap. 5.* verſ. *pariter nec*, ſeu *n. 6.* Groenewegen *ad princ. Inſtit. de exheredat. liberorum.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 4.* Si tamen clauſula codicillaris adjecta fuerit, aut tales termini ſint, ut ſubaudiri debeat, hereditas inſtitutis reſtituenda erit, ut plenius dicetur *in ſeqq. h. t.*

8. Quod ſi nulli exiſtant liberi, vel exiſtentes querelam non moveant, parentes vero, turbato mortalitatis ordine ſuperſtites, præteriti fuerint vel exheredati a ſuis liberis prædefunctis, querelæ movendæ facultas iis data eſt: nam etſi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga liberos caritatem; turbato tamen mortalitatis ordine, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet, ita exigente miſerationis ratione. *l. pater filium* 14. *l.* 15. *ff. h. t. §.* 1. *Inſtit. h. t. l. ſcripto 7. §. ult. ff. ſi tabul. teſtam. nullae extab.* grave etenim eſt (ut ait Seneca conſolat. ad Marciam cap. 17.) *quem educaveris juvenem, jam matri, jam patri praeſidium ac decus, amittere:* ac *nullum non acerbum funus eſt, quod parens ſequitur.* Nec indigni querela cenſendi parentes a prioris matrimonii liberis præteriti, ob id, quod ad vota ſecunda tranſiverint; cum inter plures ſecundarum nuptiarum pœnas nuſpiam hæc querelæ denegatio inveniatur propoſita, idque ratione bonorum, in quæ parens binubus aut binuba non prohibetur ab inteſtato ſuccedere. Vide Abrah. a Weſel *ad novellas conſtit. Ultraject. art.* 11. *n. 70. & ſeqq.*

9. His quoque deficientibus, ad querelam admittuntur fratres ac ſorores germani & conſanguinei; non uterini: eo quod cum illis communia nominis ac familiæ jura ſunt; non item cum his. Nec tamen illi omni admittuntur caſu, ſed tum demum, cum turpis perſona, juris aut facti infamia laborans, iisdem prælata fuit, atque ipſi fratres nulla ſunt exiſtima-

iſtimationis privatione notati; cum alioquin inique carpant in aliis morum pravitatem ac famæ læſionem, a qua ipſi non ſunt immunes. *l. fratres 27. C. h. t.* junct. *l. in arenam 11. C. h. t. l. viro 39. ff. ſoluto matrimon.* Nec his, quæ de uterinis non admittendis dicta, repugnat, quod ſine diſtinctione ſimpliciter dicitur, neminem eorum, qui ex transverſa linea veniunt, *exceptis fratre & ſorore* ad inofficioſi querelam admitti, *l. fratris 21. C. h. t.* neminem *ultra fratrem*, *l. 1. ff. h. t.* cum receptiſſimum ſit, minus limitatam ſeu indefinitam unius legis locutionem ex aliis legibus, diſtinctionem adhibentibus, ſolere ac oportere reſtringi, adeoque in caſu noſtro per *d. l. 27.* Quod ſi honeſta ſimul & turpis perſona inveniatur inſtituta, querela pro ea parte præteritis fratribus accommodanda, ex qua ſcriptus eſt infamia tentus, rata manente defuncti diſpoſitione quantum ad reliquos inſtitutos nulla infamiæ macula notatos, adeoque pars hereditatis remanebit in teſtamento, pars jure inteſtati deferetur, nec ea ratione abſurdum eſt, ex poſt facto eundem in paganis pro parte inteſtatum videri. *l. circa 24. ff. h. t. l. cum duobus 13. C. h. t.* arg. *l. nam etſi 15. §. ult. ff. h. t.* Gomezius *variar. reſolut. tom. 1. cap. 11. n. 37.* verſ. *ſeptimo.* Barry *de ſucceſſionib. lib. 10. tit. 6. n. 2.* Reſponſ. JCtor. Holland. *part. 3. vol. 2. conſil. 73. num. 3. pag. 226.*

10. Turpis autem perſona cenſeri debet ratione querelæ meretrix, etiamſi jam alteri nupta dereliquerit meretriciam vivendi conſuetudinem: neque enim aboletur turpitudo, quæ poſtea intermiſſa eſt. *l. palam 43. §. non ſolum 4. ff. de ritu nuptiar.* Concubina quoque; quippe quæ, ſi jus Romanum ſpectes, matrisfamilias honeſtatem non habuiſſe dicitur. *l. probrum 41. §. 1. ff. de ritu nuptiar.* & licet concubinatus appelletur *licita conjunctio l. ſi qua illuſtris 5. C. ad Senatuſc. Orfitian.* quatenus per leges nomen aſſumſit & extra legis pœnam eſt. *l. 3. in fine ff. de concubinis;* tamen quia non omne quod licet honeſtum eſt. *l. non omne 144. ff. de reguſ. juris.* & ſi uſus noſtros conſideres, a cæteris meretricibus fornicantibus concubina non ſolet diſtingui. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 1. cap. 12. n. 4. 5.* non dubium, quin turpitudinis aut levis ſaltem notæ macula notata ſit. arg. *d. l. probrum 41. pr. ff. de ritu nupt. l. idem 4. §. ſed quod 3. ff. de condict. ob turp. cauſ.* Gomezius *var. reſol. tom 1. cap. 11. n. 38. in med.* Barry

de succeſſ. lib. 10. tit. 7. n. 4. Reſponſ. JCtor. *Holl. part. 3. vol. 1. conſil. 56. & part. 3. vol. 2. conſil. 73. pag. 224. & ſeqq.* Aliud dicendum, ſi non legitimo progenitus matrimonio eſſet, inſtitutus veluti ex concubina natus, vel vulgo quæſitus, vel inceſtuoſus aut adulterinus. Cum enim non hi, ſed magis eorum parentes, peccaverint, nulla exiſtente culpa turpive facto, non poteſt infamia in hiſce concipi, ſive juris, ſive facti. *Nunquam* (inquit Chryſoſtomus *can. nunquam 4. diſtinct. 56.*) *de vitiis erubeſcamus parentum. Quod ſi fornicatorem ipſum ad meliora converſum nequaquam prior vita commaculat, multo magis ex meretrice natus & adultera, ſi propria virtute decoretur, parentum ſuorum non dedecoratur opprobriis; non eſt omnino nec de virtute, nec de vitiis parentum aut laudandus aliquis, aut culpandus.* Et, ſi non ſit deneganda aut impedienda in hos dignitatis aut ſacerdotii collatio, quia nihil ipſi commiſerunt, ſed alieno laborant vitio. *l. ſpurii 6. l. generaliter 3. §. ſpurios 2. ff. de decurion.* junct. *l. legem 7. in med. C. de liberis naturalib. can. apoſtolica 12. & 13. diſtinct. 56.* cum tamen neque juris neque facti infamia laborantibus pateant dignitatum portæ. *l. neque famoſis 2. C. de dignit.* ratio quoque non eſt, cur tanquam infames per inofficioſi querelam a delata teſtamento hereditate expellerentur, quoties ipſi ex ſuo capite præter nativitatis infelicitatem non alia laborant infamiæ nota. Carpzovius *defin. forenſ. part. 3. conſtit. 10. defin. 10. in fine.* Palæotus *tract. de nothis & ſpuriis cap. 55.* Jacobus Thomingius *deciſ. 48. n. 19. & ſeqq.* Theſſaurus *deciſ. 126. n. 6. 7.* Aug. Barboſa *ad l. 27. C. h. t. n. 18.* Gratianus *diſcept. forenſ. cap. 135. n. 27. & ſeqq.* Neque fundamento ſat juſto nititur quorumdam diſtinctio, in naturalibus quidem & vulgo quæſitis, non vero in inceſtuoſis, adulterinis, aut alio complexu damnato genitis, hanc ſententiam admittentium; inter quos eſt Gomezius *variar. reſolut. tom. 1. cap. 11. n. 38.* Barry *de ſucceſſion. lib. 10. tit. 7. num. filius Sacerdotis 5.* Nec turbare quemquam debet Calixti Pontificis reſcriptum, infames declarans eos, qui ex inceſtuoſa conjunctione fuerint progeniti, *can. conjunctiones 2. cauſa 35. quaeſt. 2. & 3.* eo quod illud ſe refert ad jus civile, infamesque jubet eſſe ita natos, *quia leges ſeculi infames tales vocant & ab hereditate repellunt.* cum vero de relato, (ut vulgo loquuntur) non conſtet, neque uſpiam leges civiles inceſtuoſum infamem dicant, nec in univerſum a quorumvis,

vis, ſed tantum parentum hereditate repellant: non eſt, quod ei vel fides habeatur, vel reſcripti Pontificii tribuatur autoritas. arg. *auth. ſi quis in aliquo C. de edendo*, junct. *l. ult. et tot. tit. Cod. ſi contra jus vel utilit. public. vel per mendacium etc. l. nec damnoſa 3. l. pen. C. de precibus Imperat. offerend.* Neque ex eo, quod tum jus civile, tum mores gentium inter legitime & illegitime natos differentiam in nonnullis admittant, & vel in concurſu legitime natos illegitimis anteponant, vel illegitimos ab omnibus officiis publicis atque civilibus repellant. *l. generaliter 3. §. ſpurios 2. ff. de decurion.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 6. 7. recte concluſeris, eos ergo infamia laborare: nam fœminas a civilibus officiis remotas fuiſſe, conſtat *l. 2. ff. de reg. juris.* & peregrinos olim a dignitatibus & ſucceſſionibus in Hollandia alibique fuiſſe excluſos, teſtis eſt Grotius *d. libr.* 1. *cap.* 13. quos ſi quis ob id infamibus voluerit accenſendos, toto profecto cælo erraverit. Quid de aleatoribus, lenonibus, aliisque multis ſtatuant interpretes, videri poteſt apud Aug. Barboſam *ad l. 27. C. h. t. n. 20. et ſeqq.* ſuntque huc reducenda, quæ dixi *tit. de his qui not. infam.*

11. Aliis ultra jam enumeratos querela non datur, melius quippe facturis, ſi ſe ſumtibus inanibus nihil profuturis non divexent. *l.* 1. *ff. h. t.* adeoque non fratrum ſororumve filiis. *l. fratris* 21. *C. h. t.* Neque quicquam per jus novum hac in parte mutatum exiſtimo. Quamvis enim id in confeſſo ſit, fratres germanos una cum parentibus ad inteſtati fratris ſucceſſionem viritim accedere: uterinos quoque fratres ab inteſtato una cum conſanguineis fraternæ hereditatis ex æquo reddi participes: fratrum denique filios una cum ſuis patruis ac avo aviaque jure repræſentationis ad patrui defuncti patrimonium admitti. *novell.* 118. *cap.* 2. *et* 3. *novell.* 127. *cap.* 1. Non tamen inde recte concluſeris, parentum exemplo fratribus præteritis omni caſu, etiam cum turpis perſona non eſt prælata, querelam indulgendam eſſe: aut uterinos fratres iisdem caſibus, quibus conſanguinei vel germani, de inofficioſo poſſe queri: aut fratrum prædefunctorum filiis ex jure quodam repræſentationis permitti inofficioſi actionem; aut denique poſt impetratam a parente ex cauſa inofficioſi reſciſſionem, cauſamque teſtati redactam ad cauſam inteſtati, fratres germanos ac prædefunctorum aliorum fratrum filios fraternæ he-

reditatis partem laturos; aut concurſuros cum conſanguineis uterinos, poſtquam conſanguinei per querelam obtinuerint fraterni teſtamenti reſciſſionem. Neque enim a ſucceſſione ab inteſtato, quæ ab initio defertur, (de qua ſola agit *d. nov.* 118. *et* 127.) & quam moriens ſponte videtur reliquiſſe his, quos lex deſignavit. *l. conficiuntur* 8. §. *ſed ideo* 1. *ff. de jure codicill.* argumentum procedit ad inducendam querelæ contra teſtamentum movendæ licentiam, aut faciendam exæquationem perſonarum in ſucceſſione contra defuncti voluntatem obtenta per inofficioſi actionem: tum quia jus novum ſtrictam recipere debet interpretationem, ut quam minimum juri veteri decedat, nec ſtare prohibendum, quod non invenitur expreſſe correctum, ut dictum *tit. de legibus.* tum, quia res inter alios acta aliis non prodeſt, adeoque nec obtenta per unius querelam victoria cæteris, querelam non habentibus, & injuria exheredationis non affectis, ac ex neceſſitate juris haud inſtituendis, viam ſternere potuit ad legitimam hereditatem: tum denique quia liberorum adoptivorum, uti & impuberum adrogatorum conditio abunde monſtrat, a ſucceſſione competente non recte inferri querelæ movendæ facultatem, aut exæquatos in jure ſuccedendi ab inteſtato, etiam in querela exæquatos debere cenſeri: impubes enim adrogatus, licet cum legitime natis ab inteſtato ſuccedat, ad querelam tamen admiſſus non fuit, quarta D. Pii ipſi conceſſa. *l. Papinianus* 8. §. *ſi quis impubes* 15. *ff. h. t.* Et quamvis adoptati ab extraneo ab inteſtato ſuccedere poſſint ſuo parenti adoptivo, una cum liberis aliis legitime natis; tamen ſi ab eo præteriti fuerint aut exheredati, nec querelam movere poſſunt, nec teſtamentum ob præteritionem nullum dicere. *l. pen. Cod. de adoption.* §. *ſed ea omnia* 14. *Inſtit. de hereditatib. quæ ab inteſtato.* §. *tam autem* 2. *Inſtit. h. t.* Jacobus Coren *obſerv.* 10. *n.* 12. 13. 14. *& ſeqq.* Zoeſius *ad Pand. h. t. n.* 45. *& ſeqq.* Adde D. Joh. a Someren *de repraeſentatione cap.* 3. *ſect.* 1. *num. ult.* Ne dicam, admiſſa ſententia contraria, (quod nempe reſciſſo per querelam teſtamento admittendi eſſent ad ſucceſſionem illi, quibus non data querela) eventurum, ut melioris conditionis futuri eſſent, quibus denegata, quam quibus data querela eſt; dum parentes ſoli incertum ſubituri eſſent litis ac ſumtuum de inofficioſo periculum. vincentes autem partum ſuo labore ſuoque periculo commodum, defuncti etiam fratribus fratrumque filiis eſſent quæ-

ſituri:

ſituri: atque inſuper futurum, ut, quibus denegarunt leges querelæ facultatem, his tamen omnis querelæ utilitas ac effectus quæreretur, atque ita tribueretur alia via, quod una manifeſte ademtum apparet, in legis, inofficioſi actionem denegantis, fraudem, & contra ratiocinium Jurisconſulti, in *l. quaeritur 38. ff. de bon. libert.* Eoque facit *l. ſi poſt mortem 10. §. liberi 4. & §. exheredati 5. ff. de bon. poſſ. contra tab.* Et hæc multo magis admittenda eorum moribus, qui ultra juris Romani dictamen jus repræſentationis in linea collaterali ad quartum aut ſextum extendunt gradum; de quo nos latius in materia ſucceſſionis ab inteſtato; ne alioquin & fratrum nepotibus in quarto gradu poſitis, aut remotioribus ſexti gradus cognatis querelam tribuamus, atque ita durum hoc ac plenum invidiæ remedium nimiam recipiat extenſionem. Nec immerito propter fundamenta ſuperiora dubitaveris de eo, quod Simon van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 9.* tradidit, cum hodie fratres uterini cum conſanguineis concurrant, conſequens eſſe, ut etiam concurrant in inofficioſi querela; quod & Hugo Grotius videtur innuere, dum generaliter querelam fratribus & utrimque, & ex uno latere conjunctis tribuit, *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 18. n. 24.* & Brunnemannus ad *l. poſthumus 6. ff. h. t. n. 5. & 6.* fratres uterinos ſaltem poſt reſciſſum querela teſtamentum admittens cum conſanguineis. Nec pro hac ſententia facit *d. l. poſthumus 6. §. ſi quis ex 1. ff. h. t.* quippe quæ de illis agit, qui querelæ movendæ jus non habebant; qui, ſi de facto eandem intentaverint, ac caſu obtinuerint, victoria ipſis haud profutura eſt, ſed evacuato per ſententiam teſtamento, hereditatem ab inteſtato vindicabunt heredes legitimi. Quo tamen caſu ſi actor ſimul proximus ab inteſtato heres ſit, per accidens erit, quod querelæ movendæ jure carens, hereditatem nihilominus ſibi retineat. Minus refragatur, quod, non facto teſtamento, aut ob non aditam ex eo hereditatem irrito, parentes non totam fuiſſent habituri hereditatem, ſed magis cum ſuis liberis, defuncti fratribus germanis diviſuri (idemque de conſanguineis fratribus ratione uterinorum) cui conſequens videri poſſet, etiam parem parentum fratrumque germanorum debuiſſe cauſam cenſeri, ubi per querelam cauſa teſtati ad cauſam inteſtati redacta eſt. Non enim abſurdum, ut plus percipiant, qui exheredationis injuria affecti ſunt, quam fuiſſent habituri, ſi nulla fuiſſent exheredationis

tionis nota læsi: sic namque plus quam legitimam habent, institutione tota per querelam subversa, qui legitima sola honorati nullam habuissent portionis majoris petendæ causam: cum contra absurdum esset, illos, qui lege permittente sunt præteriti, atque ita non læsi, paris fore conditionis cum illis, qui lege refragante per exheredationem læsi, in læsionis solatium ad hereditatem erant admittendi.

12. Instituenda est querela adversus heredes testamento, sive scripto, sive nuncupativo, vocatos, cujuscunque dignitatis; atque adeo contra Imperatorem quoque, qui, licet legibus solutus sit, hac tamen parte legibus vult vivere. *l. Papinianus 8. §. si Imperator 2. ff. h. t.* nec refert, extranei instituti fuerint, an vinculo sanguinis juncti testatori: qua ratione filiis quibusdam exheredatis adversus suos fratres reliquos; nepotibus adversus suos patruos, defuncti filios, ac institutos, inofficiosi accusatio competit. *l. pen. §. quantum 1. ff. h. t.* & filiis defuncti exheredatis adversus suos liberos, ab avo defuncto ad successionem vocatos. *l. si ponas 23 ff. h. t.* filiis etiam a matre præteritis, contra suum patrem ab uxore institutum. *l. filius non 22, ff. h. t.* denique parentibus defuncti præteritis adversus suos filios superstites, fratri sui prædefuncti ex testamento heredes. *l. cum filium 17. C. h. t.* eo quod non tam conditio vocatorum in testamento, quam potius injuria præteritorum aut exheredatorum spectanda est. Quid? quod & adversus omnes competit, qui in heredis instituti locum subintrarunt, eundemque repræsentant; quales heredis heredes, & fiscus, qui in heredis bona successit. *l si heredum 10. C. h. t.* & is, cui ex causa fideicommissi per institutum hereditas est restituta. *l. 1. C. h. t.*

13. Effectus querelæ recte intentatæ olim erat, quod totum infirmaretur testamentum, sic ut nec legata nec libertates nec quicquam ex eo deberetur. *l. Papinianus 8. §. pen. ff. h. t.* exceptis quibusdam casibus, quibus libertates manebant ratæ. *d. l. 8. §. ult. ff. h. t. l. cum duobus 13. C. h. t.* quandoque & legata. *l. qui, repudiantis 17. §. 1. l. cum mater 28. ff. h. t. l. cum filius 76. ff. de legatis 2.* Sed jure novo sola infirmatur institutio, non tantum usque ad legitimam, sed in solidum: cæteris testamenti capitibus, sive legatum, sive libertatem, sive substitutionem contineant, firmis manentibus. *novell. 115. cap. aliud quoque 3. in fine & cap. 4. in fine.*

Quod

Quod non tantum admittendum, si liberi aut parentes, sed &, si fratres instituerint inofficiosi accusationem: perquam enim absurdum fuerit, collaterales, non nisi certis in casibus, & non nisi in odium institutæ turpis personæ ad querelam admissos, melioris esse conditionis & plus percipere, retinendo penes se legata infirmata, quam qui proximo descendentium vel ascendentium gradu sunt juncti defuncto; neque regulariter æquitas patitur, alieno odio atque adeo heredis, prægravari alios, puta legatarios nulla turpitudine laborantes. arg. *l. si quis suo 33. in fine C. h. t. regul. non debet 22. de reg. jur. in 6.* Quibus non recte objicitur *l. Poconius 3. ff. si a parente quis manumiss. sit.* tum quia ibi non de fratribus agitur sed patre, cui meretrix filiali testamento prælata paoponebatur; frustra vero ab iis, quæ dispositа circa personas parentum patronorumque, maximis & inæstimabilibus beneficiis sibi liberos libertosque devinctos habentium, ad fratres nullis sæpe beneficiis, saltem non tantis fratri notos, argumentum producitur. Tum etiam, quia patri in casu *d. l.* etiam honesta persona per filium instituta, querela ad totius testamenti subversionem competebat. *l. 1. §. ult. ff. d. tit. si a parente quis manumiss.* hoc vero jure novo mutatum esse, jam monitum. Quin tamen totam institutionem, etiam supra legitimam, fratres querendo infirmaturi sint, haud videtur dubitandum, cum hac in parte neque mutatio juris veteris appareat, neque diversum quid ab iis, quæ in parentibus liberisque obtinent, inveniatur constitutum, licet hic varii varie sentiant. Vid. Aug. Barbosam *ad l. 27. C. h. t. n. 9. 10. 11. 12.* Castillo de Sotomajor *libr. 2. quotid. quæstion. cap. 19. n. 25. & seqq. & n. 32. & seqq.* Gomezius *variar. resolut. tom. 1. cap. 11. num. 37.*

14. Quod si clausula codicillaris inofficiosi testamento adjecta fuerit, (quam etiam in testamento parentum ratione liberorum subintelligi ex multorum opinione, dicetur *tit. de codicillis*) id operabitur, ut illud vim codicilli retineat, & inofficiosi institutio sustineatur jure fideicommissi; ac rogati videantur illi, qui querela causam testati redegerunt ad causam intestati, ut institutis hereditatem restituant deducta ac reservata sibi sola ex legibus debita portione. arg. §. *sed & si 3. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. l. illud 13. §. 1. ff. de jure codicill. l. ex ea scriptura 29. §. 1. ff. qui testam. fac. possunt.* Ut tamen ex jure canonico ac moribus prope gentium moratio-

rum

rum in liberis detractio duplicis quartæ tam legitimæ, quam Trebellianicæ, recepta sit, sive pure, sive sub conditione vel ex die gravatos concipiamus. *cap. Ragnutius 16. & cap. Raynaldus 18. extra, de testamentis.* Hugo Grotius *manud. ad. Jurispr. Holl. libr. 2. cap. 20. num. 19.* Neostadius *Curiæ Holl. decis. 17.* & plures alii relati apud parent. p. mem. Paulum Voet *ad §. 9. Instit. de fideicommiss. hered. num. 4.* licet alii in solis pure non sub conditione gravatis hanc quartæ duplicis detractionem admittant. Andr. Gayl *lib. 2. observ. 121.* Quæ duæ quartæ, quomodo computandæ sint, variant usus. In Frisia quidem si plures liberi essent quam quatuor, præter semissem legitimæ nomine debitum: insuper alterius semissis quartam velut ex senatusconsulto Trebelliano curia adjudicavit, teste Sandio *decis. Frisic. libr. 4. tit. 8. defin. 7.* secuta probabiliorem Anton. Fabri. *Cod. libr. 6. tit. 27. defin. 4.* Cujacii, Fachinei, Petri Heigii, & aliorum illic recensitorum opinionem, quam & Deckherus probat *libr. 2. differt. 14. num. 21.* Ultrajecti receptam testatur D. Joh. a Somerem *de repræsentatione cap. 6. num. 21.* Contra vero in Hollandia, sive plures fuerint liberi quam quatuor, sive pauciores, non amplius quam semissem portionis ab intestato debitæ unicuique pro legitima cessurum obtinuit; ita ut alter semis in totum venit jure fideicommissi restituendus; quæ & plurium aliorum extra Hollandiam sententia ac praxis est; Grivellus *decis. 107. num. 9. 10.* Deckherus *libr. 1. differt. 14. in fine defin. 3.* Groenewegen ad *Grotii manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 20. num. 19.* Paulus Voet *ad §. 9. Instit. de fideicomm. hered. num. 5.* Simon van Leeuwen *cens. forens. part. 1. libr. 3. cap. 9. num. 11.*

15. An vero nepotes quoque neptesve fideicommisso expresse, vel cum injuste præteriti aut exheredati essent, tacite vi clausulæ codicillaris gravati duas possint quartas deducere, non satis in aperto est. Nepotibus tamen etiam duos quartas usus tribuit: cum tam in successione ab intestato, quam in querelæ movendæ facultate, filiis nepotes exæquati sint ac pariter concurrant; ut proinde nec in quartæ duplicis detractione in dubio videantur separandi. Et licet permissum sit avo, nepotes gravanti onere restitutionis, nominatim prohibere Trebellianicæ detractionem, in eoque deterior sit conditio nepotum, quam filiorum, in quibus prohibitio admissa non est: tamen, cum expressa requiratur istius quartæ prohibitio, nec tacita sufficiat.

ficiat. *novell.* 1. *cap.* 2. *in fine;* concipi vero nequeat expreſſa prohibitio, quoties exheredatos ponimus aut præteritos ſilentio nepotes; conſequens eſt, ut vi clauſulæ codicillaris reſtituere obſtricti duas jure quartas deducant. Ant. Faber *Cod. libr.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Neoſtadius *Curiæ Holl. deciſ.* 17. *in fine.* Reſponſ. Jurisconſ. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *conſil.* 193. *num.* 5. 6. & *part.* 2. *conſil.* 20. *pag.* 42. *in fine* & *part.* 1. *conſil.* 25. Leeuwen *cenſ. forenſ. d. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 12. Peregrinus *de fideicommiſſis art.* 3. *num.* 54.

16. Aliter ſcte res habet in parentibus per liberos, aut fratribus per fratres perſonam turpem inſtituentes, præteritis, quippe qui per querelam infirmantes teſtamentum, & vi clauſulæ codicillaris rogati reſtituere ſcriptis in officioſo heredibus non duas quartas ſed ſolam legitimam ſalvam ſunt habituri. Cum enim ſecundum Romani juris principia verius ſit, illos, quibus legitima eſt debita, fideicommiſſo gravatos ſolam deducere legitimam, eamque ipſam imputari quoque in quartam ex ſenatusconſulto Trebelliano detrahendam, ut latius *tit. de Senatuſc. Trebell.* neque quantum ad parentes fratresque, ſed tantum deſcendentium intuitu, jus civile per canones mutatum ſit, duplicis quartæ indulta detractione; ac denique haud improbabile ſit, hanc ipſam juris canonici circa liberos gravatos diſpoſitionem ex perperam intellecto Quiritum jure profluxiſſe: rationis certe eſt, ut non adſcendentes aut collaterales ſine lege aut canone aut conſtanti conſuetudine transferamus id, quod liberorum ſolorum providentia invenitur ſive ex æquitate ſive ex quodam errore inductum. arg. *l. quod vero* 14. *l. quod non ratione* 39. *ff. de legibus.* Hugo Grotius inter reſponſa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *conſil.* 193. *num.* 5. 6. Peregrinus *de fideicommiſſ. art.* 3. *num.* 53. fruſtra diſſentiente poſt alios Fachineo *controverſ. lib.* 12. *cap.* 80. quod enim ait, ea, quæ recepta ſunt in deſcendentibus, ad aſcendentes debere extendi; nulla ratione vel iure firmatur. Illud quidem expeditum & ultro diſſidentibus largiendum, potuiſſe juris canonici autores, uti deſcendentium intuitu duplicem contra jus Romanum quartæ deductionem decreverunt, ita etiam in adſcendentibus ac fratribus idem conſtituere; ut & hi tanquam parentes aut fratres legitimam perciperent, iterumque ſeparatim Trebellianicam tanquam fideicommiſſo gravati heredes. Sed cum id non appareat factum eſſe, perperam illa, quæ de liberis tantum inveniuntur cauta, ad parentes fratresque traducuntur: licet enim in eo tertio inter

ter liberos ac parentes conveniat, quod legitima non minus pie parentibus, quam liberis relinquenda ſit. *l. nam etſi 15. ff. h. t.* in cæteris tamen ratio diverſa eſt, longeque deterior in aliis juris partibus quantum ad ipſam ſucceſſionem parentum, quam liberorum cauſa: nam & liberis tum in ſucceſſione ab inteſtato, tum in ipſa querela, ſuerunt poſtpoſiti. *l. pater filium 14. ff. h. t. novell. 118. c. 1. 2.* & præteriti non potuerunt teſtamentum dicere nullum, atque ita a legatorum præſtatione liberari; ſed ſolam inſtitutionem querela infirmabant. Ut proinde a diſparatis (ut loquuntur) male fiat illatio.

17. Quæ vero de liberis præteritis vi clauſulæ codicillaris ad ſemiſſis reſtitutionem, velut ex cauſa fideicommiſſi obligatis, & legatorum relictorum validitate, dicta ſunt, non ſemper admittenda in caſu, quo parentes ignoranter poſthumos præterierunt, aut liberos tales, quos mortuos crediderant; aut quaſi poſthumos, cum tempore teſtamenti conditi ignorarent eos in utero eſſe, & non diu poſt eorumdem nativitatem fato functi ſunt. Aut enim præter illos ex ignorantia præteritos nullam aliam reliquerunt ſobolem, atque adeo extraneum inſtituerunt heredem; aut alios jam natos ſuo teſtamento ſcripſerunt heredes. Priore caſu eum, qui præteritus eſt usque adeo parentis teſtamentum infirmaturum exiſtimo, ut neque legata ſint firma manſura, (exceptis forte minutis quibusdam arbitrio judicis, quæ & inſtitutis liberis morigeris ac ſpem ſucceſſionis obſequio perpetuo ſibi conſervantibus, per parentes relinqui frequens ac vulgatum eſt) neque vi clauſulæ codicillaris obligandus ſit, ad hereditatem reliquam, retento ſemiſſe, inſtitutis reſtituendam: tum, quia præſumendum eſt ex pietatis ratione ac conjectura, teſtatorem, ſi de liberis cogitaſſet, prudenti conſilio proprias ſucceſſiones extraneis fuiſſe prælaturum in ſuis bonis, adeoque liberos legatariis extraneis, uſque adeo, ut & expreſſum fideicommiſſum a teſtatore relictum, ob liberos poſtea ex filio gravato natos evaneſcat, licet nulla liberorum mentio eſſet habita. arg. *l. cum acutiſſimi 30. C. de fideicommiſſis. l. cum avus 102. ff. de condit. & demonſtrat. l. generaliter 6. C. de inſtit. & ſubſtit. l. Lucius Titius 85. in fine ff. de hered. inſtit. l. ſi is qui ducenta 13. §. ult. ff. de rebus dub.* Tum quia in ipſis militibus jure militari teſtantibus id fuit receptum, ut, licet ex certa ſcientia liberos impune præterire potuerint, tamen ſi præteriiſſent quos in utero vel in rerum natura

tura esse ignorabant, testamentum liberis præteritis nullum inferet præjudicium; sed non obstante militari privilegio essetinvalitum, nec legata, eo data, præstarentur. *l. militis codicillis 36. §. miles in 2. ff. de testam. milit. l. sicut certi 9. l. si cum 10. C. de testam. militis.* adde *l. qui jure 7. ff. eod. tit.* Tum denique, quia videri non potest ullo gravatus sive fideicommisso sive legato is, de quo, cum testamentum conderet, ne cogitavit quidem testator. arg. *l. illud enim 13. l. pen. ff. de jure codicillorum.* Neque hunc voluntatis defectum clausula codicillaris supplet: quippe tralatitium est, & *tit. de codicillis* plenius demonstrandum, clausula illa sustineri tantum testamenta imperfecta ratione solennitatis, at nequaquam ea, quæ laborant voluntatis defectu. Quibus insuper accedere potest ex jure nunc passim recepto, quod, si inter vivos donatio facta ab eo, qui liberos non habebat, in totum infirmetur propter liberos postea susceptos, licet non sola donantis voluntate, sed & donatarii acceptione roboretur, ut dicetur *tit. de donation.* multo magis præsumi debeat, clausulam codicillarem non imponere in dubio onus fideicommissi liberis ignorante testatore postea nascituris. Vid. Fachineus *controverf. lib. 4. cap. 14.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 114. num. 9. & seqq.* Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 17. defin. 2.* Jul. Clarus §. *testamentum quæst. 46. n. 2.* Mich. Grassus §. *testamentum quæst. 36. n. 21.* Responf. JCtor. Holl. *part. 4. consil. 21.* dissentit post alios Brunnemannus *ad l. cum mater 28. ff. h. t.* motus potissimum rescripto Hadriani in *d. l. 28.* proposito, sed cujus neque mentem neque rationem satis perspectam habuit, ut *in seqq.* monstrabitur. Ac de eo casu, quo non alii extabant liberi, accipiendum, quod dicitur, soluta legata condici posse, si testamentum infirmum sit ex eo, quod ab hostibus reversus, quem pater mortuum præsumserat. *l. idem est 3. l. 4. l. 5. ff. de condict. indeb.* Neque contra hanc sententiam facere potest. *l. ult. ff. de hered. instit.* cum non de filio testatoris, sed extraneo instituto, & per errorem pro mortuo habito, agat, in quo non militant superiores rationes. Quod si ex adverso parentes, prætereuntes ignoranter posthumum, quemve mortuum esse falso crediderunt, alios insuper liberos reliquerint, eosque instituerint, atque ita in ea hærentes ignorantia secundum ante dicta in fata concesserint; verius existimem, infirmandum haud esse eo casu testamentum; sed illum præteritum sive posthumum sive errore pro mortuo habitum fratri-

fratribus cæteris in eo teſtamento inſtitutis ſic accreturum eſſe, & ſucceſſurum, atque ſi & ipſe una cum cæteris fuiſſet inſtitutus: cum enim id ita in matre jure Romano conſtitutum ſit, quæ teſtamento liberos reliquos heredes ſcripſerat, & poſthumo præterito in puerperio deceſſerat, antequam commode potuiſſet voluntatem mutare. *l. ſi mater 3. C. h. t.* quæ quæſo diverſitatis ratio erit, cur non in patre idem admiſerimus, ex quo paſſim fere obtinuit, inter paternum maternumque teſtamentum ratione præteritionis aut exheredationis nihil intereſſe? Cum utique non modo pater æque ac mater falſis de morte filii rumoribus labi poſſit, & facilius ipſe quam uxor propter abſentiam aliasque cauſas plures ignorare, poſthumum naſciturum. Ubi ergo a tempore conditi teſtamenti usque ad mortem filium præteritum ſupereſſe in vivis, aut poſthumum ſperari, ignoraverint, aut poſt conditum teſtamentum ſperare quaſi poſthumum incipientes, teſtamentum prius (forte ob incertitudinem partus, dum monſtrum naſci vel abortus fieri poteſt) mutare, poſthumumque adſcribere diſtulerint, eodem autem edito, repente humanis rebus exemti fuerint; in patrem æque ac matrem quadrat ratio *d. legis tertiae C. h.t.* quod *nempe repentim caſus iniquitas per conjecturam maternae* (adde & paternæ) *pietatis emendanda ſit*, & ob id *filio*, *cui nihil praeter maternum* vel paternum *fatum imputari potuit, perinde virilis portio tribuenda ſit, ac ſi omnes filios heredes inſtituiſſet.* Quibus conſequens erat, ut, cum ex teſtamento omnes ſuccederent, quaſi ex teſtamento omnes vocati, legata quoque in ſuo perdurarent vigore; ceſſante hic ulla pietatis præſumtione, quod parens non fuiſſet legaturus, ſi filium ſupereſſe aut ſperari ſciviſſet: eo quod reliquos jam natos, ejusdem cum præterito gradus & affectionis probabilis, declaraverat obnoxios legatorum præſtationi. Atque hoc ipſum eſt, quod puto Paulum JCtum velle in *l. cum mater 28. ff. h. t.* cujus verba, paucis explanata, ita habent. *Cum mater militem filium falſo audiſſet deceſſiſſe, & teſtamento heredes alios* (ſubaudi *filios*, non extraneos, quos nempe præter filium militem habebat) *inſtituiſſet; D. Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere* (id eſt, non tantum ad reliquos liberos inſtitutos, ſed *etiam ad filium* illum opinione falſa pro defuncto habitum; ita ut ille reliquis fratribus inſtitutis accreſceret, virilem partem laturus: &, quia hac ratione teſtamentum per querelam non reſcindebatur, ſed

in

in ſuo ſtatu conſervabatur, congruum rationi juris erat, illum filium cum cæteris inſtitutis ſuccedere) *ita, ut libertas & legata praeſtentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur;* videlicet ut quid ſingulare ex ratione, quod hæc præteritio non ab animo maligno & lædendi conſilio proficisceretur, ſed a ſolo errore facti ſatis probabili, ac facile excuſando; neque, juxta ſuperius dicta, circumſtantia cæterorum fratrum legatis gravatorum pateretur præſumtionem, quod mater filium illum, quem mortuum credebat, non fuiſſet legatis gravatura; ut proinde æquum etiam fuerit, parci teſtamento materno, eique tanquam injuriam nullam continenti, effectum plenum attribui; filio nempe ſic conſiderato; ac ſi non conqueſtus fuiſſet, ſed a matre inſtitutus: *nam* alioquin *cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet.* Hactenus Paulus, qui ſic explicatus, non pugnabit cum Papiniano, legatorum ſolutorum, tanquam indebitorum, condictionem dante, *l. 3.* junct. *l. 5. ff. de condict. indeb.* Nec his quæ de præterito per ignorantiam cæteris accreturo fratribus inſtitutis dicta, adverſatur, quod is qui ignoravit, ſe filium Titium habere, ſi *filiis* tutorem dederit, ſolis illis dediſſe videatur, quos ſciebat in poteſtate ſua eſſe, at non ei, quem ignorabat ſe habere, quia de ipſo non ſenſiſſet. *l. ſi quis ita 16. §. ſi quis, cum 3. & 4. ff. de teſtament. tut.* Etenim, quod præteritus per ignorantiam poſthumus, aut falſo rumore pro mortuo habitus filius, fratribus cæteris heredibus ſcriptis accreſcit, id ideo obtinuit, ne teſtamentum, quod non ex malo animo, aut lædendi propoſito, ſed ex facti probabilis ignorantia, etiam prudentiſſimos fallente, præteritione laborat, adeoque vere inofficioſum non erat, per querelam ſubverteretur, atque ita teſtator pœnam quandam ſubiret, qui contra pietatis officia nihil molitus erat. Contra vero, cum teſtamentum nulla ſui parte infirmaretur, etſi non omnibus ſed quibusdam tantum liberis tutores eo dati eſſent, ac proinde ceſſaret illa teſtamenti a reſciſſione vindicandi ratio, conſequens erat, ut ſecundum jus commune definiretur, tutorem ei datum non videri quem ſe habere teſtator ignorabat, ac de quo propterea nec ſenſiſſe intelligendus erat; præſertim, cum filio tali non omne deeſſet adjutorium, ſed abunde poſſet per legitimum dativumve tutorem proſpectum eſſe. Et hæc quidem de legatis in totum præſtandis etiam per illum poſthumum vel creditum falſo mortuum,

qui fratribus cæteris inſtitutis accreverat; ſi modo gravamen legati generaliter inſtitutis inveniatur impoſitum; nulla nominum propriorum enumeratioſe in legando facta: quippe quo caſu præteritus ex fictione juris conſideratur tanquam cum cæteris inſtitutus. Aliter tamen judicandum, ſi teſtator certam perſonam, vel unum ex pluribus liberi inſtitutis ſolum, legato gravaſſet: eo namque in caſu, cum ne cæteri quidem inſtituti ad legati præſtationem devincti ſint, abſurdum fuerit, poſthumum aut pro mortuo habitum videri gravatum talis legati parte: præcipue, quoniam expeditum eſt, duriorem non debere in dubio præſumi factam per parentes cauſam liberorum illorum, in quos nulla cadere potuit ingratitudinis cauſa, quales poſthumi, quam eorum, qui forte potuiſſent fuiſſe ingrati ex tali ingratitudinis ſpecie, quam parens indulgentior ad animum non revocavit. Solus ergo gravatus tunc legatum impleturus eſt: non tamen integrum, ſed pro rata ejus partis diminutum, quam præteritus iſti fratri gravato ex hereditaria ejus parte eſt ablaturus, dum ex jure accreſcendi pro inſtituto eſt habitus. Ita enim, ſi quis unum tantum ſibi ſucceſſurum credens, eundem legati præſtatione oneraverit, eique ignoranti inſuper alius ex jure prætorio aut aliter heres ſit, pro ea tantum parte, qua gravatus cum effectu heres eſt, legati partem ſolvet, pro altera parte, quæ ipſi per adjunctum coheredem detracta, neque ipſe neque coheres præter defuncti opinionem ſuccedens ad legati implementum adſtringetur, ſi individuum libertatis legatum excipiatur. *l. cum pater 77. §. cum exiſtimaret 29. ff. de legatis 2. l. pen. ff. de jure codicill.* Non obſtante *l. quidam 14. §. ult. ff. eod. tit.* quippe quæ, in quantum obeſſe poſſet, per ſubſequentem *l. 15.* mitigatur, ac mutatur.

18. Quoties autem per querelam reſciſſio inſtitutionis obtenta eſt, eo loco inſtitutus habendus erit, ac ſi hereditatem nunquam adiviſſet: ſic ut non tantum deſinat tum creditoribus hereditariis tum legatariis obligatus eſſe, ſed & reviviſcant ei & in eum jura omnia & actiones, quæ aditione fuerant extinctæ. *l. eum, qui 21. §. ult. ff. h. t.* & ſi quidem ſub conditione faciendi aliquid inſtitutus (veluti manumittendi) conditionem impleverit, æſtimationem conſequetur ſervi manumiſſi ab ipſo manumiſſo; rata manente libertate ob favorem ejus. *l. ſi ſub hac 26. ff. h. t.* aut facti æſtimationem ab eo, in cujus utilitatem factum ceſſit; ſi illud tale ſit, ut condici & pro infecto haberi

neque

nequeat: veluti si sub conditione reficiendi ædes alienas, vel præstandæ habitationis, institutus, refecerit eas, vel præstiterit habitationem, atque ita adiverit. arg. *l. si non sortem* 26. *§. libertus* 12. *l. in summa* 65. *§. sic habitatione 7. ff. de condict. indeb. d. l.* 26. *ff. h. t.* Plane si illa sit facti impleti natura, ut effectus ejus in irritum deduci possit, (ut puta, si conditio fidejubendi pro alio, aut cautionis interponendæ, sit apposita, & fidejusserit caveritve conditionis implendæ gratia) condictioni indebiti locum fore arbitror, ut vis cautionis aut fidejussionis evanescat. arg. *l. ult. ff. de constit. pecun. l. is, qui plus* 31. *ff. de condict. indeb. l. cum & soluta 3. C. eod. tit. l. si heres 5. §.* 1. *ff. de act. emti. l. si cum filius f. 2. §. aliud 3. & 4. ff. de donation. l.* 1. *ff. ut in posseff. legat. vel fideic. serv. causa.* junct. *l. ex his omnibus* 54. *ff. de condict. indeb.* Quod si legata ex eo præstiterit testamento, quamvis olim ea condicere potuerit ut indebita, si errore, non sciens inofficiosi vitium, ea præstitisset. *l. eum, qui* 21. *§.* 1. *ff. h. t.* sicut & victor eorum condictionem habuit. *l. Papinianus 8. §. si ex causa* 16. *ff. h. t. l.* 2. 3. 5. *ff. de condict. indeb.* jure tamen novo, ex quo obtinuit, solam infirmari institutionem, magis est, ut sive legatariis sive creditoribus hereditariis exsoluta, in restituenda victori hereditate deducat; cum iniquum videretur, repeti a creditoribus aut legatariis, qui suum sunt consecuti. arg. *l. de hereditate 5. C. de petit. hereditatis.* Si tamen nihil hereditarium possideat, vix dubitandum, quin habeat repetitionem. arg. *l. ult. in fine ff. de constit. pecun. l. si poenae* 19. *§. quamvis* 1. *l. in summa* 65. *§. ult. ff. de condict. indeb.* adde *tit. de condict. indeb. n.* 10.

19. Hi querelae jure intentatae effectus sunt; sed si quis testamentum inofficiosum improbe dixerit, atque ita succubuerit, perdit legata aut fideicommissa testamento data, quae fisco cedunt, tamquam indigno ablata. *l. Papinianus 8. §. meminisse* 14. *ff. h. t.* nisi querelam pro alio, velut pupillo, movisset ex officii impositi necessitate. *§. pen. Inst. h. t. l. tutorem 22. ff. de his quae ut indignis. l. adversus* 30. *§.* 1. *ff. h. t.* adde *l. filius* 22. *§. & quaerebatur* 1. *& seqq. ff. h. t.* Et licet hodie indignis ablata fisco cedere haud solcant; qui tamen non minus nunc est, quam quondam fuit, odium eorum, qui indignos sese reddiderunt, ut dicetur *tit. de his quae ut indignis.* vix est, ut hac in parte jus Romanum mutatum, & legatario, si inofficiosi accusatione agens victus sit, persecutio legati concedenda videa-

tur: maxime, ſi calumnioſa accuſatio appareat; nam ſi probabilis admodum litigandi cauſa eſſet, non magis huic ſuccumbenti deneganda videretur legati petitio, quam illis, quibus teſtator in ſuo teſtamento per modum pœnæ comminatus eſt relictorum ademtionem, ſi judicium ejus aliqua in parte impugnaſſent, quoties de cætero illi probabilem habuerint diſputandi cauſam. Vide Brunnemannum ad *d. l. 8. §. 14. ff. h. t. n. 32. & ſeqq.* Groenewegen *ad l. 6. C. ad leg. Corn. de falſis.* & quæ dicam *tit. de ademt. legat.*

20. Variis autem in caſibus querela ceſſat; veluti, ſi quis alio jure poſſit ad hereditatem venire. *§. tam autem 2. Inſt. h. t.* eo quod odioſum eſt hoc remedium, atque inde etiam *ultimum adjutorium* dicitur, *l. ult. in med. C. de liberis praeteritis.* nili alterum remedium etiam tendat ad reſciſſionem teſtamenti. *l. Papinianus 8. §. ſi quis & 12. ff. h. t.* vel pinguius ſit querelæ remedium: unde & patri emancipatori electio datur, an per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, an magis per querelam velit ad luctuoſam filii pervenire hereditatem. *l. 1. §. ult. ff. ſi aparente quis manumiſſus ſit.* Lapſo quoque quinquennio, non a mortis ſed aditæ hereditatis tempore computando querela ceſſat. *l. ſi quis filium 34. in fine. l. pen. §. illud praeterea 2. C. h. t. l. Papinianus 8. §. ſi conditioni 10. ff. h. t.* Cum enim exheredatio, teſtamanto facta, demum aditione confirmetur, invalida futura, ſi inſtitutus adire noluerit aut non potuerit. *l. filium 20. ff. de bonor. poſſ. contra tab.* & querela contra heredem inſtitutum movenda ſit; nemo autem ante aditionem re ipſa heres dici queat, atque adeo neque exheredatus agere, neque inſtitutus conveniri ante aditionem poſſit; iniquum fuerit, agere necdum valenti præſcriptionem incipere nocere. Unde &, ſi de valore teſtamenti quæſtio ſit, dum illud ſolennibus deſtitutum contenditur; vel Titio inſtituto, duo Titii ſinguli ex ea ſcriptura ſibi ſolidam vindicent hereditatem; incipiet demum currere quinquennium, ex quo lis illa prior deciſa fuerit. *l. contra majores 16. C. h. t* Sed ne inſtituti conſulto necterent adeundi moras, querelæ eludendæ aut protelandæ cauſa, injunctum iis fuit, ut in eadem quidem conſtituti provincia intra ſex menſes, in alia vero intra annale ſpatium a morte teſtatoris numerandum, ſuam de adeunda hereditate vel repudianda mentem exponant, ad id officio judicis adigendi. *d. l. pen. §. illud 2. C. h. t.* Non tamen minoribus currit hoc quinquennii tempus,

adeo

adeo ut, quia integra ipſis ſervatur cauſa ſua, reſtitutio in integrum, ſeu redintegratio cauſæ, neceſſaria non ſit. *l. adoleſcentiae 2. C. in quib. cauſſ. reſtit. in integr. neceſſ. non eſt* Et quin majorennibus ex magna quoque & juſta cauſa, mediante in integrum reſtitutione, ſuccurri poſſit adverſus quinquennii lapſum, dubitare non ſinit Ulpianus in *d. l. Papinianus 8. §. ult. ff. h. t.*

21. Querelæ inſuper locus non eſt de jure Romano, ſi pater jure patriæ poteſtatis filio ſuo impuberi ſubſtituens pupillariter extraneum, pupilli matrem ſilentio præterierit; eo quod non pupillus ſed pater tale teſtamentum fecit, nec tenebatur uxorem ſuam teſtamento vocare. *l. Papinianus 8. §. ſed nec 5. ff. h. t.* uti nec, ſi militis teſtamentum ſit. *l. de inofficioſo 9. C. h. t.* Fachinæus *controv. libr. 6. cap. 74.* aut tantum de caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi peculio conditum fuerit. *l. teſtamentum 24. l. ult. §. 1. C. h. t.* & teſtator ad mortem usque filiusfamilias remanſerit; nam ſi ante mortem ſui juris factus eſſet, querelæ locus foret, ceſſante jam peculii caſtrenſis & quaſi caſtrenſis natura, nomine, & a rebus cæteris diſtinctione. *d. l. Papinianus 8 §. Papinianus 3. & 4. ff. h. t.* Sed vix eſt, ut hæc noſtro jure hodierno admittantur, tum propter ceſſantem illam peculiarem patriam poteſtatem, cui innitebatur de jure Romano ſingularis illa ſubſtitutio pupillaris; tum quia in ipſis quoque militum teſtamentis pietatis officia haud videntur aut negligenda aut remittenda. Groenewegen *ad l. 9. & ult. C. h. t.* Paulus Voet *ad §. ult. Inſtit. h. t. n. ult. in pr.* Simon van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n.* 30.

22. Ceſſat quoque querela, ſi quis juſte exheredatus ſit; veluti ſi bona mente id factum fuerit absque propoſito lædendi; in quantum multi non notæ cauſa ſuos exheredabant filios, nec ut obeſſent eis, ſed magis ut conſulerent, (ut puta impuberibus ob metum inſidiarum) eisque fideicommiſſam hereditatem dabant. Quemadmodum & filios prodigos, aut æris alieni mole gravatos, a ſua excludebant hereditate, inſtitutis nepotibus per eos progenitis, addita cauſa neceſſitateque judicii ſui, & legata ipſis prodigis aut obæratis ea quantitate, quæ poſſit alimentis eorum ſufficere. *l. pen. §. potuit 2. ff. de curat. furioſ. l. multi 18. ff. de liberis & poſthum. l. ſi patronus 12. §. ſi quis non 2. ff. de bonis libert. l. in fideicommiſſi 3. §. cum Pollidius 3. ff. de uſuris.* Sande *deciſ. Friſic. lib. 4. tit. 2. defin. 3.* Mantica *de conject. ult. vol. lib. 4. tit. 13. n. 13. & ſeqq.* Carpzovius *defin. for. part.*

3. *conſit. 9. defin.* 11. Merenda *controv. lib. 4. cap.* 25. Chaſſenæus *ad conſuet. Burgund. rubr. 7. §.* 2. verb. *niſi ob aliquas, n.* 12. Jul. Clarus §. *teſtamentum quaeſt.* 41. *n. 7.* Charondas *reſolutions des queſtions part. 3. tit.* 23. *in fine* Leeuwen *cenſ. forenſ. part.* 1. *lib. 3. cap. 4. n.* 18. 19. Paulus Voet *ad §. ult. Inſt. ht. n. 5.* Nec eſt quod quis hoc caſu querelam filio crediderit accommodandam, quaſi exheredatio talis bona mente facta filio non noceret. *d. l. ſi patronus* 12. §. *ſi quis non 2. ff. de bonis libert.* cum ſenſus ſit, exheredationem illam filio non obeſſe, quo minus a patre ad ipſum devolvantur jura patronatus, atque adeo ipſe in bona liberti a parente manumiſſi ſuccedat, ut ex contextu *d. l.* 12. *in pr.* & *l. Paulus 47. ff. eod. tit.* apparet. Si tamen cauſa illa, ob quam exheredatio bona mente contigerat, ceſſaverit, veluti, ſi prodigus ad mores meliores, furioſus ad ſanam mentem redierit, aut ære alieno gravatus in partem cum ſuis ſit pactus creditoribus, aliterve ſatisfecerit, non improbabilem exiſtimem ſententiam opinantium, his eo caſu non eſſe deneganda legum beneficia, juxta tritum illud, ceſſante cauſa finali ceſſat effectus, de quo Everhardus *in topicis, loco, a ceſſatione rationis 80.* Auguſt. Barboſa *axiomat. juris uſufreq. 40. n. 4. et ſeqq.* Tyraquellus *tractat. ceſſante cauſa ceſſat effectus.* Cum enim pater in caſum ceſſantis illius cauſæ non proſpexerit ſuo filio, inficias iri nequit, quin, eo caſu exiſtente, inofficioſum ſit teſtamentum & injurium in filium, non ut oportet inſtitutum. Cui conſequens eſt, ut ſtatuamus, ſuperfuturam ſaltem filio tali actionem ad plenam legitimæ proprietatem conſequendam; reliqua hereditatis parte penes nepotes inſtitutos remanente. Cum enim aliquid hoc caſu filio relictum ſit, puta alimenta, atque ita videri nequeat in univerſum præteritus, actioni magis ad ſupplementum quam querelæ locus dandus. Vide Reſponſ. Jurisc. Holl. *part.* 1. *conſil.* 178. Jul. Clarum §. *teſtamentum quaeſt.* 41. *n. 7.*

23. Præcipue autem juſte exheredati cenſendi ſunt, quoties ex ſatis gravi & vera ingratitudinis cauſa, teſtamento inſerta, & per heredem probata, ab hereditate ſuerunt excluſi. Si quid horum prætermiſſum fuerit, dum vel cauſa inſerta non eſt, ſed tantum allegata per heredem & probata; vel allegata quidem, ſed non ſatis gravis ac juſta; vel denique expreſſa quidem, quæ ſatis gravis legislatoribus viſa eſt, ſed in cujus

pro-

probatione defecit heres, querelæ locus erit; ſic ut legata quidem firma maneant, ſed inſtitutio ſecundum ante dicta infirmetur. Erroneum namque eſt, nullum iis in caſibus fore teſtamentum; quippe quod, uti nulla lege novella cautum eſt, ita manifeſte ſatis redarguitur in ipſa *novell.* 115. *cap.* 3. *in fine et cap.* 4. *in fine.* Cum enim in princ. d. cap. 3. præſcripta eſſet exheredandi forma, ſecundum quam & cauſa ſufficiens adjici, & per heredem probari jubebatur, concludendo Imp. in fine cap. 3. ait, *ſi autem haec obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, ſed quantum ad inſtitutionem heredum pertinet, teſtamento evacuato, etc. ſi vero contigerit, in quibusdam talibus teſtamentis quaedam legata, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula conceſſa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri*: quæ ipſa *cap.* 4. in fine repetita occurrunt. Et ſane, ni ita ſentiamus, neceſſe fuerit, ut ingentem juris veteris partem dicamus abrogatam, cujus tamen abrogationis nulla jure novo mentio eſt. Sic enim fieret, ut prope totam querelam tolleremus, vix ullo in caſu admittendam; ut tacitam omnem reprobaremus exheredationem præteritione materna comprehenſam; ut nullum bonorum poſſeſſioni contra tabulas locum relinqueremus, de quibus Vinnius *ſelect. quaeſtion. lib.* 2. *cap.* 21. Neque hisce adverſatur, quod paria ſunt in jure, aliquid non fieri, & non rite fieri, *l. quoties* 6. *ff. qui ſatis. cog.* quodque exheredatio non recte facta præteritionis loco ſit, ſic ut filius emancipatus non rite exheredatus habeat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non exheredatis ſed præteritis accommodatam. *l. non putavit.* 8. *§. non quaevis* 2. *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* Quamvis enim verum ſit, id ita receptum fuiſſe jure antiquo, ſecundum quod omnia per querelam ſubvertebantur teſtamento diſpoſita, & parum intererat, nullum eſſet teſtamentum, an per inofficioſi accuſationem infirmaretur: jure tamen novo, quo in pluribus circa inofficioſa teſtamenta mutatio contigit, hoc quoque innovatum eſt juxta verba novellæ 115. ante adducta. Præterquam quod, ſecundum ſuperius expoſita, nihil nunc apud nos inter præteritionem paternam maternamque intereſt, & utraque tacitam continere cenſetur exheredationem. Vide Vinnium *ſelect. quaeſt. libr.* 2. *cap.* 21. *& alios ibid. citatos.* Gudelinum *de jure noviſſ. lib.* 2. *cap.* 4. *verſu, alterum,* ſeu *num.* 6. *& ſeqq.* Fachineum *controverſiar. lib.* 4, *cap.* 9. Donellum *ad auth. ex cauſa C*

de liberis praeteritis n. 6. Vigelium *ad rubric. Inſtit. de inoffic. teſtam. n. 3. 4.* Zoeſium *ad tit. ff. de liberis & poſthum. n. 10. 11.*

24. Juſtæ vero exheredationis cauſæ, ob quas liberi a parentibus exheredari poſſunt, recenſentur quatuordecim. *novell. 115. cap. 3.* Octo tantum, propter quas parentes. *novell. 115. cap. 4.* Adde Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. c. 18. n. 19. 20. 23.* Franciſcum de Barry *de ſucceſſionibus lib. 10. tit. 4. 5.* pauciores merito, quia multa parentibus in liberos per leges ſunt licita, quæ ſi liberi in parentes committerent, pœnam mererentur. In fratribus tres, puta ſi ingrati, dum mortem fratri aut criminalem inſcriptionem inducere, aut ſubſtantiæ inferre jacturam properarunt. *novell. 22. cap. & quoniam 47.* ſi infames ſint. arg. *l. in arenam 11. C. h. t.* aut ſervus inſtitutus fuerit heres neceſſarius. *l. fratres 27. C. h. t.* Adde Barry *d. lib. 10. tit. 6.* Quæ tamen omnes cauſæ, in d. ll. enumeratæ, ſimiles aut graviores alias non excludunt. Cum enim non omnes & ſinguli caſus in legibus comprehendi poſſint, ſine diſtinctione, cujus generis leges ſint; *l. non poſſunt 12. ff. de legibus*, & novas quotidie formas edere natura deproperet, ut loquitur Imp. *in l. 2. §. ſed quia 18. C. de veteri jure enucl.* atque adeo, ubi ſententia legis in uno aut altero manifeſta eſt, is, qui jurisdictioni præeſt, ad ſimilia procedere atque ita jus dicere debeat, *d. l. 12. l. 13. ff. de legib.* neceſſe profecto fuerit, ut novellæ, cauſas exheredationis continenti, naturam, vim, effectumque legis denegemus, niſi ad ſimilia admittamus productionem. Unde & in graviſſimo parricidii crimine, cum lex Pompeja varios recenſuiſſet, in quos parricidium committeretur, in *l. 1. ff. ad leg. Pomp. de parricid.* Jurisconſultus Marcianus in *l. 3. ff. eod. tit.* ſcripſit, *ſciendum eſſe, lege Pompeja de conſobrino comprehendi; ſed non etiam eos pariter complecti, qui pari propiorive gradu ſunt; ſed & novercae & ſponſae perſonae omiſſae ſunt; ſententia tamen legis continentur*: quaſi diceret, licet in lege Pompeja tantum conſobrinorum mentio fiat, & non patruelium, aliorumque, qui pari aut propiore gradu ſunt, quam illi, qui in ipſa lege ſunt enarrati, adeoque hi verbis legis non contineantur, uti nec novercæ ſponſæve; tamen ſententia legis comprehenſi ſunt, perinde ac ſi expreſſi eſſent. Et fruſtra ſunt, qui, dum odioſa non eſſe extendenda obtinuit, hanc exheredationem juſtis ex cauſis factam odioſam arbitrantur; niſi pari ratione pœnas omnes odioſas putent fontibus decernendas,

das, quas certe maleficis imponi magna publicæ utilitatis ratio suadet. *l. si a reo 10. §. ult. ff. de fidejussor. & mandatorib.* junct. *l. eum qui nocentem 18. ff. de injuriis*, quasque, posita delicti similitudine, etiam locum invenire, indubium est. Confer. Ant. Matthæum *paroemia 6. n. 8. in med.* Favorabilibus quidem negotiis, benigna interpretatione præter strictam juris rationem juvandis ac conservandis, annumerari non oportere exheredationem, uti quidem juvatur institutio, Scævola & Paulus ajunt *l. cum quidam 19. ff. de liberis & posthumis.* Sed nulla sequela est, eam ergo odiosam esse eo sensu, ut ad similia non pateretur extensionem. Quin potius iis accensenda, quæ generalis justitiæ fundamentis suffulta nec favorem peculiarem nec odium proprie loquendo singulare merentur. Pœnarum scilicet naturam habet, imo ingratitudinis commissæ pœna est. Unde &, si duo judices in quæstione inofficiosi pro instituto herede stent, duo pro exheredato, rata est sententia in hoc dubio, quæ pro instituto est, adversus exheredatum, atque ita tenet exheredatio. *l. si pars 10. ff. h. t.* quod admittendum haud fuisset, si in odiosorum classem Romani exheredationem credidissent referendam. Neque hæc ad causas similes aut graviores extensio vetatur per *d. nov.* 115. *cap. 3. in pr.* Quod enim illic Imp. ait, se causas ingratitudinis in diversis legibus dispersas, & non aperte declaratas *nominatim praesenti lege comprehendisse, ut praeter illas nulli liceat ex alia lege causas ingratitudinis opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur;* id non alio sensu dictum, quam, quod noluerit causas legibus anterioribus expressas, & non satis dignas ad ingratitudinem visas, allegari ex illis *aliis legibus* anterioribus, sed tantum eas, quæ inde in hanc constitutionem translatæ erant, aut cum anterioribus legibus fuissent prætermissæ, nunc in hac lege exprimebantur; non ad exclusionem similium aut graviorum, sed leviorum ac minus dignarum; gravioribus scilicet aut similibus causis mente legis, quæ verbis potior, comprehensis; dum scire leges non est verba tenere, sed vim ac potestatem, ac ea lege contineri creduntur, quæ ex ejus ratione ac sententia descendunt. *l. scire 17. l. contra legem 29. l. 30. ff. de legibus.* Et quis, obsecro, justum censuerit, exheredari filium, qui novercæ aut concubinæ patris sese miscuerit. *nov.* 115. *cap. 3. §. si novercae 6.* si dignus exheredatione non habeatur, qui vivo patre matrem propriam nefaria vio-

laverit conjunctione; cum tamen altum ſit ejus in cauſarum enarratione ſilentium? Aut quis non abſurdum arbitretur, excludi ab hereditate velut indignum, qui captum ab hoſtibus parentem non redemerit, aut carceri incluſum in ſuam non receperit fidejuſſionem. *nov.* 115. *cap. 3. §. ſi quemlibet. 8. & §. ſi unum 13.* ſi exheredari a patre nequeat, qui patrem ipſe aut publicis curavit mancipari carceribus, aut privato carcere ſcelerate detinuit: quod tamen cauſarum ſerie non comprehenſum. Quis denique cum ratione probaverit, filium patremve patriæ proditorem ac ad patriam delendam venientem occidi impune & cum præmio poſſe a patre vel filio, *l. minime 35. ff. de religioſis*, exheredari non poſſe, quia id novella 115. expreſſum non eſt? Aliam ſane Juſtiniano fuiſſe mentem, ipſe ſatis indigitat, dum in *d. nov.* 115. *cap. 3. §. vel vitae 5.* modos omnes inſidiarum vitæ ſtruendarum aſſequi aut enumerare non valens, ait; ſi vitæ parentum ſuorum *per venenum*, *aut alio modo* inſidiari tentaverit. Quæ enim, obſecro, manifeſtior eſſe poteſt ad ſimilia extenſio, quam quæ iſta oratione indefinita *aut alio modo*, eſt comprehenſa. Gomezius *variar. reſolut. tom.* 1. *cap.* 11. *num. 12. 13.* Fachineus *controverſ. lib. 6. cap. 78.* Menochius *de arbitr. jud. lib. 2. cent. 3. caſu 267. n. 6.* Beſoldus *delibat. juris ad Pand. lib. 5. quaeſt. 26.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. c. 18. n. 20.* Gudelinus *de jure noviſſ. lib. 2. cap. 8. in med.* verſ. *notandum*, ſeu *n. 5.* Jul. Clarus *§. teſtamentum, quaeſt. 41. n. 2.* Et hæc ita, ſi modo cauſæ ſimiles aut graviores ſint, quibus parentes læduntur: neque enim ſufficit ad exheredationem, quod grave crimen in extraneum commiſſum ſit, dum inceſtus, dum homicidium, aut aliud ſimile crimen nefarium fuit perpetratum; cum talibus non exheredatio, ſed aliæ pœnæ legitimæ propoſitæ inveniantur. Struvius *ad Pand. exercit. 32. n. 33.*

25. Inter cauſas juſtas numeratur & hæreſis *d. nov.* 115. *cap 3. §. ſi quis de 14.* Sed cum religio flecti magis ac duci perſuaſionibus, quam pœnarum atrocitate cogi debeat, & nulla odia graviora ſint, quam ex diverſitate opinionum de ſacris nata; prudenter ſuperiori & hoc ſeculo cautum, non eſſe odia hæc ad rei familiaris diſpendium producenda, adeoque diſſenſum religionis juſtam non eſſe exheredandi cauſam, & nullas eſſe ex eo capite excluſiones a ſucceſſione. *Pacificat. Gandenſis 8. Novemb. 1576. art. 22.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl.*

Holl. lib. 2. cap. 24. n. 21. 22. Quod & in Germania receptum; probatis illic simul tribus publicis religionibus. Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib. 5. quaest. 27.* Carpzovius *definit. forens. part. 3. constit. 14. def. 10.* Rittershusius *ad novell. part. 6. cap. 3. n. 14. 15.* Quin imo constitutum tum ab Hollandiæ, tum a Belgii fœderati Ordinibus, ne parentes Pontificii liberis reformatæ religionis minus relinquant sive institutione, sive legato, sive donatione, quam ei ex liberis Pontificiis, cui maximam dederunt portionem; &, si minus datum, id suppleatur ex bonis parentum inter coheredes necdum divisis, *placit. Ord. Holl. 4. Maji 1655. vol. 1. p. 1592. Placito Ordin. Generalium 14. Octob. 1655. vol. 2. p. 2419.* Adde *l. heretici 13. C. de hereticis.* & Sim. van Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 24.* ubi de filiis Judæis & Atheis agit.

26. Causis quoque justis annumeratum, si parenti volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare, ac dotem præstare congruam, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit, aut nuptias sine parentum consensu contraxerit: non vero, si, cum usque ad vigesimum quintum ætatis annum neglexissent parentes eam viro copulare, ex eo tempore illa vel sine parentum consensu nuptias contraxisset, vel in proprium corpus peccasset. *novell.* 115. *cap. 3. §. si alicui* 11. Circa quam tamen causam nunc penes nos id magis observatur, ut, si annis viginti minor, aut generaliter filius & filia ejus ætatis sint, ut necdum sine parentum consensu nuptias recte contrahant, jure exheredes fiant, si sine parentum consensu nuptias de facto contraxerint. Hugo Grotius *lib. 2. manuduct. ad jurisprud. Holl. c. 18. n. 21.* Zypæus *not. jur. Belg. lib. 5. pr. tit. de sponsalibus* vers. *pos. sunt hujusmodi.* Grœnewegen *ad l. si filiam 19. C. h. t.* Brouwer *de jure connubiorum lib. 2. cap. 24. n. 36.* Quid penes alios hac in quæstione obtineat, tradunt, conferendi porro, Franciscus de Barry *de successionibus lib. 10. tit. 4. n. 12. 13.* Christinæus *vol. 1. decis. 325.* Mævius *ad jus Lubecens. lib. 1. tit. 4. art. 2. n. 18.* Barbosa *ad l. 1. ff soluto matrimon. part. 4. n. 34. & seqq.* Gudelinus *de jure noviss. lib. 2. cap. 8.* vers. *quaestio est*, seu *n. 6.* Fachineus *controvers. libr. 3. cap. 44.* Struvius *ad Pand. exercit. 32. n. 34.* Majorennes plane liberi, & generaliter omnes illi, quibus sine parentum consensu leges aut mores permiserunt nuptias contrahere (*vide tit. de ritu nupt.*) non censentur justam præbere parentibus exheredandi causam, si sine eorum consensu

ſenſu nuptias contraxerint, quoties parentes nullam habent juſtam diſſentiendi cauſam. Neque enim æquum, ut lex permitteret, coerceri liberos ob ea, quæ lege permittente fuerant geſta; nec, quod legitime factum eſt, pœnam meretur. arg. *l. Gracchus 4. C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. ff. quod quisque juris in alterum ſtatuerit. l. furti 6. §. pactusve 3. in fine ff. de his qui not. infam. l. 1. §. ult. l. 2. ff. ne quis eum qui in jus voc. vi eximat.* Grœnewegen *ad d. l. 19. C. h. t. n. ult.* Abrah. a Weſel *ad novell. conſtit. Ultrajectin. art. 14. n. 81. & ſeqq.* Zypæus *notit. juris Belgici lib. 5. in pr. tit. de ſponſalibus*, verſ. *non comprehenduntur.* Si tamen poſt eam ætatem, parentibus invitis, ſe adeo turpi & ignominioſæ perſonæ junxerint matrimonii vinculo, ut dedecori ſit tam ipſis, quam parentibus, talem familiæ ſociari; jure ſuo uti quin poſſint parentes, ac in talem vibrare fulmen exheredationis, haud putem dubitandum. *l. non tantum 3. §. ſi emancipatus 5. ff. de bonor. poſſ. contr. tab. nov.* 115. *cap. 3. §. ſi alicui ex* 11. verbis, *marito ſe, libero tamen conjungere.* Gudelinus *de jure noviſſ. lib. 2. cap. 8. in fine.* Barry *de ſucceſſion. lib. 10. tit. 4. n. 11.* Ant. Faber *Cod. lib. 5. tit. 2. defin. 2.* Andr. Gayl *lib. 2. obſ. 93. n. 17. & ſeqq.* Multoque magis id obtinebit, ſi puella, aut, quod pejus, ſi nupta, ætatis cujuscunque luxurioſam ac turpem vitam agat, in proprium corpus peccando: abrogata hactenus diſpoſitione *d. nov.* 115. *cap. 3. §.* 11. & reducto jure Codicis, generaliter ob turpem filiæ vitam parentibus indulgente exheredandi poteſtatem: ſublata ſcilicet ratione diſtinctionis inter minorennes majorennesque filias, propter mutatum filiarum elocandarum ac procandi morem. Grœnewegen *ad d. l. 19. C. h. t. n. 3. & 4.* Fr. de Barry *de ſucceſſion. libr.* 10. *tit. 4. n.* 11. Brouwer *de jure connub. lib. 2. cap. 24. n. 34.* Neque hic ea tantum in proprium corpus peccaſſe aut turpiter vivere credenda eſt, quæ publice in lupanari proſtituta eam artem profitetur; ut inepte cenſet Simon van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 22.* ſed omnis ea, quæ vel ab uno, ſive pretio corrupta, ſive prece atque blanditiis turpiter exorata, corrumpi ſe paſſa eſt: ſi modo manifeſtæ pollutæ caſtitatis probationes ex partus editione, uteri geſtatione, ſimilibusque, in promptu ſint. Per quæ luctum acerbiſſimum honeſtis parentibus, familiæ dedecus, ipſis denique peccantibus æternum opprobrium conciliari conſtat.

27. Quæ-

27. Quibus autem in casibus ipsos liberos, invitis parentibus ineuntes matrimonium, exheredari posse obtinuit; ad nepotes tamen ex tali matrimonio (suppositio, quod nullum non fuerit) legitime natos licentia exheredandi haud videtur extendenda, quoties, parente intermedio defuncto, avo superstite, proximum inceperint in jure successionis locum obtinere: cum potius generaliter definiendum sit, ob nullum omnino ingratitudinis causam, a parente intermedio prædefuncto commissam, nepotes exheredari posse. Iniquum enim judicatum fuit alieno odio alium prægravari, & exheredationis pœnam subire ex alieno facto eum, qui testatorem nunquam offendit. *l. si quis in suo 33. in fine C. h. t.* fas quidem esse, ex suo admisso sorti ac poenæ quemque subjici; iniustum vero, filium vel extraneum paterni aut alieni criminis constitui successorem. *l. crimen 26. ff de pœnis.* neque minus judicem considerare oportere nepotum ipsorum benemerita, quam filii intermedii crimina, morte ejusdem extincta. *l. non tantum 3. §. si emancipatus 5. in fine ff. de bonor. possess. contra tabulas.* Qua etiam de causa rescriptum, nepoti non obfuturum, quo minus ad liberti aviti hereditatem veniat, quod pater intermedius eundem libertum capitis accusans sese videretur reddidisse indignum successione. *l. divi fratres 17. pr. & §. 1. ff. de jure patronatus.* Johan. Papon *lib. 20. tit. 1. arrest. 6. & ibi notata.* Ann. Robertus *rer. judicatar. lib. 2. cap. 9.* Brunnemannus *ad d. l. 3. §. 5. ff. de bonor. possess. contra tabulas.* Charondas *lib. 7. responsa. cap. 105.* Neque assentiendum Cujacio, qui *lib. 3. observat. 5.* in contrariam censuit eundum sententiam, ac jure nepotes ex nuptiis supradictis conceptos exheredari, motus verbis Ulpiani *in d. l. non tantum 3. §. si emancipatus 5. ff. de bonor. possess. contra tab.* Cum enim id adeo manifestis refragetur juris rationibus in contrarium jam adductis, ac luculentius per Annæum Robertum *d. loco* firmatis, quin & ipsis Ulpiani fundamentis, in *d. l. Divi fratres 17. ff. de jure patronatus*, traditis; est prope, ut mihi persuadeam, non sine mendo esse vulgatam *d. l. 3. §. 5.* lectionem, & addendam ei particulam *nec*, adeoque scripsisse Ulpianum; *nam etsi tam ignominiosam duxerit uxorem filius, ut dedecori sit tam ipsi quam patri, mulierem talem habere, dicemus, & ex ea natum ad bonorum possessionem avi admitti: cum nec posset avus jure suo uti eumque exheredare: nec enim minus in hoc nepote is, qui de inofficioso cogni-*

cogniturus eſt, merita nepotis, quam patris ejus delicta perpendet. Etenim totus in eo JCtus eſt, ut definiat, nepotem, ex matrimonio filii emancipati ſine conſenſu patris contracto natum, admitti debere ad poſſeſſionem bonorum avi; illudque etiam ad eum producit caſum, quo filius ignominiosam duxit invito patre uxorem: contendens, ex tali quoque conjunctione natum ab avita bonorum poſſeſſione non debere repelli; addita ratione, quod nec avus jure ſuo uti poſſit, quod alioquin aſcendentibus datum eſt de liberis ſuis ex juſta cauſa exheredandis; cum nulla hic cauſa talis inveniatur: licet enim deliquerit filius intermedius, ac ſeſe præbuerit exheredatione dignum; tamen ob id juſtam non eſſe nepotis exheredationem, ſed hunc mediante inofficioſi querela impetraturum aviti teſtamenti tanquam inofficioſi reſciſſionem: judicem enim, qui de inofficioſo cogniturus eſt, non minus in nepote merita nepotis, quam patris ejus delicta perpenſurum; atque adeo neceſſitate juris contra teſtamentum judicaturum; eo quod ſua quidem cuique merita prodeſſe debent, nulli vero delicta aliena nocere. Eoque facit *l. emancipatum 7. §. ult. ff. de bonis libertorum.* Quæ omnia pro d. legis emendatione facientia, ſi cui diſpliceant, reſponderi ſecundo poteſt, jure quidem veteri inter cauſas exheredandi numeratam & eam fuiſſe, ſi nepos ex ea nuru natus eſſet, quæ & marito & ſocero dedecori erat: ſed novellarum jure abrogatum fuiſſe illud Ulpiani reſponſum, dum inter juſtas exheredationis cauſas in *nov. 115. cap. 3.* hæc recenſita non fuit, adeoque viſa non digna ad exheredationem. Fachineus *controv. lib. 3. cap. 44.* D. Joh. a Someren *de repraeſentatione cap. 1. ſect. 1. n. 4.*

28. Adhæc inter exheredandi cauſas occurrit, ſi filius parentibus *gravem & inhoneſtam injuriam intulerit. novell. 115. cap. 3.* §. 2. quod de verbalibus potiſſimum injuriis, maledictis, atque conviciis atrocioribus, intelligendum exiſtimo; tum, quia generaliter indignus hereditate judicatur, quisque palam & aperte teſtatori maledixerit, & infauſtas voces adverſus eum jactaverit. *l. ſi inimicitiae 9. §. 1. ff. de his, quae ut indignis.* tum, quia reales, veluti manuum violentarium illationes, ac vitæ inſidiæ, in aliis *d. cap. 3.* partibus inveniuntur enarratæ, §. 1. *et 5.* tum denique, quia & alibi impiarum manuum illationem ac contumeliarum ingeſtionem in parentes, in eo videmus exæquatam, quod præfectus urbi utramque tan-

tanquam delictum ad publicam pertinens pietatem jubeatur vindicare, *l.* 1. §. *fi filius 2. ff. de obſequiis parent. et patrono praeſtandis.* Jul. Clarus *recept. ſent.* §. *teſtamentum quaeſt. 41. n. 3.* Franciſc. de Barry *de ſucceſſionib. lib. 10. tit. 4. num. 2.* Graſſus *recept. ſent.* §. *teſtamentum quaeſt. 42. n. 8.*

29. Quod ſi plures teſtator exheredationis cauſas expreſſerit, & in quarumdam probatione defecerit inſtitutus, ac vel unius tantum veritatem monſtraverit, ratum manebit eſt teſtamentum: cum ſingulæ per ſe ſine aliarum adminiculo perfectæ & ſufficientes ſint adfaciendam ab hereditate excluſionem. *novell.* 115. *cap.* 3. *in fin.* Sic enim & tutor, plures habens excuſationis cauſas, ſi quasdam non probauerit, probata alia, a tutela dimittendus eſt. §. *qui autem.* 16. *Inſtitut. de excuſ. tutor.* Mich. Graſſus *recept. ſent.* §. *teſtamentum quaeſt.* 41. *n. 6.* Rittershuſius *ad novell. part. 6. cap. 3. n. 24. 25.*

30. An vero ſola ingrati pœnitentia, vivo teſtatore contingens, faciat ceſſare exheredationem, ſic ut & quæ jam interceſſit vires perdat, & quæ necdum facta, fieri in poſterum jure non poſſit, dubitatum eſt. Sunt qui pœnitentia omne aboleri ingratitudinis crimen, exheredationem impediri, aut factam vivo teſtatore infirmari, arbitrantur. Sunt, quibus placet, diſtinguendum eſſe, utrum cauſa ingratitudinis talis ſit, quæ teſtatoris offenſam primario reſpicit, velut, atrox injuria, impiæ manus, vitæ inſidiæ; an vero ad ipſius ingrati infamiam ac turpitudinem ſpectet principaliter, dum mimis ſeſe ſociavit, aut luxurioſam puella vitam eligendo in ſuum corpus peccavit. Priore caſu ſola pœnitentia ingratitudinem haud aboleri: poſteriori evaneſcere vitæ morumque emendatione. Fachineus *controv. lib. 6. cap. 80.* Barry *de ſucceſſionibus lib. 10. tit. 4. num. 25.* Graſſus *recept. ſent.* §. *teſtamentum quaeſt. 42. num. 9. 10.* Sed vix eſt, ut aut priorem aut hanc diſtinguentium ſententiam admiſeris; &, ſi certiorem libet rationem ſequi, vero propius erit, nullas omnino cauſas ingratitudinis, adeoque nec ipſum exheredandi jus, ſola ingrati pœnitentia tolli; tum quia omnes una ſerie recenſentur promiſcue & ſibi invicem permixtæ, tam quæ ad teſtatoris offenſam, quam quæ ad ingrati infamiam primario pertinent; tum quia nonnullæ æque teſtatoris læſionem atque exheredati fœditatem continent, dum ſeſe filius novercæ miſcuit aut patris concubinæ; tum denique, quia illata injuria pœnitentia ſola non aboletur, neque pœna evita-

evitatur, neque quisquam in gravioribus pœnitendo nocens esse desinit. arg. *l. pen. ff. de vi honor. rapt. l. qui ea mente 65. ff. de furtis. l. 1. §. si rem 25 ff. depositi. l. quis sit fugitivus 17. §. Cœlius 1. ff. de ædilit. edict.* Nihil in contrarium faciente eo, quod leges subinde ex pœnitentia remissionem pœnæ concedant. *l. item 14. §. si quis 1. ff quod metus causa. l. quamvis 11. ff. de in jus vocant. l. hoc edicto 5. ff. de publican. & vectigal.* cum in d. ll. sint tantum casus singulares, excepti ab illa regula, qua nemo ex pœnitentia dicebatur desinere nocens esse, præsertim in gravioribus, uti notat Gothofredus *ad d. l. 65. ff. de furtis.* & in jus vocatio parentis sine venia, non tam atrox visa fuerit injuria esse, ut inter causas exheredationis numeraretur. Sed nec patrocinium adversæ sententiæ præbet, quod mulieres scenicæ, si derelicta mala & inhonesta conversatione, commodiorem vitam amplexæ fuerint, honestatique sedederint, nulla amplius macula deinde laborent, neque distent ab illis, quæ nunquam infamiæ nota fuerant aspersæ. *l. Imperialis 23. §. itaque 1. C. de nuptiis.* Non enim ex ea lege per vitam emendatiorem ipso jure evitabant infamiam; sed magis id unum iis ex inhonestæ vitæ professione deposita fuit quæsitum, ut imperiali rescripto impetrare possent natalium famæque restitutionem. *d. l.* Atque adeo fatendum, in id hortandos esse post reditum ad meliorem mentem vitamque parentes, ut pietate in liberos resipiscentes, non juris rigore & acerbitate utantur, desinantque ad animum revocare sive injurias sive dedecora sibi familiæque per mortum filialium turpitudinem procurata, ac memores sint illius, quod apud Senecam est *lib. 1. de clementia cap. 14. patrem, nisi magnae & multae injuriae patientiam evicerint, nisi plus sit quod timet., quam quod damnat, non accedere ad decretorium stilum.* Cui tamen, si se inexorabilem severumque præstare cupiat, non deneganda foret juris sui exercendi & dedecoris per exheredationem vindicandi potestas, Neque interierit, utrum ante pœnitentiam exheredatio jam facta sit, an post eam sequatur; cum ab incerto casu conditi vel non conditi testamenti pendere non debeat ingratitudinis coercendæ facultas, ac condita quocunque tempore suprema voluntas, simulque exheredatio, morte demum testatoris firmitatem acquirat. Perezius *ad tit. C. de liberis præteritis num. ult.* Ant. Mathæus *de successione. disput. 5. th. 17.* adde Manticam *de conject. ult. volunt. lib. 4. tit. ult. num. ult.*

31. Aliud

31. Aliud dicendum, ſi ultra ſimplices pœnitentiæ fines expreſſa, vel ex evidentibus indiciis præſumta, interceſſerit conciliatio: tunc enim ceſſare debere hereditatis adimendæ voluntatem, ceſſante ac extincta jam ademtionis cauſa, vel inde collegeris, quod legatum, per intervenientes inimicitias capitales vitiatum, reconciliatione poſtmodum ſubſecuta redintegretur. *l. quod ſi iterum 4. ff. de adim. vel transferend. legatis.* & extincta cenſeatur injuriarum actio, quoties injuriam paſſus in gratiam cum eo, qui fecerat, redierit. *§. ult. Inſtit. de injuriis. l. non ſolum 11. §. injuriarum 1. ff. de injuriis.* nec denique ſeverior domini contra ſervos diſpoſitio, teſtamento comprehenſa, effectum ſortiri debeat, ſi dominus offenſam iſtam clementia flexerit; licet expreſſa non fuerit interpoſita mutatio voluntatis. *l. in ipſius 5. C. famil. erciſc.* Quibus non obeſt, quod non obſtante adrogationis interventu exheredationis factæ effectus perduret. *l. filio, quem 23. ff. de libris & poſthumis.* Non enim ex adrogatione protinus recte collegeris offenſæ prioris remiſſionem; cum ea aliis de cauſis veluti conditionis implendæ gratia, interponi poſſit. Minus obeſt, ſic futurum eſſe, ut cauſa teſtati redigatur ad cauſam inteſtati, ac teſtator ſic videatur elegiſſe viam ad impugnandum ſuum teſtamentum, quo fundamento motus in contrarium Menochius *de præſumtion. lib. 4. caſu 30. num. 3. & ſeqq.* Non enim abſurdum eſt, cauſam teſtati ad cauſam inteſtati reduci, quoties apparet, inofficioſam eſſe diſpoſitionem: uti in caſu noſtro in pietatem incurrere incipit, ex quo deſiit per reconciliationem ſubeſſe juſta exheredandi cauſa. Et hanc ſententiam amplexi Fachineus *controverſ. lib. 6. cap. 79.* Rittershuſius *ad novellas part. 6. cap. 3. num. 19.* Graſſus *recept. ſent. §. teſtamentum quæſt. 42. num. 11.* Mantica *de conject. ult. volunt. 4. tit. ult. num. ult.* Barboſa *ad l. 1. part. 4. num. 47. ff. ſoluto matrim.* Zoeſius *ad tit. ff. de liber. & poſth. num. 19.* Ant. Matthæus *de ſucceſſionib. diſp. 5. th. 17.* neque hic inter expreſſam & tacitam conciliationem videtur diſtinguendum, uti quidem poſt alios cenſet Franciſc. de Barry *de ſucceſſionibus d. lib. 19. tit. 4. num. 26.* eo quod plerumque in jure noſtro expreſſi & taciti eadem vis eſt, niſi aliud nominatim inveniatur diſpoſitum; uti pluribus confirmat axioma illud Auguſtin. Barboſa *axiomat. juris uſufreq. 218.* verbo, *tacitum.* in noſtra præſertim quæſtione, in qua circa tollendam ex-

heredationem verſamur, quæ nulla debuit interpretatione juvari. *l. cum quidam 19. ff. de liberis & poſthum.*

32 Ceſſat amplius querela, ſi quis, cum jure potuiſſet eandem movere, ei renunciaverit poſt mortem teſtatoris; idque vel expreſſe vel tacite. Expreſſe, dum adſcribit teſtamento, conſentire ſe in exheredationem a defuncti factam; vel de querela tranſigit aut paciſcitur. *l. pen. §. ult. ff. h. t. l. ſi quis filium 34. in fine. l. ſi quando 35. §. & generaliter 2. C. h. t.* vel repudiantis animo non venit ad inofficioſi accuſationem, cœptamve derelinquit, quia damnoſam credit hereditatem, vel benigne vult tolerare judicium defuncti, ſatius ducens teſtamentum inofficioſum patientiahonorare, quam judicio convellere. *l. nam etſi 15. §. heredi 1. l. qui, repudiantis 17. l. ſi ponas 23. ff. h. t.* Tacite, ſibi ſuisque per inofficioſam diſpoſitionem relicta acceptando. *l. ſi pars judicantium 10. §. illud 1. ff. h. t. l. poſt legatum 5. ff. de his quæ ut indignis.* aut a legatariis conditionis implendæ cauſa capiendo, quod illis ſub conditione, *ſi decem dederint exheredato*, legatum fuit. *l. Papinianus 8. §. ſi conditioni 10 ff. h. t.* vel etiam patrocinium ſuum, aut procurationem accommodando illis, qui relicta ſibi in tali teſtamento legata petunt. *l. ult. ff. h. t.* Quod enim in *d. l. ſi pars judicantium 10. §. illud 1. ff. h. t.* excipitur, *niſi id totum alii adminiſtravit*, ad eos non pertinet, qui, nulla neceſſitate preſſi, operam aliis petentibus præſtiterunt; ſed tantum ad tales, qui ex tutelæ, aut alterius ſimilis officii neceſſario ſuſcepti adminiſtratione pro aliis fecerunt legati perſecutionem. *§. ſi tutor 4. Inſtit. h. t.* Si tamen legatum ſibi petens nihil obtinuerit, dum forte illud codicillis poſt conditis invenitur ademtum, ſalva querela eſt. *l. nihil intereſt 12. §. ſi cum 2. ff. h. t.* Idemque eſt, ſi legati utilitatem non ex ſuo facto, & agnitione voluntatis, ſed alterius, perſonæ quaſi beneficio adeptus ſit: qua ratione, ſi is, qui exheredatus eſt, una cum Titio extraneo fuerit defuncto debendi reus, &, cum defunctus liberationem his legaſſet, Titius facta per heredem acceptilatione liberatus ſit, eaque ratione exheredatus quoque ſenſerit liberationis utilitatem, (*juxta l. ſi rem aliquam 31. ff. de novat.*) non tamen ideo ab inofficioſi accuſatione repellendus foret. *d. l. nihil 12. §. ult. ff. h. t.* ibique Gothofredus *in notis.* Uti nec ei nociturum eſt, quod legatario ſui patris exheredantis heres extiterit. arg. *l. poſt 5. §. ſimilis 8. ff. de his quae ut indignis.* licet eo caſu tutius

tius faciat, si abstineat a petitione legati, quod necdum fuerat legatario defuncto solutum. *l. ult. §. ult. ff. h. t.* Etenim, si id legatario jam solutum ponas, non potuit videri exheredatus comprobasse legatum inofficioso testamento datum; cum illud non nominatim petierit, sed in hereditate repertum, una cum cæteris rebus hereditariis jure heredis occupaverit, parum sollicitus, quonam id jure fuerit defuncto quæsitum. At ex adverso id, legatario defuncto necdum præstitum, petere volens, non alia ex causa quam ex testamento, in quo ipse exheredatus est, persequi deberet; ac proinde non posset non videri probasse judicium, cui pro legato obtinendo firmitatem attribuit. Atque hinc etiam est, quod & inofficiosum videar agnoviſſe testamentum, si mihi exheredato Titius eandem illam rem, quam ipse jure legati ex inofficioso testamento acceperat, sed cujus possessionem necdum fuerat adeptus, legaverit, & ego illam ex ea causa agnoscam ac petam. Quo de casu accipio legem *penult. §. diversum 3. ff. h. t.* non enim legatum solus ille *accepisse* dicitur, qui jam possessionem ejus est consecutus, sed & is, cui legatum testamento relictum est, ac etiamnum restat præstandum: uti ex adverso etiam testatores *dare* dicuntur legata, dum ea relinquunt, etsi post obitum demum solvenda. Sed cum jure novo legata suam retineant firmitatem, non obstante rescissione per inofficiosi accusationem obtenta, verius est, cessare nunc scrupulosas illas circa exclusam ex agnitione legati querelam disputationes; nec amplius exheredatum ex legati agnitione aut petitione perdere querelæ movendæ jus, sive ipsi exheredato legatum datum sit, sive alii, cui exheredatus heres est; dum & legati & querelæ effectus simul in eadem nunc potest persona consistere; legatis etiam ab intestato præstandis: cum e contrario olim legata tantum peti possent ex testamento, eoque valido; validum autem non erat, nisi subsistente institutione; ac proinde, quisquis legatum petebat tanquam debitum, is & testamenti valorem & heredis institutionem agnoscebat, nec separare poterat legatorum causam ab institutionis validitate, quippe a qua dependebat omnis legatorum vis. Donellus *comment. jur. civilis libr. 19. cap. 6. ante med.* Quem tamen in eo falli putem, quod ait, exheredatum legato honoratum jure novo querelam non habere, sive illud agnoscat, sive repudiet; quasi tunc, cum aliquid relictum est, sola supereſſet actio ad supplementum; parum memor, exclusam

non esse jure novo querelam, nisi institutionis titulo quid datum sit. *nov. 115. cap. 3. pr. & fine.*

33. Et hæc quidem de legati exheredato relicti agnitione, tum ex veteri, tum ex novo jure. Sed si exheredatus ipsam agnoverit probaveritque heredis institutionem, non minus recentiore quam vetusto jure querela caret; quippe non valens amplius improbare id ipsum, quod semel verbis, aut rebus ipsis & factis, probavit. *l. Pomponius 9. in med. ff. de negot. gestis.* Agnovisse vero censetur heredem institutum, non tantum, si ab eo acceptaverit ea, quæ conditionis implendæ gratia oblata sunt, dum forte is scriptus erat sub conditione, si exheredato dedisset decem. *l. Papinianus 8. §. si conditioni 10. ff. h. t.* sed &, si hereditatem, aut res singulas hereditarias, emerit ab instituto, sciens eum institutum esse; vel prædia hereditaria ab eo, qua herede, conduxerit; vel ei solverit, quod debebat testatori, aut aliud quid simile doceatur feciſſe. *l. si ponas 23. §. si hereditatem 1. ff. h. t.* Neque tali in casu ulla ad supplementum actio videtur accommodanda; utpote quæ illis tantum datur, qui aliqua ratione sunt honorati in testamento tanquam heredes, sed minus perceperunt quam legitimam; non item illis, quibus nihil penitus pro legitima assignatum,

34. Illud dubium, an & exheredatus sibi nociturus sit, sic ut a querela repellendus foret, si ab eo, qui in testamento inofficioso institutus erat, ipse institutus sit, & ita instituti istius adierit hereditatem? Non nocere, Paulus respondit in *l. pen. §. si heres 2. ff. h. t.* si modo terminos habiles concipiamus, quibus exheredatus inveniat, contra quem experiatur; dum vel ipse ab instituto pro parte tantum vocatus est, vel testator exheredans tantum pro parte heredem scripsit eum, cui exheredatus heres est: sic enim offendet exheredatus vel suos coheredes, vel coheredes defuncti per exheredantem simul institutos, adversos quos agat: nam si ipse instituto, & institutus defuncto exheredanti ex asse heres esset, non nisi contra se ipsum posset querelam movere, adeoque in vanum; jure saltem novo, quo firma manent legata. Atque ita accipio Paulum in *d. l. pen. §. si heres 2. ff. h. t.* qui, dum ait, non nociturum exheredato, quod heres extiterit ei, qui ab exheredante erat institutus; maxime, *si eam portionem non possideat; aut iure suo possideat;* id mihi videtur velle, pro ea

parte

parte querelam non fore impeditam, pro qua exheredatus non poſſidet ſeu non habet exheredantis hereditatem, vel habet quidem ſeu poſſidet, ſed non ut heres, verum *pro ſuo* adeoque alio quam hereditario jure.

35. Diximus de renunciatione expreſſa vel tacita querelæ poſt mortem exheredantis facta. Quod ſi ea vivo teſtatore contigerit, dum exheredatus vel aliquo vel nullo accepto in exheredationem conſenſit & ſubſcripſit exheredantis voluntati, nullum ſibi præjudicium cenſetur intuliſſe, quo minus ad inofficioſi accuſationem admitteretur, vel pro varia factorum ſpecie (de qua poſt) ad actionem ad ſupplementum. *l. ſi quando 35. §. illud. 1. 2. C. h. t.* & argumento a contrario ſenſu ex *l. pen. §. ult. ff. h. t.* Idemque eſt, ſi dotalibus tabulis id comprehenſum fuiſſet, filium filiamve accepta dote aut ante nuptias donatione nullam poſt parentis obitum controverſiam de ejus hereditate moturos. *l. pactum 3. C. pe collationib. l. ult. ff. de ſuis & legit. hered.* Nam licet in hereditatis futuræ renunciatione nulla manifeſta includatur turpitudo, aut captandæ mortis votum; reprobata tamen fuit per jus Romanum; tum, quia uti privatorum pactis hereditas deferri non poterat, ſed lege vel teſtamento, ita quoque pactis ac renunciationibus eandem adimi, non videbatur admittendum. *d. l. ult.* tum quia placuit *meritis*, id eſt beneficiis & ſpe hereditatis, *magis filios ad obſequia paterna provocandos eſſe, quam pactionibus*, ſpem ſcilicet illam amputantibus, *adſtringendos;* ex quibus haud immerito eſſet, fore, ut minus promtos ſeſe præſtarent ad obſequiorum & pietatis officia parentibus exhibenda. *d. l. ſi quando 35. §. illud 1. C. h. t.* Quibus accedit, quod ex metu magis reverentiali, quam ſpontanea voluntate, renunciationes hasce liberorum circa ſperatam parentum ſucceſſionem profluxiſſe jure liceat ſuſpicari.

36. Quamvis vero multis placuerit atque etiam in Friſia judicatum ſit, exheredatos ſuo conſenſu in exheredationem, in ipſis teſtamenti tabulis vel ante vel poſt eas conditis expreſſo, ſibi nocere, & a querela atque ad ſupplementum actione repelli; tum quia id efficaciter poſt teſtatoris obitum fieri poteſt, ut ante dictum; tum ea potiſſimum ratione, quod in parentum liberorumque favorem id legibus inductum ſit, ne præteritionis aut exheredationis injuria afficiantur; juri vero pro ſe introducto valide unusquisque renunciet; tum denique propter *l. non*

putavit 8. §. si quis sua 6. ff. de bonor. possess. contra. tab. Jul. Clarus *§. testamentum quaest. 43. n. 3.* Gomezius *var. resolut. tom. 1. cap. 11. n. 14.* Graſſus *recept. sent. §. testamentum quaest. 48. n. 4. & seqq.* Boerius *decis. 14. n. 9.* & *decis. 96. n. 2.* & alii relati apud Sande *decis. Friſicar. lib. 4. tit. 2. defin. 4.* Hanc tamen ſententiam quo minus probandam exiſtimem, facit, quod univerſum jus circa ſucceſſionum ſperatarum ac necdum delatarum renunciationes contra legum Romanarum dictata inductum, ſuam juri canonico originem debeat: non alia vero juris civilis diſpoſitio inveniatur ibidem mutata, quam quæ de factis pacto dotali renunciationibus comprehenſa fuerat in *d. l. pactum 3. C. de collationibus*: ita ſcilicet reſcribente Pontifice; *Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum haberet, improbet lex civilis: ſi tamen juramento non vi nec dolo praeſtito firmatum fuerit ab eadem, omnino ſervari debebit; cum non vergat in aeternae ſalutis diſpendium, nec redundet in alterius detrimentum, cap. quamvis 2. de pactis in 6.* Et quamvis illic in jurisjurandi religioſe ſervandi ſanctitate poni videatur mutati juris ratio; tamen neque ſolam eam, neque præcipuam eſſe mihi perſuadeo; an ſi forte hac motum Pontificem reſcripſiſſe largiamur, non tamen ea potiſſimum ex cauſa capituli iſtius uſum usque adeo apud plerasque gentes comprobatum fuiſſe, vel inde manifeſtum eſt, quod quibusdam in locis non minus injuratis quam juratis hisce renunciationibus, inſtrumento dotali factis, adſtringendi vinculum inveniatur tributum; uti de Hollandiæ moribus teſtis eſt Groenewegen *ad l. 3. C. de collationibus.* de Saxoniæ uſibus, licet in Saxonia Electorali nunc mutatis per reductam juris canonici diſpoſitionem, Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 35. defin. 6. n. 6.* Berlichius *concl. pract. part. 2. concluſ. 43. n. 5. & ſeqq.* Magisque eſt, ut matrimonii ſolius favore iſtas ſuſtineri renunciationes ſtatuamus; dum non definito per pacta dotalia ſucceſſionum jure atque ordine, difficilius non raro in nuptias conſentirent, qui ſuarum familiarum, & rerum in iis conſervandarum ſtudio ducti, non æquo ferrent animo, avitas aut conquiſitas unius familiæ induſtria opes, nuptiarum ac liberorum inde naſcicturorum interventu, in alienam familiam ſucceſſionis inteſtatæ jure tranſire. Quibus conſequens eſt, ut extra pacta dotalia interpoſitas ſucceſſionum futurarum renunciationes, ipſum-

ipſumque adeo in exheredationem conſenſum in teſtamento vel aliter manifeſto declaratum, neque querelæ neque ad ſupplementum condictioni ullum generare præjudicium ſtatuamus. Debiliora vero ſunt in contrarium adducta. Non enim a renunciatione poſt mortem teſtatoris exheredantis aut prætereuntis facta ad eam, quæ vivo teſtatore fit, argumentum recte duci, ex rationibus ſuperius de jure Romano depromtis manifeſtum eſt. Et quamvis haud dubitandum ſit, quin quisque his, quæ pro ſe introducta ſunt, recte renunciet; tamen ubi non ſola renunciantis vertitur utilitas, ſed & publica pietatis & obſequiorum atque adeo honeſtatis ratio, non tam facile, niſi urgentior alia accedat cauſa, juris ſui remiſſionibus fuit indulgendum. Cum ergo & naturale debeat eſſe votum parentum, ut liberos ſibi ſucceſſores habeant, & non minus pie parentibus in ſolatium orbitatis relinquenda ſuerit liberorum, turbato mortalitatis ordine præmortuorum, hereditas, quis, quæſo, non animadvertit, admiſſa renunciandi facultate foveri ea, quæ inofficioſa ſunt, tolli ea ipſa, quibus ad obſequia liberi erga parentes ſtimulantur, ac conſervatur illud affectionis vinculum, quo tenerrimi genitores hos, quos genuerint, complecti ſolent. Ne dicam, conſenſum talem metu reverentiali etiamnum hodie haud raro per parentes, ſine cauſa iniquiores, extorqueri a liberis ſponte ſua haud aſſenſuris; & viciſſim ſæpe moroſis ac continuatis opportune importune precibus indecentibus tandem indulgentiores flecti & exorari parentes, ut liberis conſentiant, ut ut in pietatis officia impacturis. Sed nec adverſæ ſententiæ ſuffragatur Ulpianus in *l. non putavit 8. §. ſi quis ſua 6. ff. de bonor. poſſ. contra tab.* dum ait, *ei, qui ſe ſua manu in teſtamento paterno exheredem ſcripſit, exheredationem nocere.* Si enim & quæſtionem ibidem propoſitam & decidendi rationem attentius conſideremus, apparebit, longe alia id mente dictum, ad controverſiam præſentem erronee transferri. Quærit ſcilicet JCtus, an filius emancipatus, qui ſe ſua manu exheredem fecerat in teſtamento paterno, ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas venire poſſit, quæ ſolis a patre præteritis, nequaquam exheredatis, accommodatur. *§. emancipatos 3. Inſt. de exheredat. liberor.* & dubitandi quidem ratio in eo erat, quod exheredatio iſta manu filii ipſius exarata videri poterat habenda pro non ſcripta, cum ſenatuſconſulto ſive Liboniano, ſive Claudiano, cautum eſſet, ut, quæ quis ſibi ſuisque in teſtamento adſcripſiſ-

set, ea pro non scriptis haberentur, præter falsi pœnam scribendi imminentem. *l. de eo qui 10. 14. 15. 22. ff. ad leg. Cornel. de falsis.* Hoc autem admisso, filius non ut exheredatus ad querelam, sed magis ut præteritus ad bonorum possessionem contra tabulas fuisset admittendus. Sed non ita erat: nam cum Senatus tantum suspectas falsasque crederet scripturas illas, quibus quis sibi prodesse studebat ac hereditatis legative captabat compendium, non vero alias, quibus quis contra suum commodum dictata a testatore exarabat, consectaneum erat, hunc filium sua manu se exheredem ex voluntate patris scribentem, neque verbis senatusconsulti neque sententia contineri *l. impuberem 22. §. ult. ff. ad leg. Cornel. de falsis. d. l. 8. §. 6. ff. de bonor. possess. contra tab.* adeoque exheredatione tali sibi ita nocuisse, ut non potuerit tanquam præteritus ad bonorum possessionem contra tabulas admitti. An vero sic sibi nocuerit, ut nec querelam habuisset injuste exheredatis accommodatam, uti illic non fuit quæsitum, ita nec determinatum, ideoque non inde, sed aliis ex legibus jam ante per nos adductis, petendum.

37. Renunciationem pactis dotalibus factam quod attinet, quousque illa per liberos fieri possit, an tantum aliquo, an etiam nullo accepto; an & renunciantium præmortuorum liberis noceat; an obsit renuncianti, prædefunctis illis in quorum utilitatem renunciatio facta est; an renuncians successioni renunciasse censeatur legitimæ, & quæ id genus sunt plura ad hanc materiam spectantia, vide apud Zoesium *tit. de pactis num. 36. & seqq. ad num. 54.* Hartmannum Pistorem *observation. lib. 4. quæst. 5. 6. 7.* Carpzovium *defin. forens. part. 2. constit. 35. def. 1. & seqq. usque ad finem.* Doctores vulgo *ad cap. quamvis 2. de pactis in 6.* Abrah. a Wesel *de connubial. societ. & pact. dotal. tract. 2. cap. 6.*

38. Cum vero infrequens non sit, ut nuptias contracturi apud nos vicinasque gentes pactis dotalibus certum concipiant ordinem succedendi in casum, quo vel ipsi sine prole decesserint, vel proles ex eo matrimonio nata sine ulterioribus descendentibus fuerit mortua; quæsitum fuit, an eo casu querelæ vel petitioni legitimæ possit locus esse. Cui quæstioni ut satisfaciat, interesse puto, an pactis dotalibus id actum sit, ut conjugum altero sine liberis moriente, alter ex asse heres sit præmorienti, ac omnia ejus bona retineat: an vero convenerit, ut liberis ex eo matrimonio natis ac sine ulteriore prole de-

defunctis, bona redeant ad latus illud unde fuerant profecta. Quod si placuerit, ut conjux conjugi sine liberis decedenti ex alie heres sit, præmoriens vero parentes reliquerit etiamnum superstites, & statuto non exclusos a liberorum successione; rationis esse existimo, parentes non quidem inofficiosi testamenti, (quippe quod nuspiam apparet) sed donationis inofficiosæ, pactis dotalibus factæ, querela legitimam ex nati natæve præmortui intestati bonis obtinere. Quamvis enim favorabilia dicas ob matrimonium pacta dotalia, non tamen tantus videri poterit eorum favor, ut propterea paciscentibus indulgendum esset alios suo fraudare jure, atque adeo violatis pietatis officiis intervertere parentibus debitam ex lege portionem. arg. *l. unic. C. de inoff. dotib. l. 1.* & *tot. tit. C. de inoffic. donat.* Carpzovius *defin. for. part. 3. conslit. 1. defin. 10.* & *part. 3. conslit. 12. defin. 4.* Nec leve opinioni huic momentum addit, quod placuit interpretibus, eo quoque in casu, quo statutum conjugem superstitem vocat ad successionem omnium bonorum prædefuncti conjugis, parentibus tamen prædefuncti viventibus salvam esse oportere legitimam, quoties de ea parentibus deneganda nihil invenitur nominatim dispositum: videri enim tum casum istum de parentum legitima statuto omissum, atque adeo relictum juris communis dispositioni; æquitate maxima pietateque hac parte commendabili. arg. *l. si cum dotem 22. pr. ff. soluto matrimon.* Nec præsumtionem in dubio capiendam esse, quod legislator generalibus verbis atque indefinitis personas privilegiatas suis voluerit spoliare prærogativis. arg. *l. ult.* versic. *exceptis C. ubi quis de curiali vel cohortali dign. conven.* Pingizerus *quæst. Saxon. 29. n. 1. & seqq.* Schneidewinus *ad tit. Instit. de hereditatibus quae ab intestato cap. de successione inter virum & uxorem, num. 26.* junct. *n. 30.* aliique quos refert ac sequitur Carpzovius *defin. forens. part. 3. conslit. 11. defin. 3.* Quemadmodum etiam, cum pactum est, bona redire debere ad latus illud unde processerunt, eo ipso ademtus non censetur conjugi superstiti ususfructus in locis illis, ubi statuto inductus est. Peckius *de testam. conjug. l. 1. cap. 6. n. 3.*

39. Neque aliud dicendum erit, si parentes dotalibus suorum liberorum tabulis pacta talia continentibus superfuisse, ac subscripsisse, imo easdem totas exarasse concipias, quoties non nominatim adjecerint legitimæ portionis renunciationem; cum nemo credatur in dubio suum voluisse jactare, ne-

que donationes, quibus & annumerandæ juris ſui renunciationes, ſint præſumendæ, quoties nulla urget neceſſitas, & alia poteſt conjectura capi. *l. cum de indebito 25. ff. de probation.* adde *tit. de donation.* capi vero hic poteſt ea, quod parentes dotalibus tabulis ſubſcripſerint, potius honoris cauſa, & ut ſuum in ipſas nuptias velut gratas acceptasque conſenſum teſtarentur; nec tempeſtivum judicaverint aut neceſſarium, hoc ipſo nuptiarum gaudiique tempore tam ominoſum & incertum ac votis ſuis propriis contrarium, de liberis turbato mortalitatis ordine præmorientibus, caſum vel memorare pactis vel excipere. arg. *l. cum tale 72. pr. ff. de condit. & demonſtrat.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 3. conſtit. 12. defin. 4.* Abrah. a Weſel *de connub. bonor. ſociet. & pact. dot. tract. 2. cap. 5. n. 38. 39.* qui tamen ex parte, ſed fruſtra, diſſentit. Neque enim jam dictis adverſantur illa juris noſtri capita, quibus ex ſubſcriptione inſtrumenti probari dicitur conſenſus atque comprobatio eorum, quæ eo comprehenſa, licet vergentia in ſubſcribentis detrimentum jurisque quæſiti diminutionem. *l. fidejuſſor. 26. §. pater 1. ff. de pignor. & hypothec. l. ſicut re 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſolvit.* Quod enim in creditore hypothecario ſubſcribente tabulis emtionalibus, quibus diſtrahebatur a debitore pignus ei obligatum, præſumatur remiſſio vinculi pignoris; & in filio juſſu patris conſcribente chirographum, quod ſcribere pater impeditus erat, quo pater & mutuum ſibi numeratum & ſe filii domum oppignorare profitetur, conjectura capiatur, filium iſtac ratione in domus ſuæ pignus conſenſiſſe ſecundum *d. ll.* id inde eſt, quod uterque non niſi doloſe & emtoris creditorisve decipiendi cauſa jus ſuum in re vendita aut oppignorata diſſimulaſſe, ac ſiluiſſe, videri poſſit: dum probabilis admodum eſt aut eſſe poteſt in emtore aut creditore ignorantia rei alienæ vel alteri obligatæ. At in caſu, quo parentes tabulis dotalibus ſuorum liberorum ſubſcripſiſſe proponuntur, nulla concipi poteſt alterius circumveniendi voluntas, cum neque paciſcentes utrimque ignoraverint, hos parentes eſſe, neque ignorare debuerint, hisce, qua talibus, ſalvam eſſe legitimæ perſequendæ poteſtatem, cui non probarentur manifeſte renunciaſſe.

40. Quod ſi inter eos, qui nuptias inituri, placuerit pactis dotalibus, ut liberis ex eo matrimonio progenitis ac ſine ulteriori ſobole legitima decedentibus, bona eorum redirent

ad

ad latus illud, lineamque sive paternam sive maternam, unde ea constitisset pervenisse; aut aliud his simile: si quidem casus extiterit, ut alterutri parenti præmorienti heredes extiterint liberi, ac sine prole legitima deinceps moriantur, relicto parente altero etiamnum superstite; non poterit ille de liberorum defunctorum bonis sibi vel legitimam vindicare vel Trebellianicam, quasi scilicet liberi, qui parenti prædefuncto ex asse heredes fuerant, fideicommisso fuissent gravati, ideoque salvam habuissent & ab omni onere restitutionis liberam tum legitimam tum Trebellianicam; atque ita parenti superstiti, velut heredi proximo liberorum suorum intestato decedentium, delatus esset ille semis, quasi liberum & omni gravamini subductum liberorum patrimonium. Considerandum etenim primo quidem, si maxime salvam poneremus liberis defunctis ex parentis prædefuncti hereditate legitimam & Trebellianicam, nihil id profuturum parenti superstiti: cum enim secundum ordinem ab ipsis parentibus dotali instrumento perscriptum alii debuerint liberis intestatis heredes esse, quam parens superstes, atque ita ille sua sese dispositione ac voluntate excluserit a liberorum suorum successione intestata, neque totam illam liberorum portionem ab onere liberam sibi arrogare posset, neque portionis illius legitimam. Est namque legitima portio portionis ab intestato debitæ; cum ergo nulla pars propter pacta dotalia, proprio parentum judicio concepta, superstiti parenti debita fuerit, non potest partis non apparentis pars ei deberi. Adde quæ de exclusis statuto dicam in *seqq. h. t.* Nec est quod quis objiciat, generalem successionis renunciationem non continere renunciationem legitimæ: cum id in liberis forte renunciantibus admitti possit, quibus tacita quadam lege naturæ successio debita; ad parentes vero haud extendendum sit; atque insuper in ea tantum legitima obtineat, quæ jam morte delata est, seu cujus petendæ jus jam natum, non in ea, quæ ex patrimonio etiamnum viventis speratur, ut notat Rodenburch *de jure conjug. tract. de statut. diverſ. tit. 3. c. 2. n. 4. pag. 133. 134.* Sed & secundo, ne ipsis quidem liberis, parenti in casu nostro succedentibus, illa legitimæ atque Trebellianicæ deductio, velut libera, ex usu hodierno indulgenda videtur; eo quod talis prærogativa ultimis tantum voluntatibus convenit, non etiam pactis, per quæ pacta nunc hereditatem deferri contra jus civile receptum est. Cui accedit, quod locus esse

neque-

nequeat petitioni vel detractioni legitimæ aut Trebellianicæ, ubi neque ulla exheredationis aut præteritionis apparet injuria, neque ullum liberis impositum fideicommissi proprie dicti gravamen. Neutrum vero in casu nostro contigisse in aperto est; quis enim præteritos existimet aut exheredatos, qui soli exclusis aliis quibusvis ad parentis præmortui hereditatem venerunt ex asse? aut quis fideicommissi onere gravatos dixerit, qui neque actu inter vivos alienare, neque suprema voluntate disponere de universa hereditate prohibentur, ubi ejus ætatis fuerint, qua testamenti factio ipsis a jure permissa est? aliter utique de fideicommisso oneratis rebus jure cautum esse jam vulgo notum. Neostadius *tract. de pactis antenupt. observat. 1. in not.* & *observ. 2. in not.* & *observ. 3.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 29. n. 3. 4 5.* Christ. Rodenburch *tract. de jure conjug. in prælimin. de statut. diverf. tit. 3. cap. 2. num. 4. 5. p. 132. & seqq.* Abr. a Wesel *de connub. bonorum societ. tract. 2. cap. 5. n. 28. 29. 30.* Respons. JCtor. Holland. *part. 3. vol. 1. consil. 4.* & *d. part. 3. vol. 2. consil. 339.* (*revera*) *239. n. 1.* & *part. 4. consil. 4.* Paulus Voet *ad §. 1. Inst. h. t. num. 5.* Si tamen ita pactis dotalibus ordinem succedendi definitum appareat, ut simul fideicommisso gravata sit liberorum portio, dum vel alienatio prohibita, vel designati tabula dotali heredes ulteriore sunt onerati restitutione, haud dubium quin ex juris canonici memorata superius dispositione locum habitura sit legitimæ simul ac Trebellianicæ detractio; non ut parenti superstiti crederet, quippe sua voluntate ab omni jure successionis intestatæ liberorum excluso; sed magis illis, qui tabulis dotalibus designati liberorum successores, ulteriori restitutione gravati sunt. Grœnewegen ad *Grotium manuduct. d. lib. 2. cap. 29. n. 3.* Rodenburch *d. tit. 3. cap. 2. n. 4. in fine.* faciunt huc quæ habet Neostadius *de pactis dotal. observ. 3. in notis.* & Grotius *d. lib. 2. cap. 29. num. 6.*

41. Quod si liberi secundum potestatem sibi competentem, non attenta successorum designatione per parentes tabulis dotalibus concepta, testamentum de suis bonis condendum censuerint, verius est, parentis superstitis rationem habendam esse, sic ut, eodem præterito, querela non videretur deneganda. Cum enim testamento facto vis omnis eorum, quæ dotalibus cauta instrumentis, evanescat; neque jam hereditas ex parentum voluntate deferatur, sed testamentaria potius liberorum

rum ipsorum dispositione, non potest non inofficiosa illa dici, in qua præteriti inveniuntur a liberis, quos & pietatis & commiserationis ratio jubebat vocari. *l. nam etsi 15. ff. h. t.* Wesel *de connub. societ. tract. 2. cap. 5. n. 31. 32. 33.* post Grivellum *decis. 93. n. 45. 46.* Stockmans *Cur. Brabant. decis. 22. licet ex parte dissidentem.* Neque interest, an liberi alios, quam qui tabulis dotalibus expressi fuerant, instituerint, an eosdem partibus iisdem iisdemque modis. Nam cum omni in casu non vi pacti, sed testamenti filialis, hereditatem deferri manifestum sit, neque filius parentum paciscentium beneficio, sed propriæ liberalitati, hereditatem per institutos accepto ferri voluerit; inficias ire nullus poterit, quin ea ratione pater non vi pacti aut propriæ renunciationis, sed filii sui judicio, & ita contra pietatis officia sibi a filio debita, exclusus sit. Neque novum adeo atque insuetum, ut hominis dispositio eandem inducens læsionem, quam vel lex vel voluntas alterius intulerat, eodem tamen jure haud æstimetur. Sic enim & jure civili, cum filii hereditas vi substitutionis pupillaris a patre factæ extraneis jure deferretur, exclusa pupilli matre, ac ne ad querelam quidem admittenda, quia non filius ipse excluserat, sed pater. *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis 5. ff. h. t.* tamen omnino admittenda mater erat, si a filio jam pubere facto ac testamentum condente fuisset præterita, licet is eosdem nunc sibi scripsisset heredes, quos pupillari pater designaverat substitutione. Nec minus in Hollandia ad secunda vota transiens, si tabulis dotalibus in præjudicium liberorum primi matrimonii communionem bonorum cum conjuge paciscí voluerit, & ita sua voluntate liberis iisdem nocere, nihil agit, dispositioni legis *hac edictali* subjiciendus; qui si commodum idem ex communione voluisset conjugi acquiri ex vi statuti, omissa omni dotalium pactorum solennitate, habitus non fuisset in liberos injurius, nullo quippe facto proprio adversus eos inducens læsionem. Abr. a Wesel *de connubial. bonor. societ. tract. 2. cap. 5. n. 34. 35. 36.* D. Joh. a Someren *tract. de repraesentatione cap. 6. num. 24.* Neque hisce, quæ de testamentaria liberorum dispositione, ac non negligendo in ea parente superstite dicta sunt, repugnat, quod, si maxime superstiti præterito querela daretur, nihil ipsi ea profutura esset, dum per inofficiosi accusationem ipse causam quidem testati redigeret ad causam intestati, sed sua victoria prodesset illis, qui deficiente testamento tanquam successo-

res

res ab inteſtato fuerant dotali conventione parentum electi, non vero ſibi, utpote per renunciationem ab inteſtati ſucceſſione excluſo. Falſum etenim, parentem ſuperſtitem vi renunciationis in caſu teſtamenti conditi a ſucceſſione inteſtati excluſum videri; nam cum ſecundum ante dicta liberi, ultimum condentes elogium, noluerint, ſuam hereditatem pactis, ſed magis teſtamento, deferri, atque adeo enervaverint pactorum vim, iniquum eſſet, ex illis pactis renunciationem continentibus, & voluntate liberorum ſubſecuta infirmatis, ſuſtineri teſtamentum illud ipſum, quod ea irrita reddidit & infirmata. Veriusque eſt, per intentatam inofficioſi infirmationem redire non pactitiæ ſed legitimæ ſucceſſionis jus, parentibus ſuperſtitibus ita deferens hereditatem, quaſi nunquam renunciatio aut pactum dotale interceſſiſſet.

42. Quod ſi parentes ſtatuto excluſos concipias a liberorum ſuorum ſucceſſione ab inteſtato, uti id alterutro parente præmortuo obtinet in iis Hollandiæ partibus, quæ jure Sabinico utuntur; ſi liberos a ſucceſſione parentum, uti multis in regionibus in filiabus id conſtitutum; ſi denique fratres a fratrum ſucceſſione legitima remotos ponas; non dubitandum videtur, quin his omnibus in parentum aut liberorum fratrumve teſtamento præteritio querela in totum ſit deneganda, ſive inſtitutos ponamus eosdem, quos & ſtatutum vocabat ad ſucceſſionem inteſtatorum, ſive alios remotiores vel etiam prorſus extraneos nullo ſanguinis nexu conjunctos. Cum enim jam monitum ſit, ac in ſeqq. plenius explicandum, legitimam eſſe partem portionis ab inteſtato debitæ, atque adeo omnem ſuam relationem habeat ad inteſtatæ ſucceſſionis jura, optima ſane ratione traditum exiſtimo a juris interpretibus, legitimam nunquam illis eſſe debitam, quibus delatum non eſt a lege vel ſtatuto ſucceſſionis ab inteſtato percipiendæ jus. Barboſa *in collectan. Cod. ad l. 8. C. h. t. de inoff. teſtam. num. 8.* Tyraquellus *de jure primogenituræ quæſt. 55. num. 9. & ſeqq.* Berlichius *concl. pract. partic. 2. concl. 16. num. 47.* Jacobus Coren *obſervat. 10. num. 24. & ſeqq. ad num. 38.* Hugo Grotius *manuduct. ad juriſprud. Holl. lib. 2. c. 18. n. 22.* Reſponſ. JCtor. Holl. *part. 3. vol. 1. conſil. 90.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 5.* Et, ſi rem omnem penitius ad examen revocare libuerit, apparebit, fruſtra hos omnes futuros eſſe, licet maxime intentata querela depuliſſent ab hereditate eos,

eos, qui fuerant teſtamento vocati: nam & qui prolixiſſime extendunt querelæ effectum (de quo nos antea in quæſtione, an & fratres uterini aliique ſimiles poſt reſciſſionem admittantur) in id conſentiunt, teſtati cauſam ad ſummum ſic reduci ad cauſam inteſtati, quaſi nullum ab initio compoſitum fuiſſet a defuncto teſtamentum. Quo ipſo poſito, cum lex eis nullam deferat ſucceſſionem, obtineret quod ab Ulpiano traditum, puta, *ſi quis ex his perſonis, quae ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittuntur, de inofficioſo egerit, & caſu* (non jure) *obtinuerit, non ei profit victoria, ſed his qui habent ab inteſtato ſucceſſionem, nam inteſtatum patremfamilias facit, l. poſthumus 6. §. ſi quis 1. ff. h. t.* Nec eſt quod quempiam turbet, quod in caſu excluſionis parentum, per pacta dotalia factæ, paulo ante parentem ſuperſtitem ad querelam ſtatuimus admittendum, quoties liberi teſtamento condito eum præteriiſſent, licet inſtitutis iisdem, quos antenuptialis deſignaverat conventio; cum utique multum inter hæc duo interſit. Quoties enim pacto definitus eſt ſucceſſionis ordo, excluſis parentibus ipſis paciſcentibus & ita juri ſuo renunciantibus, ſupponitur, ſine pactis illis legitimam parentibus in bona liberorum ſucceſſionem non fuiſſe denegatam. At noſtro in caſu contra ſeſe res habet; cum de illis quæratur hic, qui lege vel ſtatuto ad ſucceſſionem ab inteſtato non ſunt vocati. Illo ergo in caſu cum redeat per inofficioſi querelam non illa pactitia, ſed legitima ſuccedendi ratio, & inteſtatus reddatur teſtator, prodeſſe ſibi potuerunt, quotquot a jure ſucceſſionis ab inteſtato non fuerant per leges moresque repulſi. Noſtra vero in quæſtione monſtratum abunde, non poſſe eum, qui ab inteſtato non ſuccedit, ſibi per intentatam inofficioſi accuſationem prodeſſe, ſed tantum aliis lege vocatis. Ut proinde ſatius fuerit, repelli in univerſum a querela hos omnes, velut nulla exheredationis injuria affectos, neque legitima ſpoliatos ſucceſſione. Diſſentit Stockmans *Curiae Brabant. deciſ. 22.*

43. Evaneſcit præterea querelæ movendæ jus, ſi mortuus fuerit, qui exheredatus erat, cum querela necdum eſſet præparata; quippe quæ tunc ad heredes non transmittitur. *l. poſthumus 6. §. ult. l. 7. ff. h. t.* licet enim petitio hereditatis ad heredes procul dubio transmittatur, tamen in querela contrarium placuit; non alia (ut opinor) de cauſa, quam quia exheredatus hic agit propter injuriam exheredatione illatam ac teſta-

teſtamento inductam. *l. non eſt 4. l. Papinianus 8. ff. h. t.* injuriarum autem actio heredi non datur. §. *1. Inſt. de perpet. & temp. act.* Ut tamen ad exheredatorum liberos etiam non præparata jure novo transmittatur. *l. ſi quis filium 34. l. pen. in fine C. h. t.* in quo differet ab actione ad ſupplementum, quæ etiam non præparata ad heredes extraneos tranſit. Neoſtadius *Cur. ſupr. deciſ. 99.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 24. n. 25. 26. & cap. 18. n. 26.* Simon van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 34.* Præparaſſe vero querelam cenſetur, non tantum qui inofficioſi accuſationem jam in judicium plena litis conteſtatione deduxit, ſed & qui comminatus tantum fuit accuſationem, vel usque ad denunciationem vel libelli dationem proceſſit. *d. l. poſthumus 6. §. ult. l. 7. ff. h. t.* quod ſi inſtituto deliberante exheredatus deceſſerit, præparata videri non poteſt querela, *d. l. ſi quis filium 34. & l. pen. in fin. C. h. t.*

44. Denegata inſuper querela eſt, ſi legitima relicta fuerit, quæ eſt portio portionis ab inteſtato debitæ. *l. cum quaeritur 6. C. h. t. l. Papinianus 8. §. quoniam 8. ff. h. t. §. ult. Inſt. h. t.* ac magis bonorum quam hereditatis pars; non modo, quia ſic in jure appellatur. *l. cum quaeritur 6. C. h. t.* ſed &, quia non ante ineunda eſt legitimæ ratio, aut præſtatio facienda, quam ſi deductum fuerit æs alienum ac funeris impenſæ. *d. l. Papinianus 8. §. quarta autem 9. ff. h. t.* quo facto, non hereditatis ſed bonorum denominatio ſupereſt: bona quippe proprie non ſunt, niſi quæ deducto ære alieno ſuperſunt. *l. ſubſignatum 39. §. 1. ff. de verb. ſignif. l. mulier bona 72. ff. de jure dot. l. ea demum 6. C. de collation.* ac in eo bona diſtant ab hereditate, quæ & æris alieni onus includit, ac damnoſa heredi eſſe poteſt; cum ex adverſo bona, a beando dicta, damnoſa non ſint. *l. bonorum 49. ff. de verb. ſignif.* Ne dicam, jure veteri legitimam non ſolo inſtitutionis, ſed & legati & fideicommiſſi & mortis cauſa donationis alioque titulo potuiſſe relinqui. *d. §. ult. Inſt. h. t.* qui quantum a titulo heredis diſtent, eumque excludant, nec legitimam ſinant hereditatis partem eſſe, expoſitione nulla opus eſt. Quibus adde, nullum poſſe a teſtatore gravamen imponi legitimæ; gravamen autem non leve eſſet, ſi filius in ſola inſtitutus legitima, eandem percipiens, impediretur vindicare pro parte res ſuas a patre defuncto nullo jure diſtractus, & cogeretur ultra legi-

legitimæ ipſius vires agnoſcere æris alieni molem; de quibus mox latius. Nec denique dubium, quin legitimæ ſupplementum petens, actione perſonali, puta, condictione ex lege agat; qui tamen petitione hereditatis debuiſſet experiri, ſi pro portione legitima fuiſſet re ipſa heres. Andr. Gayl. *lib. 2. obſerv. 120. n. 2. 3. 4.* Mantica *de conject. ult. volunt lib. 7. tit. 8. n. 5.* Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 3. def. 18. n.* 2. Nec hisce repugnat, quod & quartam falcidiam ex legatis non ante inſtitutus iisdem gravatus percipiat, quam deducto prius ære alieno aliisque, ac nihilomius ut heres conſiderandus ſit. §. *ult. Inſt. de lege Falcid.* Neque enim talis ex eo heres eſt, quod quartam falcidiam, & ita quartam bonorum ex hereditate percipiat; ſed magis quartam percipit ac deducit ideo, quia heres eſt, quod ipſi datum, ne alioquin ob exiguum vel nullum lucrum repudiaret delatam hereditatem legatis exhauſtam: atque adeo ante omnem falcidiæ deductionem, & extra omnem ejus conſiderationem, jam ex inſtitutione & aditione ſubſecuta heres erat. Minus adverſatur, quod quartam hanc legitimam aliquando *hereditatis partem* appellatam invenias. §. *ſed hæc ita Inſtit. h. t.* Cum non alia de cauſa id factum videatur, quam quia titulo etiam inſtitutionis relinqui poterat; adeoque titulo tenus tunc erat pars hereditatis, nequaquam re ipſa & juris effectu: ne alioquin inde illa proflueret abſurditas, quod ex filiis pluribus eodem ſucceſſionis jure gaudentibus, eadem portione legitima honorandis atque honoratis, alius ad æs alienum ultra vires patrimonii adſtrigeretur, alius non item, dum uni legitima inſtitutionis, alteri legati jure fuiſſet delata. Et licet jure novo legitimam ſolo inſtitutionis titulo relinqui Juſtinianus ſanciverit, *nov. 115. c. 3. in pr.* nihilo tamen magis propterea vi & effectu pro heredibus habendi: cum neque veteris juris diſpoſitio, ſecundum quam ex legitima inſtituti non conſiderabantur tanquam heredes, mutata ſit; neque ipſa juris novi ratio talem interpretationem admittat. Quod enim Juſtinianus ſolo inſtitutionis, non item legati titulo, legitimam relinqui juſſit, id in liberorum favorem ſic cautum fuiſſe in confeſſo eſt, *nov. 115. cap. hæc autem 5.* ſi vero ex heredis titulo etiam re ipſa heredes cenſerentur, eveniret, ut in ipſorum utilitatem inventa torquerentur in diſpendium; contra *l. quod favore 6. C. de legibus. l. nulla juris ratio 25. ff. eod. tit. de legibus.* Nec leviter hæc ex eo firmantur, quod, licet jure novo deſideretur inſtitutiones

honoratior titulus, sufficiat tamen, vel in certis rebus institutionem factam esse. *d. nov. 115. cap. 5.* quo casu, quin institutus legatarii loco habendus sit, nequaquam dubium. *l. quotiens 13. C. de hered. instituend.* Non denique sententiæ nostræ obest, quod in legitima institutus cogi possit adire hereditatem & ex Senatusconsulto Trebelliano restituere, *l. ita tamen 27. §. si patronus 13. ff. ad Senatusc. Trebell.* ad quam aditionem solus heres, non is qui legatarius est aut ejus loco habetur, adigendus est. Respondeo namque, erroneum esse, quod in sola institutus legitima, alio coherede existente, ad adeundum & restituendum constringi possit; cum utique nullum legitimæ gravamen aut restitutionis onus imponi posse, principia nos doceant; ut proinde nihil eo casu esset, quod per rogatum restitueretur. Neque id voluit *d. l. 27. §. 13.* quippe in qua non alia concipi potest facti species commoda, quam hæc, quod patronus ex asse ab initio institutus, rogatus fuerit, retenta legitima, reliquam restituere liberti sui hereditatem, quo ipso quantum ad effectum non nisi ex debita parte institutus videbitur: nam si præter legitimam ipsi nihil initio inspecto obvenisset ex hereditate, nihil esset, quod ex fideicommisso veniret restituendum. Suadetque hunc sensum connexio §. *sequentis 14.* in quo proponitur heres itidem institutus præceptis quibusdam rebus restituere rogatus, uti in §. 13. præcepta legitima.

45. Consistit vero controversiæ hujus utilitas inter alia in eo quoque, quod, si legitimam hereditatis partem esse velimus, eos, qui legitimam petierint, tanquam heredes, ad æs alienum pro portione sua obstrictos esse statuamus, ubi apparuerit, æris alieni mole superari patrimonii vires: contra vero, eosdem non teneri, si ultra vires patrimonii æs alienum excurrat, sed liberari restituendo id, quod legitimæ nomine consecuti fuerant; quasi bonis non apparentibus nec legitima, tanquam bonorum portio, & ad bona relationem habens, concipi potuerit. arg. *l. mulier bona 72. ff. de jure dot.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 145. quæst. 3.* Sed & secundo utilitas in eo est, quod filius in sola institutus legitima, suum fundum a patre alienatum vindicare in totum possit; cum alioquin, si eum vere heredem esse velimus, pro ea parte, qua heres est, vindicare non posset, sed defuncti factum hactenus teneretur præstare. arg. *l. cum a matre 14. C. de rei vindicat.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. num. 79. 80.* Graffus *recept. sent. §. hereditas quæst.*

quæſt. 12. num. 25. Peregrinus *de fideicommiſſ. art. 33. n. 3.* Barry *de ſucceſſionib. lib. 11. tit. 9. n. 14.* Ant. Matth. *ſucceſſion. diſput. 16. n. 20.*

46. Legitimæ quantitatem quod ſpectat, olim eam conſtituebat pars quarta portionis ab inteſtato debitæ; at jure novo triens, ſi quatuor fuerint liberi vel pauciores; ſemis, ſi plures quam quatuor. *nov. 18. cap. 1.* Quod augmentum in aſcendentibus quoque locum habere, frequentius receptum eſt; eo quod hisce æque, ac liberis, non certis tantum caſibus, ſed regulariter querela tributa eſt. Non tamen in fratribus, quippe quibus leges regulariter legitimam non conceſſerunt, ſed tantum in caſu ſingulari, & in odium perſonæ turpis iisdem per fratrem prælatæ; cum tamen in *d. nov. 18. cap. 1. in fine* conſtitutum ſit, augmentum illud in omnibus perſonis obſervandum eſſe, *in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioſo lege decreta eſt*, adeoque quibus leges ob propria merita & propriam ſanguinis conjunctionem antiquitus quartam dederant; non, quibus odium magis alienum profuit ex accidenti; licet de fratribus plures diſſentiant. Vide Fachineum *lib. 4. controverſ. cap. 28.* Berlichium *concluſ. practt. part. 3. concluſ. 12. n. 42. & ſeqq.* ubi plures congeſſit. Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 12. 13.*

47. Quod ſi circa legitimæ quantitatem ſtatuta varient, uti peculiariter Zirizeæ in Zelandia fertur bes liberis pro legitima aſſignatus; in immobilibus quidem ſervandæ leges loci; in quo res unaquæque immobilis ſita eſt: in mobilibus vero jus domicilii teſtatoris; ita uti in ſucceſſionis inteſtatæ delatione id obtinere, alibi dictum; eo quod legitima omnem ſuam relationem habet ad inteſtati ſucceſſionem. Reſponſ. Juriſc. Holl. *part. 5. conſil. 181. quaeſt. 3. pag. 548.* Quibus conſequens eſt, ut, ſi parentes non ex aſſe ſed in partem cum fratribus aliisque ſuccedant ſuo filio prædefuncto, etiam in bonis tali lege regundis non niſi trientem ejus, quod ab inteſtato iis obveniſſet, legitimæ jure poſſint percipere. Cum ergo in bonis Hollandicis, ea parte ſitis, quæ jure Aeſdomico cenſetur, filio improli ſuccedat parens ſuperſtes ex ſemiſſe, fratres vero ex altero ſemiſſe, legitima parentum non triens ſed ſextans erit, ſeu tertia pars dimidiatæ ab inteſtato deferendæ. Quod quidem minus dubium, ſi fratres inſtituti fuerint; ſed ſi præteritis fratribus extranei nulla turpitudinis macula laborantes vocati ſint, idem

quidem obtinere pluribus visum est. Respons. JCtor. Holl. *part 4. consil. 28.* & *part. 2. consil. 115.* & *part. 3. vol. 1. consil. 90.* & *169.* & plures allegati apud Berlichium *part. 3. conclus. 12. n. 47.* sed cum in casu, quo extranei sunt instituti, fratres præteriti, & superstes parens ad legitimam vocatus est, fratres neque ab intestato succedere neque querela partem ullam avocare possint, exclusi propter testamentum jure conditum, & nullo inofficiosi vitio laborans; & in sequentibus plenius tradendum sit, æquum non esse, ut partem facerent, qui partem non capiunt; non omnino erraverit, qui superstiti parenti in tali casu totius hereditatis trientem pro legitima censuerit adjudicandum esse, uti id multorum autoritate confirmat Berlichius *d. part. 3. conclus. 12. num. 51.* 52. Peregrinus de *fideicommissis art. 38. num. 13.*

48. De nepotum legitima in bonis avi, dum pater intermedius e vivis excessit, quanquam jure veteri res satis expedita fuit, juxta *l. Papinianus 8. §. quoniam autem 8. in fine ff. h. t.* ex quo tamen varia cœpit esse legitimæ quantitas pro numero liberorum, intricatior nunc quæstio est. Quæ ut commodius terminetur, in anteceſſum id observandum, nepotes, sive soli existant, sive cum suis patruis ad successionem avi defuncti vocentur, non suo ex capite sed jure repræsentationis admitti; quasi pater intermedius avo, hi suo patri succeſſissent, tantum scilicet percepturi ab intestato, quantum pater si vixisset; adeo ut primo in tot partes dividenda veniat avita hereditas, quot filii aut naturaliter supersunt, aut juris fictione in nepotibus vel pronepotibus, defunctos repræsentantibus, finguntur supereſſe; tum dein filii cujusque prædefuncti portio inter nepotes ex unoquoque genitos iterato distribuatur, & si nepotes præmortuos concipiamus pronepotibus superstitibus, inter pronepotes similis subdividendi ratio observetur. §. *cum filius 6. §. ult. Inst. de heredit. quæ ab intestato. placit. Ord. Holl. 1. Aprilis 1580. art. 20. & 18. Decemb. 1599 art. 1.* Quo posito, singulatim diversi casus veniunt confiderandi; aut enim avum mortuum concipimus, relictis nepotibus ex diversis filiis prædefunctis, vel etiam ex filio uno prædefuncto, sed superstitibus adhuc aliis ejusdem avi filiis: aut contra, eundem deceſsisse fingimus relictis tantum ex unico filio prædefuncto nepotibus, dum nulli alii erant defuncto avo filii superstites aut ex aliis præmortuis filiis nepotes. Priore casu pro filiorum su-

per-

perſtitum, & per nepotes repræſentatorum numero vel triens vel ſemis nepotibus, ex uno filiorum præmortuorum natis, legitimæ nomine videtur aſſignandus; atque adeo ſi ſex ponas filios partim relictis ex ſe liberis defunctos, uti hereditas ab inteſtato delata in ſex partes fuiſſet dividenda, ſic ut ſingulis filiis, aut defunctorum ſtirpi ſextans cederet, ita ſingulis filiis legitimæ nomine ſemiſſem iſtius ſextantis competiturum, conſtat. Et quia nepotes ex unoquoque filio nati, ex avita hereditate tantum capere debebant, quantum pater eorum, ſi vixiſſet, etiam ex capite ejus ſemiſſem ſextantis eosdem percipere ratio dictat. Cum enim legitima relationem habeat ad jus ſucceſſionis ab inteſtato, ſequitur eos, qui ex capite patris æſtimantur & veniunt ad ſucceſſionem ab inteſtato, etiam ex ejus capite æſtimari debere in determinanda quantitate legitimæ, tanquam portionis ex debita ab inteſtato portione deducendæ. Ut proinde hic nihil interſit, an duo vel tres vel ſex ex uno filio prædefuncto, & ſextam hereditatis paternæ partem jure inteſtati ablaturo ſi vixiſſet, nepotes ſuperſint: quippe quæ deſtinctio tum demum inveniret locum, cum a proprio patre fuiſſent in legitima inſtituti: neutiquam vero, quoties non ex ſuo capite tanquam tres aut quinque aut ſex, ſed tanquam unica tantum perſona, parentem ſuum defunctum intermedium repræſentantes, ab avo in legitima inſtituti ſunt. arg. *l. Papinianus 8. §. quoniam 8. in fine ff. h. t.* Peregrinus *de fideicommiſſis art. 36. num 39.* Franciſc. de Barry *de ſucceſſionibus lib. 16. tit. 2. num. 1.* Si tamen non omnes ex uno filiorum prædefuncto nepotes in legitima inſtituere velit avus, ſed forte unum tantum, virilem ei pro numero nepotum aſſignando partem ex legitima, toti iſti ſtirpi debita, defungi poteſt; adeoque ſi ex uno ex ſex filiis nepotes duos ponas ſuperſtites, uti ſtirpi toti uncia una ſuffeciſſet pro legitima, ita ſemuncia ſufficiet uni nepoti in legitima ſola per avum inſtituendo. Poſteriorem caſum quod attinet, quando ex unico tantum filio prædefuncto nepotes ſuperſunt, cum nullis patruis, aut patruorum liberis concurſuri, ſed ſoli hereditatem jure inteſtati ex aſſe inter ſe diviſuri, frequentius quidem placuiſſe videtur interpretibus, legitimam nepotum ſemiſſem fore, ſi quaternarium nepotes ex unico prædefuncto nati numerum ſuperent: ſin quatuor tantum aut pauciores exiſtant, trientis aſſignationem ab avo factam pro legitima ſufficere. Franciſc. de Barry *de ſucceſſionibus lib. 16. tit. 2. n. 1.*

Peregrinus *d. loco.* Sed cum horum ſententia falſo laboret fundamento, quaſi ex unico filio prædefuncto nepotes haud ſuccederent jure repræſentationis tanquam ſubintrantes in parentis prædefuncti locum; rectius dixerimus, iis, quotquot numero fuerint, ſive duo, ſive quinque pluresve, trientem legitimæ nomine deberi; eo quod & pater eorum, quem repræſentant, tanquam unicus, trientem tantum potuiſſet percipere. Ne dicam, abſurdum eſſe, quod avus, qui proximiori filio trientem dando potuiſſet defungi, & de reliqua hereditate ſuo diſponere arbitratu, ob intervenientem intermedii filii mortem cogeretur majorem relinquere portionem illis, qui defunctum repræſentant, aut (ſi maxime largiremur eos non repræſentare) ſaltem a defuncto, ac per trientis aſſignationem dimittendo ſi ſupervixiſſet, fuiſſent excluſi, tanquam gradu remotiores, & jure inſtructi debiliore. Reſponſa JCtorum Holl. *part. 3. vol. 1. conſil. 157.* Cui conſequens eſt, ut, ſi non omnes, ſed unum tantum ex pluribus nepotem avus in legitima inſtituere deſideret, ei virilem, pro numero nepotum, portionem trientis teneatur aſſignare. Neque hisce obſtat, quod tali in caſu, quo ex unico filio nepotes ſuccedunt, opus non ſit ullo jure repræſentationis, eo quod æqualem ſinguli nepotes ſeu virilem tunc partem capiunt. Nam & ſi ex tribus filiis prædefunctis tres nepotes unicos ſui patris filios ſucceſſuros concipias, virilem procul dubio avitæ hereditatis partem laturi ſunt, atque adeo in hisce quoque neceſſaria non poſſet videri repræſentatio, dum idem habituri ſunt, ſive in capita ſive in ſtirpes hereditas diviſa ſit. Sed non ita eſt; licet enim tunc repræſentationis nullus ſit uſus, quantum ad partium hereditariarum diſtributionem; collationis tamen intuitu repræſentatio neceſſaria viſa fuit; ut nempe nepos quisque conferat in medium, quod pater intermedius, ſi vixiſſet, debuiſſet conferre; *de quibus tit. de collationibus.* Atque ita quoque non abſimili modo, licet in unici filii nepotibus repræſentatio ſupervacanea ſit quantum ad dividendam inter eos avitam hereditatem attinet, utilis tamen eſt ac rationem habet, quatenus de majore aut minore legitimæ portione aſſignanda diſceptatur. Plane, ſi loci alicujus ſtatuta manifeſto dicent, nepotes ſolos exiſtentes ſive ex uno ſive ex pluribus filiis prædefunctis pari vel impari numero natos (veluti ex uno unum, ex altero tres) avo non jure repræſentationis, ſed in capita ſuccedere, non dubium, quin

eo

eo casu, non ex filiorum, sed magis nepotum numero, legitimæ quantitas definienda sit. Quale successionis jus in capita noviſſime stabilitum in tetrarchia Neomagiensi, *Gereformeerde Landrecht van Nymegen tit. 23. art. 3. 4. 5.*

49. An autem numerum liberorum augeant, qui vel statuto excluſi sunt a successione, vel exheredati, vel querelæ renunciarunt, varie sentiunt interpretes, quorum opiniones vide apud Grassum *de successionibus §. legitima quæst. 7.* Hartmannum Pistorem *lib. 4. quæst. 8.* ubi plures allegat. Fachineum *controverſ. lib. 4. cap. 31.* Peregrinum *de fideicommiſſis art. 38.* Francisc. de Barry *de successionib. lib. 16. tit. 2. num. 5. & seqq.* Berlichium *concluſ. pract. part. 3. concluſ. 12. num. 7. & multis seqq.* Carpzovium *defin. forens. part. 3. const. 10. def. 12. 13. 14. 15.* Guidonem Papæ *decis. 295.* Zoesium *ad Pand. h. t. num. 87. & seqq.* Sed ut distinctius universa capiantur, duplicis omnino quæstionis plenior esse consideratio debet. Aut enim disputatur, an tales exheredati vel renunciantes vel statuto excluſi numerum faciant ad id, ut legitima reliquorum major esset; an vero ad id ut minor sit reliquorum legitima. Prioris quæstionis species est, quando pater quinque relinquens filios, tres quatuorve in legitima instituit, dum quintus exheredatione vel statuto vel renunciatione excluſus est. Hic si quintus numerum liberorum augeat, legitima singulorum non triens sed semis erit portionis ab inteſtato debitæ: sin contra cæteris liberis ille haud computetur, legitima trientem tantum portionis ab inteſtato deferendæ constituet. Non computari vero ad hunc effectum juste exheredatos aut statuto vel renunciatione excluſos verius est, quoties statutum eos ab universa excluſit hereditate, aut renunciatio generaliter & non in certæ personæ favorem facta est, & ita quidem, ut neque dos neque aliud simile renuncianti aut alteri, in cujus favorem renunciavit, aut per statutum excluſo, cesserit: tunc enim, in quantum nihil ex hereditate capit aut diminuit exheredatus, merito mortuis annumerandus est. *l. 1. §. sed & §. 5. ff. de conjung. cum emancipato liberis.* neque novum, ut moriens relictis liberis, sed juste exheredatis, eo jure censeatur, quo illi, quo liberos tales non reliquerant. §. *sed noſtra 3.* verſ. *sin autem Inſtitut. de succeſſione libertorum.* Et quia augmentum legitimæ, ut nempe semis esset in casu liberorum plurium quam quatuor, inductum fuit, ne paupertate nimium premerentur liberi post

patris obitum, qui eo vivente fuerant idonee exhibiti, si quadrante vel triente juberentur contenti esse. *novell. 18. praefat. in fine.* consequens erat, ut excluso penitus quinto cessare dicamus semissis dati rationem, dum soli quatuor reliqui ad hereditatem ita veniunt, ac si quintus nunquam in rerum natura fuisset, accrescente reliquis quatuor liberis istius quinti portione, ut plenius in sequentibus dicendum est. Quod si non simpliciter, sed dote demum accepta renunciatio intercesserit, aut statutaria sit facta exclusio, rectius eo casu statuetur, ipsum quoque excluſum cæteris connumerari, adeo ut, si ipse quintus sit, legitima reliquorum semissem potius quam trientem complectatur : locum habente tunc ratione illa superius allegata, ob quam Justinianus eousque legitimam voluit augendam, & æquitate suadente, ut, qui dotis aut alterius deductione paternum minuisset patrimonium, prodesset quoque reliquis ad augendam prolis numerosioris intuitu inductam legitimæ quantitatem. Neque hic audiendus Fachineus, aliique nonnulli supra memorati, putantes filiam quidem statuto excluſam, sed dotandam, aut jam dotatam, numerum facere ad id, ut reliquorum legitima semis sit; eam autem, quæ dote accepta ulteriori renunciavit successioni (juxta *cap. quamvis 2. de pactis in 6.*) numerum non facere ad legitimæ augmentum. Quid enim, obsecro, interest, statuto, an renunciatione exclusa filia dotem capiat; cum utroque in casu æque contingat patrimonii paterni diminutio ex præstita vel præstanda dote, eoque contingat minorem esse reliquorum singulorum debitam ab inteſtato portionem. Quod & tanto magis admittendum, cum consideratur, ab ipsis dissentientibus asseri, dotem talem velut legitimam filiæ, aut saltem loco & vice legitimæ, habendam esse. Zoesius *ad Pand. h. t. num. 91.* Similiter eum quoque, qui sive vivo patre sive post mortem ejus nullo accepto renunciavit hereditati paternæ non simpliciter, sed in certæ personæ gratiam, veluti in gratiam tantum fratris primogeniti non reliquorum, numerum liberorum aucturum esse, verius est; eo quod, licet ipse nihil capiat, ille tamen, in cujus favorem renunciavit, portionem renunciantis percipit, & ita ex capite renunciantis diminuit patrimonii quantitatem, ac si ipse renuncians ad hereditatem perveniſſet; imo renuncians partem spe aut re percepisse videtur, perceptamque rursus in eum transtulisse, in cujus utilitatem renunciavit successioni, ut late adstruit Hartman-

mannus Piſtoris *lib. 4. quæſt. 8. num. 5. 6. 7. 8. 9.* Peregrinus *de fideicommiſſis artic. 38. num. 12.*

50. Hactenus de quæſtione prima, an exheredati, renunciantes, vel ſtatuto excluſi, augeant numerum liberorum, ad id ut legitima aucta cenſeatur. Reſtat excutere, an hi ipſi connumerandi veniant ad legitimæ partem diminuendam, ſeu, an partem faciant; veluti ſi quatuor liberos ponamus relictos, ex quibus unus ſtatuto, exheredatione, aut renunciatione, excluſus eſt, tres reliqui jure ſuccedendi haud deſtituti. Si enim reliquis tribus connumeretur ac partem faciat, ſic legitima computanda foret, ac ſi quatuor ab inteſtato ſuccederent, adeoque tres illi jure ſuccedendi haud deſtituti pro legitima unciam tantum ſinguli habituri eſſent, velut trientem quartæ partis ab inteſtato debitæ; ſi vero numerum non augeat, ſingulis reliquis pro legitima cederet uncia una & tertia alterius unciæ pars, velut triens trientis ab inteſtato delatæ. Probabilius autem videtur, talem juſte exheredatum aut ſtatuto vel renunciatione excluſum, uti in ſuperiori quæſtione non numerabatur ad augendam legitimæ quantitatem, ita nec hic computandum cæteris ad legitimam diminuendam. Primo etenim nulla ratio eſt, cur minus pro mortuo haberetur exheredatus & ſimiles juxta *d. l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emancip. liberis. §. 3.* verſ. *ſin autem Inſtit. de ſucceſſ. liberior.* ſi de minuenda, quam ſi de augenda legitima dubitatio ſit. Cui accedit, quod ineptum videatur, connumerari cæteris & partem facere eos, qui nullam omnino partem ex hereditate illa ferre poſſunt. *Liberi*, (inquit Ulpianus) *qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt, ſi per alios committatur edictum; quo enim bonum eſt eis favere, ut partem faciant, nihil habituris? l. ſi poſt mortem 10. §. liberi 4. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* junct. *l. filio 16. ff. h. t.* Quin imo, partem ejus, qui renunciatione vel tempore excluſus eſt, ita cæteris non jure exheredatis & ob id querelam moventibus accreſcere obtinuit, ac ſi hi ſoli in rerum natura fuiſſent. *l. qui, repudiantis 17. in fine pr. l. ſi ponas 23. §. ult. ff. h. t.* neque aliter penes extraneos heredes inſtitutos remanere ingratorum filiorum, & ita juſte excluſorum, portiones, quam ſi omnes liberos velut ingratos repellendos eſſe conſtiterit: alioquin ingratorum pœnam & portionem ademtam in præmium cedere liberis reliquis ingratitudinis vitio non contaminatis. *novell. 22. cap. ſi quis enim 21. pr. & §. 1.* Idemque in renun-

ciantium & ſucceſſionem reſpuentium portionibus obſervandum eſſe, conſtat ex *l. un. C. quando non petentium partes petentibus accreſcant.* Cum ergo ſic portio tota, quæ exheredatis juſte aut renunciantibus fuiſſet debita, ſi nulla renunciatio aut excluſio facta eſſet, accreſcat reliquis non excluſis, tanquam ſolis jure ſucceſſionis inteſtatæ munitis, conſequens erat, ut illud accreſcendi jus ad legitimæ quoque incrementum ſeſe extenderet, quippe quæ portionis ab inteſtato delatæ pars eſt. Si tamen & hoc caſu renunciantes vel ſtatuto excluſas filias dotem accepiſſe, vel dotis ex ſtatuto petendæ jus habere concipiamus, magis eſſet, ut renunciantium aut excluſarum portionem non cæteris in legitima inſtitutis accreſcere dicamus, ſed heredibus cæteris ſive liberis ſive extraneis inſtitutis, perinde ac ſi legitima tali renuncianti jam præſtita vel adhuc præſtanda foret, cum dos talis legitimæ locum ac vicem cenſeatur obtinere. Abr. a Weſel *de connub. bonor. ſociet. tract. 2. cap. 6. num. 141.* Fontanella *de pactis dotalibus clauſula 9. part. 2. num. 28. & ſeqq.* Peregrinus *de fideicommiſſis artic. 38. num. 12. in med.* Idemque erit, ſi renunciatio, nullo accepto, interpoſita fuerit non generaliter, ſed in certæ perſonæ favorem, quippe cui tunc ſoli renunciantis ſive portio ſive legitima obventura eſſet, non vero cæteris accretura. Vide *DD. ſupra citatos.*

51. In ineunda autem circa legitimam ratione ſpectanda quantitas patrimonii, quæ mortis tempore invenitur. *l. cum quaeritur 6. C. h. t.* arg. *l. etiamſi 3. §. ult. ff. de bonis libert. l. omni modo 30. §. ult. C. h. t.* eo modo, quo id in Falcidiæ detractione receptum eſt ex §. *pen. Inſt. de lege Falcid. l. in quantitate 73. ff. ad leg. Falcid.* Cum enim nulla viventis ſucceſſio ſit, nulla hereditas. *l. 1. ff. de hered. vel act. vend. l. 1. ff. pro herede.* legitima vero ad inteſtati ſucceſſionem habeat ſuam relationem, tanquam pars portionis ab inteſtato debitæ; nulla poteſt in vivi bonis legitima concipi. Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 3. defin. 15. num. 14. & ſeqq.* Mynſingerus *cent. 4. obſ. 25.* Quæ adeo vera, ut, ſi maxime pater ſua diſſipare incipiat ac luxu conſumere, liberi tamen eo vivo nullam legitimæ exactionem habeant; præmature quippe concipientes ſibi non ſpem tantum ſed & jus ſucceſſionis, cum adhuc vivit is, ex cujus bonis legitima debebitur. arg. *l. 1. §. ſi impubere 21. ff. de collationibus.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. n. 75.* Ferd. Vasquius *controverſ. libr. 1. cap. 37.* Nec eſt, quod alimento-

mentorum ſibi a parente debitorum prætextu videantur poſſe eo vivo legitimam conſequi, ne poſt diſperſum patrimonium iisdem fraudentur; ut poſt alios Fachineus *controverſ. libr. 12. cap. 59.* Gratianus *diſcept. forenſ. cap. 44. num. 18. & ſeqq.* cum alia huic incommodo avertendo prodita inveniantur in jure remedia, ſecundum quæ prodigo curatorem conſtitui, eique bonorum adminiſtrationem a prætore adimi receptum eſt. Et licet non ſine dedecore parentis hæc fieri concedendum ſit; tamen, cum legitimæ petitio, quæ vivo patre fieret, non aliter effectum ſortitura eſſet, quam allegata ac probata eadem prodigalitate, fruſtra ſub obtentu honoris paterni, non ea ratione magis conſervandi, fingetur ſine lege (alio modo abunde proſpiciente) poteſtas exigendi legitimam adeo juris fundamentis adverſa.

52. Huic ſententiæ conſequens eſt, errare eos, qui (poſito jure, quo filiæ non niſi accepta dote non minore, quam eſt legitima, renunciare poſſunt hereditati paternæ) arbitrantur filiam, accepta dote congrua & ad legitimam ſufficiente dotis datæ tempore, renunciantem ulteriori ſucceſſioni, non poſſe poſt parentis eiusdem obitum ſupplementum petere (ſi inter dotis conſtitutæ & mortis paternæ tempora ſic opes excreverint, ut nunc minus quam legitimam, conſiderato mortis tempore, penes filiam eſſe manifeſte appareat. Si enim nulla viventis ſit hereditas, nulla proprie loquendo legitima, & conſiderari nequeat quantitas patrimonii, niſi quæ mortis tempore fuit, jure petitur ſupplementum ejus, quod deeſt legitimæ. Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 3. defin. 15. num. 14. & ſeqq.* Zœſius *ad tit. ff. de pactis num. 40.* & *h. tit. num. 97.* Peregrinus *de fideicommiſſis art. 36. num. 17.* Barry *de ſucceſſion. libr.* 11. *tit. 25. num. 37. 38.* Graſſus §. *Inſtitutio quaeſt. 19. num. 3.* Nec moveri quisquam debet iis, quæ in contrarium moventur ab Abrah. a Weſel *de connub. bonor. ſociet. tract. 2. cap. 6. num. 52. & ſeqq.* poſt multos ibidem in unum collatos. Quod eum ipſe ſtatuit, negotium hoc, quo, dote congrua accepta, renunciat filia, non alterius conſiderationis eſſe, quam cujus eſt venditio ſpei, ſive rei futuræ, in qua ſolum præſentis temporis pretium ſpectatur, & ſufficit, licet poſtmodum id, quod ex eventu appareret emtum, longe & ſpem & pretii proportionem ſuperet, aut ex adverſo minimum aut nullum ſit; id vero gratis ab eo aſſumi putem. Et licet id, quod dotis datæ tempore legitimæ nomine

nomine datum erat patrimonio tunc ampliori proportionatum, per filiam renunciantem reſtitui non debeat poſt patris obitum, ſi ob diminutum poſtea parentis patrimonium videri poſſet juſtam excedere legitimæ menſuram: licet etiam dotis datio momentanea cauſa ſit, & pater promiſſioni dotis ſatisfeciſſe cenſeatur, ſemel facta congruæ dotis numeratione: licet denique filia ex ſua renunciatione ſemel legitime perfecta ab omni ſucceſſione inteſtata remota ſit: nihil tamen iſta omnia adverſam juvant ſententiam. Nam & poſita renunciatione, & extra omnem renunciationis conſiderationem, ſi pater congruam filiæ dotem dederit, quam ex officii paterni neceſſitate & legis ac judicis juſſu promiſerat, ſecundum *l. capite 19. ff. de ritu nupt.* promiſſio ejus & ſolutio momentanea eſt; nec tamen ideo poſt patris obitum impedita fuit ſupplementi petitio, ſi minus quam legitima in dote eſſe mortis paternæ tempore deprehenderetur, dote ſolummodo in legitimam imputanda. *l. ſi quando 35. §. 1. 2.* arg. *l. omnimodo 30. C. h. t.* contra vero diminuto patrimonio dotem retinebat filia quantumcunque, a paterna abſtinens hereditate, ſi modo ſalva eſſet cæteris liberis ſua legitima. *l. ult. ff. de dotis collatione.* Ut proinde nihil minus in hisce quam ſpei venditæ ſimilitudo reperiatur. Et quod filia renunciatione ſua ſe omni ſucceſſionis ulterioris jure exuerit, id non ultra verum eſt, quam quatenus ſalvam habet legitimam, quam ei poſt renunciationem ſalvam eſſe voluit ſtatutum, renunciationem ea demum confirmans conditione. Et quia jus Romanum æque ac hodiernum, legitimæ quantitatem æſtimari voluit ex totius patrimonii quantitate illa, quæ mortis tempore apparebat, juxta ante dicta; fruſtra quis fuerit, ſi in quæſtione præſente quandam prætendat juris Romani mutationem; cum id unum mutatum ſit, renunciationem, quæ jure Romano invalida erat, effectum ſortiri poſſe: neutiquam vero de legitima quicquam ex eo jure inveniatur innovatum; quin potius nominatim reſervatum legitimæ liberis tributæ jus, dum ſalva demum legitima renunciatio ſupponitur per ſtatutum roborata.

53. Quisquis autem legitimam perſequitur, quin & fructus a litis conteſtatæ tempore ſimul conſecuturus ſit, ne litigatori temerario ſua mora ac fruſtratoriæ litis protelationes proſint, nequaquam dubium. Fructus vero a mortis tempore usque ad litis conteſtatæ tempus perceptos quod attinet, ex juris

ris quidem Romani principiis idem de legitimæ, quod de hereditatis universæ fructibus in hereditatis petitione receptum est, statuendum existimo; cum ex ante dictis plus quam manifestum sit, legitimam portionis ab intestato debitæ partem esse, imo velut partem hereditatis quantum ad commoda non perperam haberi: adeoque, si ad legitimæ præstationem conveniatur heres, qui bona fide possedit debitam alteri legitimam, æquum, ut de extantibus teneatur, & de consumtis bona fide eatenus, quatenus inde locupletior est redditus; sin malæ fidei possessor sit, de universis sive extantibus sive consumtis reddendis dicatur obstrictus. *l. sed & si 25. §. consuluit* 11. *ff. de petit. hered. §. & si in rem 2. Instit. de offic. judicis.* Eo quod fructus considerandi veniunt velut hereditatis partes, & ipso jure hereditas ex fructibus incrementum accipit. *l. non est 9. C. famil. ercisc.* (vide latius *tit. de petit. heredit.*) Licet nunc pluribus placeat, legitimæ fructus a mortis tempore omni modo deberi, etiamsi heres neque de legitima solvenda interpellatus fuerit, neque se legitimæ præstandæ noverit debitorem esse: Peregrinus *de fideicommissis. art. 36. num. 69.* Boërius *decis. 3. num. ult.* Gratianus *discept. forens. cap. 688.* D. Someren *de jure noverc. cap.* 11. *sect. 3. num. 1. in fine.*

54. De augmento hereditatis, quod demum post mortem contigit, dubitatum, an & illud legitimam augeat ac quantitatem eius ampliorem efficiat? Prodesse illud augmentum ad augendam legitimæ quantitatem recte dixeris, quoties augmenti causa jam vivo patre extitit, sive legitimæ computatio tempore talis augmenti advenientis jam facta fuerit, sive non; nisi tempore eo, quo legitima computabatur, is, cui ea debita, ulteriori persecutioni renunciasset, & velut mediante transactione se præsenti assignatione contentum fore professus esset. Hujus generis incrementa varia sunt, veluti, si debitor hereditarius mortis quidem tempore solvendo non fuerit, sed postea ad meliorem reversus fortunam inceperit idoneus esse: vel debiti vivo testatore contracti conditio extiterit post mortem ejus. *l. cum quo 56. §. aliquis 1. ff. ad legem Falcid.* aut jure postliminii revertantur post mortem res vivo testatore per hostes captæ. *l. servi 43. ff. eod. tit. ad leg. Falcid.* aut delata defuncto hereditas legatumve, ac necdum adita vel agnita, per heredem agnoscantur; aut victoria obtineatur ex lite, quæ jam fuerat per defunctum coepta; aut conditio deficiat fideicommissi,

missi, quo pater circa res quasdam fuerat sub conditione gravatus. Cum enim hæc proficiant ad quartæ falcidiæ augmentum *d. ll.* longe magis ad legitimæ incrementum proficere dicendum est; eo quod longe major legitimæ, tacita quadam lege naturæ debitæ, ac arctissimo cognationis vinculo junctis præstandæ, quam Falcidiæ, ex sola ratione & lege civili per quoscunque heredes deducendæ, favor credi debet. Zoesius *ad Pand. h. t. num. 98. 99.* Frustraque inter legitimam ac falcidiam differentiæ rationem hic ponit dissentiens post alios Peregrinus *de fideicommissis art. 36. num. 20. & seqq.* cum vere nulla subsit. Nam & legitima & falcidia est portio per legem data, casu quo testator non dederit; & ideo invito quoque testatore detrahenda. Ut proinde non veniat considerandæ in legatis voluntas testatoris, quasi legatariis, ex voluntate testatoris, integra legata percipere debentibus, magis favendum esset, minusque falcidiæ nomine detrahendum, & ob id facilius esset admittendum patrimonii augmentum, quo minor fieret legatorum diminutio. Sane enim voluntatis contra legum dictamen interpositæ, qualis est legatorum ultra dodrantem donatio, nulla omnino ratio habenda est, sed magis omnia sic censenda, quasi nulla talis fuisset a defuncto voluntas declarata. Nec minus falcidiæ, quam legitimæ, portio certam certi temporis, mortis scilicet, taxationem habet: & licet in taxatis ac limitatis superveniens ex nova causa, augmentum non prosit; accedens tamen ex causa, tempus taxationis ante cedente, quo minus augeat, rationem nullam esse jam supra probatum est. Neque subvertit sententiam nostram, quod patroni legitima dicatur non augeri augmentis, causam ante mortem liberti habentibus. *l. si patronum 44. §. ult. ff. de bonis libert.* Non enim recte a legitima patrono data ad eam, quæ sanguinis jure proximis est debita ratione quadam naturali, argumentum transfertur; cum & in aliis pluribus illa patronorum legitima distet ab ea, quæ liberorum est, nec iisdem juris regulis consistat. Si quæ enim a patre dolo dissipata sint ac prodigalitate, non considerandæ erunt ac si in bonis essent, si de liberorum legitima quæstio sit; contra vero in debita patrono portione servatur, *l. etiam si 3. §. ult. ff. de bonis libert.* neque sic ex jure novo relinquenda patrono legitima institutionis titulo, uti quidem in liberis fieri debere a Justiniano cautum est *novell. 115. cap. 3.* denique Favianæ & Calvisianæ actiones accommodatæ

datæ patrono circa legitimam læſo; quæ tamen liberis non ita datæ. Unde manifeſtum eſt, in quibusdam melioris, in quibusdam deterioris conditionis eſſe legitimam portionem patroni, quam liberorum; atque ita a diverſis haud recte argumenta duci. Alia augmenta quod attinet, quorum cauſa poſt mortem demum teſtatores extitit; ea ad augendam legitimæ portionem non prodeſſe, verius eſt. Si tamen poſt patris obitum creverint rerum hereditariarum pretia, fundi hereditarii alluvione aucti fuerint, aut ſimile quid in ipſis rebus hereditariis contigerit, videndum, an hæc incrementa interceſſerint, poſtquam jam ex voluntate partium aut judicis officio inita fuerat legitimæ ratio, & computatio, an vero ante. Si enim poſt definitam demum legitimæ quantitatem, ſive in pecunia, ſive in corporibus quibusdam hereditariis æſtimatis præſtandam, hujus generis incrementa ſuperveniſſe appareat, nullo modo legitimæ quantitati ſemel definitæ augmentum allatura ſunt; eo quod per rerum certarum aut pecuniæ aſſignationem videtur quædam inita eſſe venditionis ſpecies, eo modo, quo & alias in adjudicationibus inter coheredes ſociosve fieri ſolitis, in quantum is, cui debita erat legitima, cuique ex eo capite ipſo jure competebat in rebus ſingulis hereditariis ſua portio (uti mox dicetur) has cæteris heredibus ad legitimam ſolvendam obligatis vendidiſſe cenſetur, & pretium earum accepiſſe, quando pecuniam pro legitima ſibi aſſignari paſſus eſt; vel viciſſim res quasdam hereditarias ab heredibus emiſſe, quando certis rebus hereditariis ſibi pro legitima datis dimiſſus eſt, eo modo, quo id etiam in omnibus inter coheredes ſociosve aut conſines adjudicationibus factis locum habet: principiis vero juris conveniens eſt, omnem rerum venditarum alluvionem, pretii augmentum, ac commoda alia emtori cedere, pretio ſemel recte conſtituto propter hæc nullatenus augendo, ut dicetur *tit. de peric. & commod. rei vend.* Sed ſi acciderint hæc rerum augmenta ante initum legitimæ calculum & aſſignationem etiam ad legitimæ quantitatem augendam profutura, non dubitem. Debetur namque legitima liberis ipſo jure non in pecunia numerata aut certis quibusdam rebus, ſed in ipſis corporibus hereditariis ſingulis pro rata. arg. *l. pen. C. h. t. novell. 18. praefat. in fine, & cap. 1.* in verbis *triuncium, ſexuncium, quadriuncium*, ſic ut, pro quota parte percipere debent bonorum quantitatem legitimæ titulo, pro ea etiam rerum hereditariarum

riarum domini cenſeantur. arg. *l. lineam 26. ff. ad leg. Falcid.* Cui conſequens eſt, ut & ex alluvione, & ex rerum pretiis auctis, tanquam pro parte domini, ſuam partem ferant. Peregrinus *de fideicommiſſis art. 36. num. 26. 27. 29.* Licet enim verum ſit, non præciſe rerum ſingularum partem legitimæ titulo aſſignandam eſſe, ſed magis aut mutua conventione aut judicis arbitrio in certis rebus vel quantitate pecuniaria legitimam conſtitui, aut teſtamento paterno dari, ſic ut nec legitimam debens ſuo arbitratu ſolvere eam, nec petitionem ejus habens eandem ſuo arbitrio deducere poſſit. Graſſus §. *legitima quaeſt. 17.* Peregrinus *de fideicommiſſis art. 36. num. 28.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 4. conſil. 210.* verſ. *ten tweden.* Menochius *de arbitrar. jud. lib. 2. cent. 2. caſu 163.* Berlichius *deciſ. 280. num. 11. & ſeqq.* id tamen non impedit, quo minus ipſo jure ſingulis ex rebus hereditariis portio legitima debita ſit; eo modo quo & heredes plures ipſo jure rerum ſingularum hereditariarum pro rata domini ſunt, & tamen adjudicatione rerum, non ſatis apte dividendarum, tandem a communione ſolent abire.

55. Quæ de augmentis ſervanda diximus, eadem & in decrementis eodem modo obtinere ſuadet vulgata regula, ſecundum quam pericula & incommoda rei cujusque eum ſequi debent, quem commoda ſequuntur. *l. ſecundum 10. ff. de regul. juris §. quum autem 3. Inſtit. de emt. vendit. §. illud 3. Inſtit. de ſocietate.* atque adeo per defunctum, ſive ex contractu, ſive ex legato, ſive ex fideicommiſſo debita ſub conditione, eadem poſt mortem demum debitoris exiſtente, minorem efficient legitimæ quantitatem, quia cauſa diminutionis vivo teſtatore extitit. arg. *l. in quantitate 73. §. 1. 2. 3. ff. ad leg. falcid.* Contra vero poſt mortem & initum legitimæ calculum ac quantitatis definitionem contingens diminutio æſtimationis rerum hereditariarum, aut edacitate, chaſmate, mortalitate, aliove caſu ſuperveniens earum decrementum aut interitus, non minuet legitimam ſemel æſtimatione & adjudicatione rerum vel pecuniæ, aut transactione, conſtitutam: quæ tamen diminutio aut interitus ſi accidiſſet ante factam legitimæ computationem & adjudicationem, etiam legitimæ imminutionem poſt ſe traheret, ſi modo culpa deſit ejus, qui ad legitimæ præſtationem obſtrictus eſt: ea enim apparente, dum forte neglexit pretio majore diſtrahere res promercales, aut agrum hereditarium munire adverſus edacitatem fluminis, aut averten-

tendam ruinam ædes fulcire, ſolum negligentem, non vero legitimæ perſequendæ jus habentem, hæc patrimonii diminutio eſſet gravatura. Peregrinus *de fideicommiſſis d. art. 36. num. 33.* Neque quicquam hic in contrarium movet, quod hujusmodi decrementa patrimonii nullam in falcidiæ detractione & computatione ineunda mutationem faciant. *d. l. in quantitate 73. ff. ad leg. Falcid. §. pen. Inſt. eod. tit.* cum alia hac in parte falcidiæ, quam legitimæ ratio ſit. Quod enim in falcidia ſuperveniens illa diminutio non conſideretur, id inde eſt, quia in omnem eventum ea diminutio heredi nequit damnoſa eſſe, ut inquit JCtus, dum ei liberum eſt, non adire hereditatem: quo fiet, ut neceſſe ſit legatariis, ne deſtituto teſtamento nihil conſequantur, cum herede in portionem legatorum paciſci. *d. l. 73. in fine pr. d. §. pen. Inſt. ad legem Falcid.* Cum ex adverſo nunquam is, cui legitima debita, metu teſtamenti deſtituendi moveretur ad pactionem in partem cum herede inſtituto ineundam; quippe non aliud votis magis exoptare valens, quam ut, herede hereditatem ſibi teſtamento delatam repudiante, ipſe jure ſucceſſionis ab inteſtato munitus, deſtituto teſtamento, ex aſſe aut ſaltem portione integra ab inteſtato debita heres fiat.

56. Licet autem in legitimæ calculo ineundo dixerimus ſpectandam eſſe patrimonii quantitatem, quæ mortis tempore invenitur; varia tamen ſunt, quæ prius inde deducenda veniunt, eo habenda loco, quaſi nunquam fuiſſent in defuncti ſubſtantia. Ne quid enim dicam de funeris impenſis & ære alieno prius inde exſolvendo. *l. Papinianus 8. §. quarta 9. ff. h. t.* deducenda inſuper, quæcunque defunctus tanquam fiduciarius poſſedit, & ex fideicommiſſo reſtituere rogatus eſt: quippe quæ etiam merito æris alieni jure cenſenda ſunt, neque ad gravati heredes transeunt, neque exiſtente fideicommiſſi caſu in bonis fiduciarii amplius computari poſſunt, ſed magis a fiduciarii morte bonis fideicommiſſarii annumeranda: quippe quæ fideicommiſſarius non actione tantum perſonali ex teſtamento perſequi, ſed et rei vindicatione petere poteſt; ut proinde non jure ex his, quæ teſtatoris in patrimonio non ſunt, nec ad heredes ab inteſtato transmittuntur, deduceretur legitima, portio illa debitæ ab inteſtato portionis. *l. ult. §. 2. 3. C. communia de legatis.* Eoque facit, quod nec in falcidiæ quantitate definienda reſtituendæ ex fideicommiſſi cauſa res conſiderantur, ut

defuncti propriæ, ſed potius tanquam extra patrimonii maſſam poſitæ, & æris alieni loco. *l. irritum 8. C. ad leg. Falcid.* Berlichius *part. 3. concluſ. 11. num. 19. 20.* Schraderus *de feudis part. 7. cap. 5. num. 52.*

57. Quod ſpectat res jure primogenituræ natu majori ſoli cedentes, ſive allodiales ſive feudales; nec eas ad conſtituendum bonorum cumulum conſiderandas eſſe, nec legitimam inde deberi, communius receptum eſt. Nam cum nullus præter primogenitum jus ſuccedendi in ea habeat, & legitima jus ſuccedendi ab inteſtato ſupponat, tanquam portio portionis ab inteſtato debitæ, abſurdum videri poſſet, ex bonis illis augeri legitimæ quantitatem, a quorum ſucceſſione in totum remotus eſt is, de cujus legitima quæſtio eſt. Et ut de feudis paulo plenior fiat diſcuſſio, haud diſtinguendum exiſtimo, utrum novum fuerit feudum, an antiquum; &, ſi novum, utrum emtum, an ſine pretii interventu ex liberalitate quæſitum defuncto. Quamvis enim pretio ſoluto diminutum videri poſſit defuncti patrimonium; quia tamen mortis tempore ſpectanda eſt patrimonii quantitas, neque tunc pretium illud in bonis eſt, neque res feudalis in pretii locum ita ſuccedit, ut pretii ipſius naturam indueret ac qualitatem, ſed ſuo jure proprio, per dominum directum prima conſtitutione circumſcripto, conſiſtit; neque pater impeditur ſuam ſubſtantiam, dum vivit, diminuere, eaque ratione efficere, ut minor mortis tempore legitimæ ſit quantitas, præſertim, ſi bona fide, ſine fraudandorum liberorum propoſito, id egerit; conſequens eſt, ut neque pretii quod tempore mortis nuſpiam apparet, neque feudi ipſius emti (a cujus ſucceſſione remoti ſunt, primogenito excepto, reliqui) ratio in calculo bonorum & legitimæ ineundo habeatur. Schraderus *de feudis part. 7. cap. 5. num 46. & ſeqq.* Fachineus *controverſ. lib. 4. cap. 23.* Petrus Bort *de feudis Holl. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. pag. mihi 123.* Petrus Heygius *part. 1. quaeſt. 25.* Joachimus a Beuſt *ad l. admonendi 31. ff. de jurejurando n. 874.* quæſt. *an ex feudo novo a patre emto, filiabus debeatur legitima.* Neque movet, quod defunctus emens feudum, jure primogenituræ deinceps deferendum, videri poſſet donationem pretii filio primogenito feciſſe, quo fundamento diſſentit de feudis emtis poſt Hartmannum Piſtorem, Thomingium *deciſ. 2.* & alios, Berlichius *part. 3. concluſ. 11. num. 30.* Gratis namque fingitur hoc caſu dona-

donatio pretii, quod non ad filium, sed venditorem pervenit: gratis assumitur, patrem feudum sibi comparantem voluisse liberalitatem quandam inter vivos in primogenitum exercere, dum incertum prorsus, an unquam ille, qui emtionis tempore primogenitus est, parenti superstes sit futurus, & feudi successor. Sed & si hæc maxime darentur universa, tamen nec ideo sequeretur, donata illa collationi post mortem obnoxia esse, aut patrimonii quantitati ad legitimam definiendam annumeranda, ut patebit ex mox dicendis.

58. Si tamen statuto vel consuetudine inductum fuerit, feudi novi emti primogenito cessuri pretium per eundem primogenitum fratribus cæteris conferendum esse (de quo nos plenius ad *tit. de collationibus*) dubitatio nulla superesse potest, quin pretium illud ad augendam legitimæ quantitatem sit profuturum. Constat namque, ea, quæ conferenda sunt, sic patrimonio defuncti copulari, ac si ipso mortis tempore fuissent naturaliter in ejus dominio, & in res collatas æquale successionis jus liberis omnibus esse quæsitum; quibus consentaneum est, ut legitimæ jure partem quandam ex eo ferant pretio collato, ex quo virilem tulissent ab intestato portionem. Petrus Bort *de feudis Holland. d. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. n. 27.* præsertim, cum & quævis alia collationi obnoxia, & ita inter coheredes dividenda, etiam ad legitimæ augmentum proficiant. Papon. *lib. 20. tit. 7. arrest. 10.* Sive is, qui conferre debet, hereditatem adeat, & ita conferat, sive non adeat, & ita nec conferat, sive denique ipsi remissa nominatim fuerit paterno testamento conferendi obligatio. Nam etsi repudiet, dote aliisque perceptis contentus, aut etiam a collatione liber sit ex remissione paterna, & ita non videantur illa patrimonio paterno adnumeranda esse, tanquam quæ naturaliter a patrimonio patris recesserant, & cessante collationis necessitate nunquam cum eo iterum sunt consolidanda. *arg. l. ult. ff. de dotis collatione.* tamen, cum supra dictum fuerit, eos, qui dote vel legitima inter vivos accepta de cætero renunciarunt hereditati paternæ, sic considerari ac si successissent, ac partem facere in minuenda reliquorum legitima; fas est, ut & per eos percepta patrimonio paterno in computanda legitima sic adnumerentur, quasi re ipsa collationem feciissent & successissent. Papon. *d. lib. 20. tit. 7. arrest. 7.* Ne dicam, malitiis & collusionibus ad fraudandam legitimæ quantitatem viam aper-

tum iri, ſi ob collationis remiſſionem, aut hereditatis repudiationem ceſſante naturaliter collatione, minus crederetur in patrimonio eſſe, & ita minus legitimæ nomine deduceretur fictis repudiationibus & collationum remiſſionibus facile fabricandis.

59. Quin imo, ſi feuda antiqua, quorum nomine collationem non eſſe faciendam manifeſtum eſt, deſierint ejus eſſe conditionis, ut primogenito cedant, dum pater liberam teſtandi de feudo antiquo facultatem a directo feudi domino impetravit, & ita vel teſtamento illud inter liberos diviſit, vel uni ex liberis ſive maximo natu ſive natu minoribus aut filiabus aut etiam prorſus extraneo reliquit, non dubitandum putem, quin feudi ſaltem æſtimatio paterno patrimonio cumulanda ſit, ut legitimæ quantitas inde præſtetur. Cum enim per obtentam teſtandi licentiam & ſubſecutam diſpoſitionem evanuerit omne jus primogenituræ, quod unum impedimento erat, quo minus feudum in bonis paternis ad legitimam definiendam computaretur, & non ex beneficio aut voluntate domini directi, vel providentia juris feudalis, aut pactione primi acquirentis, ſed mera patris teſtantis liberalitate tanquam res ejus propria deferatur, atque ita hactenus feudum redactum ſit ad inſtar allodialium; ratio nulla videtur, cur non etiam ad exemplum cæterorum allodialium paternam augeret ſubſtantiam in legitimæ quantitate definienda. Quod etiam haud leviter ex eo firmatur, quod placuit interpretibus, ex feudis hereditariis ſeu eorum æſtimatione legitimam deberi, non alia de cauſa, quam quia iſta ſe habent, ut cætera hereditaria ultimi poſſeſſoris bona, & heredibus quibuscunque cedere poſſunt: uti poſt Bartolum & alios defendit Fachineus *controverſ. lib. 4. cap. 23.* verſ. *ſecunda concluſio.* Jul. Clarus §. *feudum quaeſt. 46.* Et licet Berlichius cum aliis exiſtimet, in caſu, quo pater ex conſenſu domini directi feudum donaverat ſecundo genito, ſolum primogenitum, tanquam ſolum in eo feudo jus ab inteſtato ſuccedendi habentem, legitimam, id eſt, trientem ex æſtimatione feudi ſecundo genito donati percepturum eſſe; non item cæteros filios natu minores, quaſi jure ſucceſſionis inteſtatæ deſtitutos, *practicab. concluſ. part. 3. concluſ. 11. num. 28. & 29.* & hæc ipſa quoque de feudis Hollandicis tradantur a Pet. Bort *de feudis Holl. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 15. & ſeqq. pag. mihi 125. & ſeqq.* iſta tamen ſententia tum demum admittenda videtur, cum non libera teſtandi

di facultas per dominum directum conceſſa eſt, ſed nominatim in donationem feudi certæ perſonæ, puta ſecundo geniti, intuitu conſenſus accommodatus eſt; quippe quo caſu feudum non ita pleno allodialium jure cenſeri poteſt, nec diſpoſitionis paternæ liberalitate ac beneficio in liberos omnes conferri: nam ſi (uti nunc in Hollandia & aliis locis) libera teſtandi facultas detur, per quam vel liberis vel extraneis relinqui poteſt, feudalia hactenus induere allodialium naturam ac conditionem, & per diſpoſitionem teſtamentariam in rem & ſubſtantiam teſtatoris redigi, teſtatur Petrus Bort *de feudis Holland. part. 5. tit. 2. cap. 1. num. 23. pag. mihi 70.* & *tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 2. d. pag. 124.* firmumque circa feuda Hollandica, & alia ſimili jure regenda, argumentum eſt, quod teſtamento paterno legata liberis feuda, ei, cui legata ſunt, licet ipſi natu maximo, imputanda ſunt in legitimam, perinde ac ſi res alia quæcunque allodialis legata eſſet, ut ipſe Bort *d. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4 num. 2. d. pag. 124.* Si enim imputentur tunc feuda in legitimam ei, cui legata ſunt, aliter fieri non poteſt, quin quanto minus legitimæ nomine ex patrimonio paterno deducit filius ob feudum ipſi legatum in legitimam imputatum, tanto major ſuperſit patrimonii quantitas cæteris liberis ex teſtamento vel etiam ab inteſtato ceſſura (poſito quod pater voluerit unius filii intuitu teſtatus, reliquorum reſpectu inteſtatus mori, uti poteſt) cui conſequens eſt, ut et debita ex tali portione legitima debeat pro rata augmentum habere.

60. Cæterum, quod neque Hollandica, neque Gelrica, pluriumque locorum aliorum feuda in patrimonio defuncti & inteſtati computentur, id inde eſt, quia, licet in multis noſtratia feuda, etiam hereditaria nobis dicta, cum feudis hereditariis vulgo per interpretes feudales appellatis, magnam habeant affinitatem, non tamen in omnibus, ſed plures ſuperſint differentiæ, uti nos latius dicemus in materia feudali, & obſervat Petrus Bort *de feudis Holland. part. 5. tit. 3. cap. 10. quæſt. 6. num. 35. pag. 202. & 203.* & *d. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 6. 7. pag. 124.* Ultrajectinis tamen magis placuit, non attentis hisce differentiis, quantum ad hanc quæſtionem attinet, ſua feuda & emphyteuſes, etiam jure primogenituræ ad exemplum feudorum devolventes, cenſere ex jure de feudis mere hereditariis vulgo recepto; adeoque & emphyteuticaria & feudalia prædia, licet primogenito jure inteſtati cedentia, imo

omnia jure primogenituræ natu majori obvenientia, æſtimari volunt, & æſtimationem patrimonii paterni adjiciunt cumulo, atque ita demum legitimæ calculum ſubducunt. Petrus Bort *de feudis Hollandiae part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 29. pag. 128.* Waſſenaar *practijk judicieel cap. 11. num. 114.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 3. vol. 2. conſil. 134. num. 1.* adde de mobilibus Carpzovium *defin. for. part. 3. conſtit. 11.* Berlichium *part. 3. concluſione 17.* An vero illud, quod de bonis emphyteuticariis in ſolo Ultrajectino obtinere diximus, ut connumerentur, antequam fiat legitimæ determinatio, etiam locum habeat, cum non de liberorum, ſed parentum legitima quæſtio eſt, merito dubites, propter ea quæ judicata narrantur apud Rodenburch *de jure conjugum in tract. praeliminari de ſtatut. diverſitate tit. 3. cap. 2. parte priore num. 5. in fine pag. mihi 135.*

61. Expoſitum hactenus, quænam patrimonio annumeranda ſint, ut inde legitimæ portionis quantitas definiatur. Proximum eſt, ut excutiatur, quænam in ipſam legitimam veniant imputanda. Qua de re regulam non improbabiliter tradi poſſe puto, ea omnia in legitimam imputanda eſſe, quæ collationis neceſſitati ſunt obnoxia. arg. *l. illud ſine 20. pr. C. de collationib. l. quoniam novella 29. C. h. t.* Deckherus *lib. 2. diſſert. 6. num. 11.* Fontanella *de pactis dotal. clauſ. 4. gloſſ. 1. n. 48.* Berlichius *deciſ. 246.* Quod & naturalis ratio dictat: ſi enim legitima ex patrimonio paterno debita ſit, & collatio faciat, ita collata patrimonio adjungi paterno, ac ſi nunquam ab eo receſſiſſent, & unicam cum eo juncta conſtituant maſſam, deinceps inter liberos æqualiter, aut ſecundum paternum elogium dividendam; non poteſt fieri, quin conferenda etiam in legitimam veniant imputanda; quaſi compenſatione facta melius fuerit, non conferre, quam collatum repetere. arg. *l. ideo 3. ff. de compenſat.* præſertim, cum & collatio non tantum fiat re ipſa inferendo accepta, ſed & tanto minus ex hereditate deducendo. Et hæc usque adeo vera, ut & nepotes, præmortuo parente ſuccedentes avo, pati debeant, in legitimam ſibi imputari ea, quæ parens intermedius, ſi ſuperſtes fuiſſet, debuiſſet conferre; ſive heredes fuerint parenti intermedio, ſive non; ſive cum patruis ſuis concurrant, ſive ſoli avo ſuccedant. arg. *l. illam 19. C. de collation.* cum omni caſu nepotes, uti avo per patrem conjunguntur, ita ex capite patris ac jure repræſentationis

tionis ad avitam veniant hereditatem; nec casus mortalitatis parentis intermedii nocere debeat reliquis liberis simul avo succedentibus; quibus tamen noceret, si nepotum legitimæ non imputaretur, quod parentum intermediorum legitimæ fuisset imputandum, si vixissent. Quibus adde, æquum non esse, utmelioris essent conditionis illi, qui in aliorum præmortuorum locum subintrant, quam fuissent hi, quorum locum obtinent ac personam repræsentant. Joh. Papon. *lib. 20. tit. 1. arrest. 22.* Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 3. defin. 16. 17. 18.* Christinæus *vol. 4. decis. 2. num. 7.* Deckherus *lib. 2. dissert. 6. num. 11. & seqq.* Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract. 2. cap. 6. num. 145. & seqq.* Resp. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 257. pag. 774. 775.* vide distinguentes, sed minus recte, Berlichium *decis. 246.* Grassum §. *legitima quæst. 23. num. 6. & seqq.* Ant. Thesaurum *decis. 237.* His conveniens est, & dotes & propter nuptias donationes concessas ab eo, ex cujus bonis legitima debita, imputari oportere. arg. *auth. ex testamento, & l. 4. 5. 7. 12. 17. C. de collationibus. d. l. quoniam novella 29. C. h. t.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 91. n. 5. 6.* Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 19. defin. 31.* Peregrinus *de fideicommissis art. 36. num. 131. 132.* Ant. Thesaurus *decis. 237. n. 1.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 18. n. 18.* idemque de militia emta filio dicendum est. *l. omni modo 30. §. ult. C. h. t.* & de cæteris rebus quamplurimis, de quarum collatione prolixa disputatio est, idem judicium esse debet, quoties collationis necessitatem in iis locum invenire rationes juris legesque dictant, de quibus videndum *tit. de collationibus.*

62. Non tamen imputanda in legitimam, quæ parens binubus ultra filialem portionem reliquerat secundæ conjugi, quæque ob id, velut contra legem data, eidem ademta cesserunt thori prioris liberis, juxta *l. hac edictali 6. C. de secund. nupt. & novell. 22. cap. optime vero 27.* eo quod *d. l. 6.* & salvam liberis vult esse legitimam, & concedit beneficium detrahendi id, quod supra partem filialem conjugi secundæ relictum fuit. Primo ergo legitimam singulis prioris matrimonii liberis salvam esse necesse est; tum deinde supra legitimam id cedit iis, quod in pœnam secundarum nuptiarum novercæ vel vitrico secundum legem erat adimendum. Cravetta *consil. 194.* Fachinæus *controvers. lib. 3. cap. 70.* D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap. 11. sect. 2. num. 5.* Similiter in legitimam non

imputanda feuda & alia jure primogenituræ natu maximo cedentia, idque iisdem ex fundamentis, ex quibus ea non augere paternum patrimonium ad conſtituendam legitimæ quantitatem, ſupra monuimus: excepto ſolo Ultrajectino, ubi placuit, illa quoque legitimæ imputanda eſſe: excepto quoque in Hollandia alibique caſu, quo feudi novi emti pretium fratribus cæteris eſt conferendum; eo quod tunc verum eſt, effectu inſpecto natu maximum feuda & ſimilia jure præcipui non poſſidere: excepto denique caſu, quo feudum antiquum natu maximo vel ſecundo aut tertio genito filio acquiſitum eſt non ex jure ſucceſſionis feudalis inteſtatæ, ſed ex diſpoſitione patris teſtamentaria ex conſenſu domini ſuperioris facta; eo quod tunc ſucceſſionis intuitu allodialium aut feudorum hereditariorum naturam ac conditionem videntur induiſſe. Adde ſuperius dicta, & Julium Clarum §. *feudum quaeſt. 46.* Petrum Bort *de feudis Holland. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. n. 1. 2. pag. 124.* Neoſtadium *de feudis Holland. cap. 6. n. 11.* Paulum Voet *ad §. ult. Inſtit. h. t. num. ult. in med.* An autem legata aut prælegata relicta ei, qui legitimæ petendæ jus habet, in legitimam imputanda ſint, in ſequentibus, ubi de actione ad ſupplementum tractatur, manifeſtum fiet.

63. Modum relinquendi legitimam quod attinet, obſervandum ante omnia, liberam eam eſſe oportere ab omni onere, ſic ut neque ex conditione aliqua ſuſpendi, neque gravari fideicommiſſo poſſit, neque uſufructu legitimæ defraudari illi, quibus ea debita, nulla denique dilatio, nullus modus addi, quo gravamen videretur legitimæ impoſitum, aut diminutio ejus facta. Quod ſi vel conditionibus vel dilationibus aut aliqua diſpoſitione, moram aut modum aut aliud gravamen introducente, imminutum eſſe videatur legitimæ plenum jus, gravamen omne pro non ſcripto & irrito habendum eſt, & ita tollendum, quaſi nihil eorum teſtamento additum eſſet, idque quantum ad ipſam portionem legitimam, non quantum ad alia, quæ ſupra legitimam inveniuntur data. *l. omnimodo 30. pr. l. quoniam 32. C. h. t. auth. noviſſima. C. h. t. novell. 18. cap. prohibemus 3.* Gomezius *variar. reſol. tom. 1. cap. 11. n. 27. 28.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 35. & 265. in fine.* Andr. Gayl. *lib 2. obſerv. 119.* Chriſtinæus *ad leg. Mechlinienſes tit. 16. art. 26. num. 11.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 18. n. 15. 16. 17.* Niſi tamen bona

mente

mente onus aliquod legitimæ impositum appareat: quibus enim in casibus ratam esse exheredationem bona mente factam, supra traditum; iisdem quin & gravamen imponi legitimæ possit, non dubitandum. Groenewegen *ad l. filiis 25. C. h. t.* Neque his, quæ de legitima fideicommisso non oneranda dixi, repugnat *l. si pater puellae 12. C. h. t.* quæ reciproco fideicommisso legitimam gravari posse innuit. Licet enim non desint, qui in universum in fideicommisso tali reciproco exceptionem admittunt; licet alii casum singularem *d. l. 12.* comprehendi arbitrentur, quia non perpetuum, sed temporale tantum fideicommissum, usque ad vicesimum quintum ætatis annum sese extendens, a parente est impositum. Deckherus *lib. 1. dissert. 14. n. 22.* rectius tamen sentire videntur, qui *d. l. 12.* per Justinianum abrogatam putant, sic ut ne in terminis quidem *d.* legis duodecimæ gravamen jure novo subsistat, improbato in universum onere quocunque. *d. l. 30. 32. C. h. t.* Nec est, quod quis hic juris veteris emendationem admittere reformidet; cum *d.* lex duodecima etiam alia sui parte mutationem passa sit per *d. l. 32.* supponit enim, gravamine legitimæ impositio querelam inofficiosi dandam esse, quæ uti in ipsa facti specie legis duodecimæ calumniosa Imperatori videbatur, ita in aliis casibus censeri debebat jure movenda: cum tamen propter impositum legitimæ onus quodcunque jure posteriori supervacua fuerit inofficiosi accusatio; dum pro non scriptis fuerunt habita, quæcunque legitimæ gravamen redolebant *d. l. 32. C. h. t.*

64. Quod si liberos in proprietate nuda ex asse institutos concipiamus, uxori vero omnium bonorum usumfructum relictum esse; liberi quidem omnium bonorum proprietatem sibi habebunt, secundum defuncti parentis judicium, sed tamen insuper legitimæ usumfructum jure sibi vindicabunt, quippe sibi testamento contra leges ademtum: & vice versa, si omnium bonorum ususfructus liberis datus sit, proprietas in universum aliis, salvam nihilominus habituri sunt legitimæ ipsius proprietatem. D. Someren *de jure novercarum cap. 11. sect. 3. num. 1. circa fin.* Responsa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 134. n. 1. & part. 1. consil. 57. quaest. 6.* Sande *decis. Frisic. lib. 4. tit. 7. defin. 1. 2.* Leeuwen *cens. forens. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 17. in fine.* Gomezius *variar. resolut. tom. 1. cap. 11. n. 26.* Andr. Gayl *lib. 2. observ. 144. n. 1.* Carpzovius *defin. forens.*

part. 3. conſt. 12. defin. 7. Niſi teſtamento nominatim electio conceſſa fuerit, intra certum temporis ſpatium declaranda, utrum ſola omnium rerum proprietate vel etiam ſolo omnium bonorum uſufructu contenti eſſe velint, an plenam legitimam proprietatis ac uſusfructus jure ex hereditate defuncti ſibi arrogare: quo facto, ſive nudam proprietatem eligendam putaverint, ſive uſumfructum aut quid ſimile ſibi propoſitum, ſive iis repudiatis ad legitimam venire maluerint, electione ſua perſecutionis ulterioris jure deſtituti ſunt: cum non poſſit inofficioſum dici teſtamentum, ex quo quis habuit legitimæ conſequendæ poteſtatem; neque videri poſſit in fraudem legitimæ conceptum teſtatoris præceptum, qui, eo etiam ſpreto, voluit ſalvam nihilominus eſſe legitimam. Sive enim legitimam filius elegerit, habet quod leges præſtari juſſerunt, ſive totam elegerit hereditatem cum pleno fideicommiſſi onere, vel nudam proprietatem, vel nudum uſumfructum, per ipſum ſtetit, quominus ex teſtamento haberet, quod ei leges dari jubent. Ut proinde non de teſtatoris iniquitate aut pietate neglecta, ſed magis de ſe queri ſibique imputare debeat. arg. *l. plane ſi filium 94. §. ſi cui Stichus 2. ff. de legatis 1.* Surdus *deciſ. 21. n. 20.* Peregrinus *de fideicommiſſ. art. 36. n. 96. in med.* Menochius *libr. 4. praeſumt. 196. num. 23.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Inſtit. h. t. n. ult. fere in fine.* Diſſent. Sande *deciſ. Frific. libr. 4. tit. 7. def. 2. in fine.* Nec contrarium inferri poteſt ex *l. Sejus & Agerius 27. ff. ad leg. Falcid.* quaſi nulla eſſet omnis teſtatoris voluntas fraudandæ portionis legitimæ gratia interpoſita: cum, ut jam obſervatum, in electione, quam teſtator in caſu noſtro teſtamento dedit, nulla fraudatio legitimæ, ſed potius expreſſa ejus conceſſio contineatur.

65. Simili modo apud nos infrequens non eſt, ut parentes ſibi invicem omnium bonorum uſumfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam ætatem pervenerint: quo caſu interim quidem nullus legitimæ uſusfructus peti poteſt, quippe cum alimentis ad legitimam usque ætatem præſtandis compenſandus; ſed adimpleta ætate legitima, recte petitur a liberis debita legibus portio, ab omni uſusfructus onere libera. arg. *d. nov. 18. cap. 3.* Andr. Gayl. *lib. 2. obſerv. 144. num. 1.* Sim. van Leeuwen *cenſur. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 20.*

n. 20. in med. Reſponſ. JCtor. Holl. *part. 2. conſil. 227.* Adde *conſil. 225. poſt med. pag. 447. & part. 4. conſil. 276.*

66. Secundo legitimam inſtitutionis titulo relinqui debere Juſtiniano placuit; nec ſufficere, quod per donationem, vel legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcunque modum portio data fuerit legibus debita. *novell.* 115. *cap. 3. in pr.* tum, quia honoratior eſt inſtitutionis, quam legati titulus. *l. filium 5. §. ſed & ſi 6. ff. de legatis præſtand. contra tab. bon. poſſeſſ. petita.* tum quia pinguior, dum jure accreſcendi ad totam hereditatem pervenire poteſt titulo inſtitutionis, licet ad rem minimam, vocatus; cum contra legati donationisve jure legitimam percipiens nunquam jure accreſcendi totius poſſit hereditatis compos fieri. *l. 1. §. ſi ex fundo 4. ff. de hered. inſtituend.* Quod an etiamnum hodie apud nos obtineat, varia pragmaticorum ſententia eſt; inſtitutionis titulum requirit Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 17.* ſufficere alium quemcunque, videtur cenſere Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 2. cap. 18. n. 18.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Inſtit. h. t. num. ult. in med. ibique plures DD. citati.* Nec exiguus hujus controverſiæ uſus eſt: nam ſi ſolo inſtitutionis titulo relinqui debeat, eo neglecto, querelæ locus erit, liberique ab inteſtato heredes, ſed vi clauſulæ codicillaris fideicommiſſo gravati, legitimam ſimul & Trebellianicam habebunt ſalvam. Sin titulus legati ſufficeret, aliusve ſimilis, non niſi ad ſupplementum legitimæ ſupereſſet actio ei, cui alio quam inſtitutionis jure minus quam legitima datum effet. Cæterum diſtinctionis ope non inepte hoc componi poſſe diſſidium exiſtimo; ita ut querelæ quidem locus ſit relinquendus, non tantum, cum præteriti in univerſum aut exheredati ſunt liberi, ſed & cum ſimpliciter legati titulo ipſis res certa aut certa quantitas pecuniaria relicta eſt, nec expreſſum, legitimæ loco hæc data eſſe, quo de caſu concepta Neoſtadii deciſio ſuperius memorata decima ſeptima. Si vero declaratum teſtamento inveniatur, rem aut quantitatem legati titulo collatam legitimæ loco ac vice dari, aut alia occurrant his æquipollentia, ceſſatura videtur querela, & ad ſupplementum tantum agi poterit, etiamſi verba defuerint heredis inſtitutionem palam præ ſe ferentia; quaſi in liberis legitimæ mentioni adjectum *legandi* verbum pro inſtitutione habendum ſit, ne alioquin verbis magis quam rebus jura videantur ſcripta eſſe. Hugo Grotius *d. lib.*

libr. 2. cap. 18. n. 18. Reſponſ. JCtor. Holland. *part. 1. conſil. 13. & conſil. 158. & conſil. 265. & part. 2. conſil. 4. & part. 5. conſil 44.*

67. Eſt autem hæc actio ad ſupplementum perſonalis ſtricti juris, ſcilicet condictio ex *l. omni modo 30. C. h. t.* quæ non ipſis tantum legitimæ petendæ jure munitis accommodata eſt, ſed & heredibus eorum quibuscunque, etiamſi præparata non fuerit per defunctum hæc actio, nec cœpta moveri, nec defunctus agnoverit legitimam ſibi in rebus certis, ſed non ſufficientibus, teſtamento aſſignatam: ſive enim legitimam ex ſententia quorumdam ſtatuamus eſſe quotam hereditatis, neceſſe eſt, ut petitionem ejus ad heredes quoscunque transmitti dicamus, eodem jure, quo & tota hereditas ex jure deliberandi per eos, qui eam ſibi delatam eſſe non ignorant, transmitti ſolet, juxta *l. cum in antiquioribus 19. C. de jure deliberandi.* ſive eam ut partem bonorum, & ut æs alienum ex legis diſpoſitione debitum conſideremus, in heredes transmiſſio admittenda eſt, exemplo quartæ D. Pii impuberibus adrogatis tributæ. arg. *l. ſi adrogator 22. ff. de adoptionibus.* Andr. Gayl *libr. 2. obſerv. 120. n. 17. & obſerv. 131. n. 12. 13.* Mantica *de conjectur. ult. volunt. libr. 7. tit. 8. n. 10.* Chriſtinæus *ad leg. Mechlinienſes tit. 16. art. 26. n. 12.* Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 3.* verſ. *ende indien bevonden werde.* Reſponſa jCtor. Holl. *part. 4. conſil. 275. quaeſt. 2.* Nec eſt, quod a querela non præparata ad heredes non transmittenda argumentum ducatur ad hanc de ſupplemento actionem; eo quod inofficioſi accuſatio, tanquam impugnans defuncti judicium, & teſtatorem neglectæ pietatis, imo furoris, arguens, odioſa plane eſt; cum ex adverſo actio ad ſupplementum intentetur per eum, qui ſupremum comprobavit teſtatoris elogium, atque ita nequaquam odioſa ſit. Et hinc quoque eſt, quod, licet querelam quinquennio ab adita hereditate computando finiri ſupra dictum ſit, actioni tamen ad ſupplementum, tanquam perſonali, triginta demum annorum ſpatio præſcribitur ex vulgata perſonalium actionum natura. arg. *l. ſicut in rem 3. C. de præſcript. 30. vel quadrag. annor. vel* etiam ex natura petitionis hereditatis, ſi eam cum aliis actione illa peti debere contendatur. arg. *l. hereditatis 7. C. de petit. heredit.* Andr. Gayl *libr. 2. obſerv. 120. n. 16.* Mynſingerus *cent. 2. obſervat. 72.* Bugnion *de legibus abrogatis lib. 1. ſatyr. 248.* Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 3.* verſ. *nec etiam obſtare doctrinam,* ſeu *num. 10.*

68. Il-

68. Illam certe non satis tuto admiseris sententiam, qua hanc supplementi petitionem per inofficiosi querelam fieri debere, atque adeo quinquennii spatio extingui contenditur; quasi Justinianus novella lege querelam ad hunc quoque supplementi casum extendisset. *l. si quis filium 34. in fine. l. si quando 35. §. & generaliter 2. C. h. t.* Etenim manifestis id redargutum fuit Justiniani verbis in §. *sed haec ita 3. Instit. h. t.* ait enim, *sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Et quæ, quæso, posset hic concipi inofficiosi querela, ubi nulla vel intenditur vel impetratur rescissio testamenti aut partis ejus? Cum enim jure veteri atque etiam tempore hujus supplementi a Justiniano introducti, & institutio, & legata, & quæcunque testamento cauta, per institutam jure querelam corruerent; ac jure novellarum testamentum quantum ad institutionem heredum attinet, fuerit evacuandum. *novell. 115. cap. 3. in fine.* ex adverso, ubi supplementum petitur, neque institutio subvertitur, manentibus heredibus ipsis illis institutis, neque ullum aliud testamenti caput, substitutionis, legati, libertatis, fideicommissi, aut tutelæ mentionem habens. Neque quicquam præsidii est adversæ sententiæ in *d. l. 34. in fine*, & *l. 35. §. 2. C. h. t.* eo quod utraque annis aliquot ante Institutiones compositas promulgata, interpretationem suam omnem ex manifestis Institutionum verbis, *inofficiosi querelam quiescere* jubentibus, accipere debet. Præterquam quod nec ad supplementum actio in *d. l. 34.* appellata fuit inofficiosi querela: nam cum in ea lege quæstio hæc proponeretur, an querela non præparata ad heredes transmitteretur, decisum a Justiniano, eam ad suos transmitti; sed limitatione addita in fine legis, *nisi pater adhuc superstes vel repudiaverit querelam, vel quinquennio tacuit*, quæ verba non ad actionem de supplemento, incidenter tantum in ea lege tractatam, sed ad decisionis principalis limitationem de transmissione querelæ, spectant. Et quod dicitur in *l. 35. §. 2. C. eod. tit.* in casu, quo filius (cui aliquid, sed minus legitima, relictum fuit) post patris obitum professus est se contentum fore relictis, & de eo quod deest, nullam habiturum quæstionem, tunc *omni exclusa querela* filium compellendum, paternum amplecti judicium; leve prorsus est: cum *querelae* nomen simpliciter posi-

positum latissime pateat, & omnis agens queratur de læsione ac juris sibi competentis denegatione. Ita namque prior quis super suis locis de finibus querimoniam deferre dicitur, *l. si quis 3. C. finium regund.* & Justiniano frequens fuit querelæ usus, dum dixit, jus *in querimoniam* deduci, cum adversarius absens est, ut interpellari nequeat. *l. ut perfectius 2. C. de annal. except.* & *querelam non numeratae pecuniae* manifestari. *l. in contractibus 14. §. in omni 4. C. de non numerata pecunia.* & de *servorum querelis* cognosci. *§. ult. Inst. de his qui sui vel alien. juris.* Sic ut non alius verborum *omni exclusa querela* sensus sit, quam si dixisset Imp. *omni exclusa actione*, eum debere relictis contentum esse, nec ultra quicquam extra paternum posse judicium obtinere.

69. Neque hanc actionem ad supplementum impedit, quod is, qui supplementi petendi jus habet, relicta acceptaverit, atque ita videatur defuncti comprobasse judicium. Neque enim magis propter agnitionem a se factam, legitimæ partem persequi prohibendus est, quam quivis alius extraneus legato vel fideicommisso gravatus prohibetur ex eo, quod adivit, falcidiam deducere aut Trebellianicam, aditione scilicet aut agnitione non auferente partes illas, quæ non tam testatoris beneficio, quam juris dispositione cuique cedunt. *l. si quando 35. §. & generaliter 2. C. h. t.* Et licet falcidiam ac Trebellianicam jure novo prohiberi posse in aperto sit: legitimæ tamen perceptionem nequicquam posse testamento vetari constat: cui consequens est, ut ne tum quidem ad supplementum actio deneganda sit, cum testator nominatim jussit, filium relictis contentum esse; si inito bonorum calculo non totam legitimam relicta contineant. *l. si quando 35. §. & generaliter 2. C. h. t.* Fachineus *controverf. libr. 12. cap. 6. 7.* Neostadius *Curiae Holland. decis. 3.* vers. *nec obstare quod.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 19. defin. 10.* Christinæus *ad Leg. Mechlinienf. tit. 16. art. 26. n. 11.* Mantica *de conject. ult. volunt. libr. 7. tit. 8. n. 10. in med.* Guido Papa *decis. 93.* Gomezius *variar. resolut. tom. 1. tit. 11. n. 25.* Responsa JCtor. Holl. *part. 2. consil. 320.*

70. Intentanda ad supplementum actio adversus heredes institutos, non adversus legatarios, quippe qui ab herede potius conveniendi forent, si ob id, quod heres legitimam supplere coactus fuit, salva ei non sit quarta falcidia, juxta *tit. ff. si cui plus, quam per leg. Falcid. licuer. legat. esse dicetur.* Unde

&

& heredes ſolos eo onere Juſtinianus gravavit; ſi qui enim liberorum aut parentum certis rebus juſſi ſint contenti eſſe, teſtamentum quidem non ſolvi, ſed quicquid eis minus legitima portione relictum eſſet, hoc ab heredibus impleri conſtituit. *novell. 115. cap. haec autem 5. pr.* id quod & manifeſta juris ratione demonſtratur. Primo etenim, ſi legitimam ut quaſi æs alienum conſideres, juxta *l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes 15. ff. h. t.* nullum præter heredes, neutiquam legatarios, ad æris alieni exſolutionem obſtringi conſtat. *l. quotiens 13. C. de hered. inſtituend. l. ult. C. de hereditar. action.* Sed & deinceps abſurdum eſſet, adverſus alios intentari actionem ad ſupplementum, caſu quo aliquid, ſed minus, relictum eſt, quam adverſus quos nullo relicto querela movenda eſſet: eo quod querelæ loco Juſtinianus hanc ad ſupplementum actionem introduxit, quæ & olim ante Juſtiniani tempora non niſi contra heredem inſtitui poterat, quoties ſcilicet teſtator juſſiſſet, ut quod deeſſet legitimæ, viri boni arbitratu ſuppleretur. *§. ſed haec ita 3. Inſtit. h. t. d. nov. 115. cap. 5. l. omnimodo 30. C. h. t.* Quibus accedit, quod eo tempore, quo primitus introducta fuit a Juſtiniano actio ad ſupplementum, legitima adhuc titulo legati relinqui potuit; quo poſito, heredem ſolum ad legitimæ legato datæ ſolutionem obſtrictum fuiſſe, legatorum definitio ſatis demonſtrat. Et licet inſtitutionis titulo eam jure noviſſimo relinqui neceſſe ſit, ut honoratiore liberi titulo & pinguiore muniti eſſent; tamen nulla, quantum ad perſonas actione ad ſupplementum conveniendas, mutatio invenitur facta, ſed magis confirmatum jus antiquum per *d. novell. 115. cap. 5.* Ne dicam, liberos ita titulo inſtitutionis honoratos effectu inſpecto etiam jure novo legatariis quantum ad legitimam, tanquam bonorum, non hereditatis partem, ſimiles remanſiſſe; quippe quibus certas res inſtitutionis titulo pro legitima relinqui ſufficit ad excludendam inofficioſi querelam. *d. novell. 115. cap. 5.* ex re autem certa inſtituti pro legatariis habentur. *d. l. quotiens 13. C. de hered. inſtituend.* & hanc ſententiam fovet Guido Papa *deciſ. 82. n. ult.* Boerius *deciſ. 145.* Radelantius *Curiae Ultraject. deciſ. 43. n. 12. in fine & n. 13.* Papon *libr. 20. tit. 7. arreſt. 4.* Neque hisce adverſatur *l. ſi ex patronis 10. l. libertus ſub conditione 20. §. libertus 2. & §. idem ſervari 3. ff. de bonis libertor.* unde probari quidam putant, pro rata contra heredes & legatarios actionem ad ſupplementum intentandam eſſe. Primo namque non de legi-

legitima eorum, quibus jure ſanguinis debita eſt, illic agitur, ſed de ea, quæ patrono ex civili ratione eſt conſtituta; a qua ad legitimam jure ſanguinis debitam non recte argumentum fieri, ſuperius monitum *n. 54.* Sed & deinde contra legatarios patronum agere ad ſupplementum legitimæ, non inde apparet: ſed potius adverſus heredes ſingulos pro ea parte, qua heredes ſunt; ut inſpicienti *d. l. 10. & d. l. 20. §. 2.* patebit, & ex *l. in ſervitutem 16. §. ult. l. ſi libertus 34. l. Julianus 43. ff. eod. tit.* manifeſtum eſt. Et quod dicitur in *d. l. 20. §. idem 3. tantum Titio legatario detrahi, quantum ab herede pro rata parte;* id ad quartæ Falcidiæ detractionem referri debere exiſtimo; ut ſcilicet heres, pro qua parte ſupplevit patrono, quod legitimæ defuerat, pro eadem legatario detrahit ex legato, cui ob præſtitam patrono legitimam totum legatum non poterat ſalvum eſſe ob intervenientem Falcidiæ rationem: ſimili plane locutione, qualis eſt in *l. pœnales actiones 32. §. ſi Titio 4. ff. ad leg. Falcid.* Vide varie ſentientes Berlichium *part. 3. concluſ. 13. n. 10. & ſeqq.* Andr. Gayl. *libr. 2. obſerv. 120. n. 13.* Coſtalium *ad l. 25. ff. h. t.* Plane, ſi pater quid filiæ reliquerit nomine legitimæ, filios autem & nepotes ex illa filia inſtituerit, ac filia queratur minus ſibi relictum eſſe, ſupplementumque petat, non omnes inſtituti, ſed ſoli ex filia nepotes, hoc ſupplementi onus ſuſtinent; quippe quibus materna portio ex teſtamento obtigit, ut ita inter liberos æqualitas ſervetur. D. Joh. a Someren *de repraeſentatione cap. 5. n. ult.*

71. Tendit hæc ad ſupplementum actio ad id, ut ſuppleatur quod deeſt legitimæ: adeoque ſupponit hæc actio, aliquid jam teſtamento fuiſſe aſſignatum, ſed quia minus quam par eſt relictum erat, alia debere relictis addi. *§. ſed haec ita 3. Inſtit. h. t. l. omnimodo 30. C. h. t.* cui conſequens eſt, ut ſi quis, nulla re vel quantitate in teſtamento legitimæ nomine relicta, exheredatus fuerit, aut præteritus, neutiquam ad hanc de ſupplemento actionem admittendus ſit, ſed potius ad querelam inofficioſi teſtamenti. arg. *d. §. 3. Inſtit. h. t.* Zoeſius *ad Pand. h. t. n. 99. in fine.* etiamſi ei inter vivos titulo dotis aut alio ſimili tantum datum eſſet, quantum ad legitimam conſtituendam ſufficere poterat: percepturus ſcilicet hereditatem totam jure inteſtati, & ita tanquam ex clauſula codicillari gravatus univerſali fideicommiſſo duas quartas, legitimam & Trebellianicam, ſecundum ante expoſita deducturus; ac ne in legitimam quidem

dem imputaturus ſibi inter vivos data, niſi poſitis illis terminis, quibus deſcendens ſuccedens aſcendenti, cum aliis deſcendentibus ad dotem & ſimilia cæteris coheredibus conferenda obſtrictus eſt, ſecundum collationis naturam, de qua *tit. de collation.* vel niſi nominatim dationi inter vivos adjectum fuerit, hæc inter vivos data in legitimam imputanda eſſe. *l. ſi quando 35. §. & generaliter 1. C. h. t.*

72. Non minus hisce conſentaneum eſt, exheredatum talem, cui nihil legitimæ nomine datum eſt, ſi aliquo facto teſtamentum & exheredationem comprobaverit, neque ad querelam admitti: quippe qua ſeſe per comprobationem, ſecundum ante tradita, ſpoliavit; neque ad actionem ad ſupplementum; quippe quæ prærequirit, aliquid fuiſſe teſtamento datum. Et licet quandoque in jure etiam minus dicatur habere, qui revera nihil habet, & minus ei tributum in actione tributoria, cui nihil tributum eſt. *l. illud quoque 7. §. ſi cujus 2. in med. ff. de tribut. act. l. minus ſolutum 32. l. verbum amplius 82. l. ſi ita a te 150. ff. de verbor. ſignif.* tamen ut ei, cui nihil penitus teſtamento datum eſt, actio ad ſupplementum accommodaretur, quaſi minus datum eſſet, dum nihil datum, non permittunt leges ſuperius allegatæ. *§. 3. Inſtit. h. t. l. 30. l. pen. C. h. t.*

73. Quod ſi in ferenda de inofficioſo teſtamento ſententia diſſentiant pari numero judices, pro teſtamento contra exheredatum pronunciandum eſt, ita ſuadente non tantum jure reorum, in pari cauſa potiore habito, quales plerumque in hac materia qui teſtamento inſtituti. arg. *l. inter pares 38. ff. de re judicat.* ſed & (ſi eos aliquo in caſu actores concipias juxta *l. Papinianus 8. §. ſi filius 13. ff. h. t.*) urgente ipſo teſtamentorum favore ac humanitate. *l. ſi pars 10. ff. h. t.* Quamvis enim odioſa fuerit credita paſſim interpretibus exheredatio, ideoque nulla fuerit interpretatione adjuvanda. *l. cum quidam 19. ff. de liberis & poſthumis*, ſuperatum tamen fuit in hoc dubio odium exheredationis prætenſum favore teſtamenti & inſtitutionis: tametſi vere nullum odium exheredationis in jure noſtro apparet, ſed tantum favor talis ei denegatur qualis inſtitutionem comitatur, ut ante dictum.

74. Sed nec illud prætereundum, ei, qui per querelam victor evaſit, adverſario ab illa ſententia ad ſuperiorem appellante, interim ab herede inſtituto & victo alimenta pro modo facultatum ſubminiſtranda eſſe, quoties id urget inopia con-

querentis, *l. ſi, inſtituta 27. §. de inofficioſo 3. ff. h. t.* maxime, cum exheredato non ſoleat tribui bonorum poſſeſſio ex Carboniano edicto, dilata in tempus pubertatis querela. *l. qui de inofficioſo 20. ff. h. t. l. 1. §. Pomponius 8. ff. de Carbonian. edict.*

TITVLVS III.

DE HEREDITATIS PETITIONE.

SVMMARIA.

1. *Quid ſit petitio hereditatis; cur, & quo ſenſu ſit actio mixta in rem & in perſonam ex quaſi contractu? durat triginta annis.*
2. *Eſt & bonae fidei.*
3. *Quibus competat? an ex teſtamento recte petat, qui petiit prius ab inteſtato, & vice verſa? An uno libelio cumulari poſſit petitio ex teſtamento & ab inteſtato? Quibus utilis peiitio detur?*
4. *Qui petit hereditatem ab inteſtato, probare non tenetur, defunctum inteſtatum deceſſiſſe, ſed tantum, ſe proximum eſſe.*
5. *Qui eam petit ex teſtamento, ſi illud producat, probare non tenetur, illud poſtremum eſſe, aut vitio carere.*
6. *Qui eam petit ab inteſtato ab extraneo, probare non tenetur, ſe proximum eſſe, ſed ſufficit, quod ſe cognatum doceat: ſecus, ſi petat ab alio itidem cognato.*
7. *Contra quos detur? qui* pro herede *qui* pro poſſeſſore *dicantur poſſidere, aut pro talibus habeantur?*
8. *Datur & contra eos, qui dolo deſierunt poſſidere, vel liti ſe obtulerunt. Qui ſi actori ſatisfecerint, an liberetur verus poſſeſſor jure civili aut hodierno?*
9. *Etiam contra eos, qui de rei hereditariae poſſeſſione vi dejecti ſunt, aut rerum hereditariarum pretia poſſident, & ſimiles: an etiam contra debitores hereditarios?*
10. *An contra poſſidentes titulo ſingulari? an contra emtores hereditatis, quive eam in dotem acceperunt, eorumque heredes, utilis petitio detur?*
11. *Quid juris ſit circa fructuum reſtitutionem, cum emtor hereditatis utili actione convenitur?*
12. *Quid juris, ſi filiusf. aut ſervus hereditatis poſſeſſor ſit?*
13. *Quae reſtituenda ſint in hac actione?*
14. *Quae non reſtituantur? an poenae per poſſeſſores exactae? an res ipſi poſſeſſori emtae? an ſervitutes praediales aut perſonales?*
15. *Quid interſit inter bonae & malae fidei poſſeſſorem in hac actione circa reſtitutionem fructuum naturalium, civilium, penſionum, uſurarum, & circa veri-*

periculum nominum ex collocata foenori pecunia hereditaria?

16. *Quid interfit inter bonae & malae fidei poſſeſſorem, ſi res hereditariae neglectae, conſumtae, erogatae ſint, & quouſque bonae fidei poſſeſſor de rebus conſumtis teneatur?*

17. *Si res hereditariae ante vel poſt litem conteſtatam perierint, an, & quando pereant bonae vel malae fidei poſſeſſori? Quid juris, ſi poſſeſſor hereditatis debitores hereditarios non interpellaverit, & ita inopia debitoris aut praeſcriptione actio inutilis facta ſit?*

18. *Quid interfit inter bonae & malae fidei poſſeſſorem circa reſtitutionem pretii, quoties res hereditariae ante vel poſt litem conteſtatam ex neceſſitate vel libera voluntate per eos diſtractae ſunt, ſive privatim, ſive publica auctione?*

19. *Qui hac conveniuntur actione, viciſſim indemnes ſervandi, ſi occaſione rerum hereditariarum caverint, ſi hereditario nomine aes alienum aut ſimilia ſolverint, & quid juris, ſi indebitum ſolverit bonae vel malae fidei poſſeſſor ante vel poſt litem conteſtatam?*

20. *An bonae vel malae fidei poſſeſſor reſtituens deducere ex hereditate poſſit, quod ſibi ex hereditate debitum?*

21. *Quales impenſas in res ipſas hereditarias, non fructuum intuitu factas, deducat aut tollat bonae & malae fidei poſſeſſor? & quid circa haec interfit inter hanc actionem & rei vindicationem?*

22. *Si impenſae ad fructuum perceptionem factae ſint, vel tales, quae cum uſu ſolent compenſari, an, & quouſque eas bonae & malae fidei poſſeſſor recuperet?*

23. *Nulla actione, ſed ſola retentione poſſeſſor hereditatis impenſas recuperat, exceptis paucis caſibus; & quid moribus?*

24. *An & pro illiquidis impenſis retentio poſſeſſori detur, & an res reſtituere compellendus ſit oblata ſibi cautione de illiquidis reſtituendis cum liquidae erunt?*

25. *Pendente petitione hereditatis, legatarii & creditores hereditarii agere poſſunt contra actorem vel reum. An & actor aut reus, pendente hoc judicio, debitores hereditarios aut rerum hereditariarum poſſeſſores convenire poſſint? An reus petitionem hereditatis repellere poſſit exceptione praejudiciali falſi teſtamenti?*

26. *An ad hanc actionem movendam jurisdictio per arreſtum fundari poſſit?*

Hereditatis petitio eſt actio civilis primario in rem, mixta tamen propter praeſtationes perſonales, bonae fidei, qua quis contendit hereditatem ſuam eſſe, eamque ſibi ab eo, qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet, reſtitui. Primario in

rem esse hanc actionem vix ambigitur, eo quod petitor hic in rem agere dicitur. *l. si bonae fidei 49. ff. h. t.* & id ipsum abunde demonstrat tum *vindicationis* tum *petitionis* vocabulum, quo proprie in rem actiones denotari constat. *l. legitimam 8. ff. h. t. l. hereditas 3. Cod. h. t.* junct. *§. appellamus 15. Inst. de actionib. l. pecuniae verbum 178. §. actionis 2. ff. de verb. signif.* Mixtam tamen esse propter praestationes personales, rescriptum in *l. hereditatis 7. C. h. t.* Quamvis enim in rei vindicatione, & aliis actionibus, fructuum quoque restitutionem venire haud negandum sit, tamen non tam jure actionis, quam judicis officio id contingere verum est; cum fructus non augeant rem singularem, nec, re per singulare judicium vindicata, videri possint vindicati fructus jam separati, & ita non amplius partem rei singularis constituentes: contra vero augeant ipso jure hereditatem, utcunque jam a solo aut principali re separati, sic ut quisquis hereditatem petit, etiam simul censeri debeat ipsos petiisse fructus, non velut rei, unde provenerunt, sed magis ut hereditatis, juris illius universalis, partem, seu sub universali jure comprehensam: jure scilicet universali facilius, quam corpore singulari, augmentum admittente. *l. si post 2. C. h. t. non est ambiguum 9. C. famil. erciscund. l. item veniunt 20. §. item non solum 3. ff. h. t.* Et, ut apertius dicam, considerandum est, petitione hereditatis actorem persequi & ea, in quae defunctus jus aliquod habuit, & ea in quae nullum ipsi tempore mortis jus erat quaesitum. Illa quidem, in quae jus defuncto competiit, petuntur ex jure in re, in quantum actor, ex aditione hereditatis heres factus, in universum successit defuncti jus, sub quo tam bona defuncti propria, quam commodata eidem, aut pignori data, aut deposita, aliaque similia sunt comprehensa; cum hereditas juris nomen sit, & juris intellectum habeat, ac universitatem quandam successionis non singulas res demonstret. *l. hereditas 50. ff. h. t. l. hereditatis 119. l. bonorum appellatio 108. ff. de verbor. signif.* At ex adverso ea, in quae nullum jus defunctus habuit, ex jure in re nequaquam heres hac actione persequitur; quippe in quas cum nullo gauderet jure defunctus, nec heres jus ullum ex defuncti persona sibi potuit arrogare: sed magis is, qui pro herede vel possessore possidet, ex quasi contractu, puta gestione vel facto, est obligatus. Etenim quinario praecise numero, *in tit. Inst. de oblig. ex quasi contractu* proposito, adstringere

ae

ac circumscribere velle omnes quasi contractus, erroneum est; eo quod & condictio causa data causa non secuta ex quasi contractu descendit; & generaliter, ubi extra id quod agitur tacita obligatio nascitur. *l. is, qui 13. in fine ff. commodati.* Quin & jurisjurandi delatione, & judicio quasi contrahi, manifestum est ex *l. licet 3. §. idem scribit 11. ff. de peculio l. qui jurasse 26. §. ult. ff. de jurejur.* junct. *l. inter stipulantem 83. §. si Stichum 1. ff. de verbor. obligat.* Simili ratione, si possessor hereditatis fructus perceperit, vel ex rerum hereditariarum distractione pretium redegerit, vel defuncto debitum a debitoribus hereditariis exegerit, vel ex hereditaria pecunia res comparaverit hereditati necessarias, vel res hereditarias, reddiderit dolo culpave deteriores, incipit protinus heredi vero ex quasi contractu ad hæc omnia restituenda vel præstanda obstrictus esse. *l. sed & si 25. §. petitio 18. ff. h. t. junct. l. idem veniunt 20. §. 1. 2. 3. ff. h. t.* Cum ergo neque pretia rerum, neque id quod a debitoribus exactum est, nec res nummis hereditariis emta, aliaque similia, unquam defuncti fuisse certum sit; & tamen hæc omnia petitione hereditatis heres persequatur, tanquam jus illud hereditarium heredi quæsitum augentia, aut in locum rerum ex ea hereditate diminutarum surrogata; manifestum puto, cur, & quo sensu hæc actio *mixta* fuerit ab Imperatore appellata. Quia vero mixta est, ideo quoque ex actionum personalium natura id habet, quod non decem aut viginti, sed tantum triginta annorum præscriptione perimitur. *l. hereditatis 7. C. h. t. l. hereditatem 4. C. in quib. caus. cessat longi temp. praescript.* Parladorius *rerum quotid. lib. 1. cap. 1. §. 11. num. 5. & seqq.*

2. Sed & bonæ fidei esse hanc actionem, a Justiniano constitutum est; licet de eo olim fuisset disceptatum; §. *actionum autem 28. in fine Instit. de action. l. ult. §. ult. C. h. t.* adde Cujacium *libr. 3. observ. 17.*

3. Competit autem heredi vero, sive per se sive per personas suæ subjectas potestati, velut servos aut filiosfamilias, heres sit; sive ex testamento, sive ab intestato, & adierit hereditatem. *l. 1. 2. 3. ff. h. t.* ut tamen potior sit causa heredis instituti, eoque demum deficiente heres ab intestato veniat admittendus. *l. si scripti 9. C. h. t.* Quod si quis hereditatem ex testamento petens succubuerit, deinceps eandem ab intestato petere non prohibetur, eo quod hereditatem petens ex testamento, quod putat valere, legitimam non videtur re-

pudiaſſe hereditatem. *l. legitimam 8. ff. h. t. l. Paulus reſpondit 46. ff. de bonis libertor. l. mater 19. in med. ff. de inoff. teſtam.* & vice verſa, ſi quis ab inteſtato petierit ac ſuccubuerit, poſteaque reciverit, ſe teſtamento inſtitutum eſſe, non vetatur ex teſtamento petere; eo quod videri non potuit per additionem hereditatis, quaſi ab inteſtato delatæ, repudiaſſe hereditatem, quam ſibi teſtamento delatam ignorabat. *l. nec is 17. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Quod ſi actor ſimpliciter hereditatem petat, nec exprimat, utrum ex teſtamento an ab inteſtato heres ſit, petente adverſario id exprimere tenetur, repellendus alioquin obſcuri libelli exceptione ex generalibus juris principiis, *tit. de edendo* traditis. Cui conſequens eſt, ut merito reprobetur eorum ſententia, qui putant, uno libello cumulari poſſe petitionem hereditatis ex teſtamento & ab inteſtato: non tantum, quia jure Romano plures actiones uno libello comprehendi prohibitum, ut dixi *tit. de edendo*; ſed &, quia duo contraria, quæ ſimul conſiſtere nequeunt. qualis eſt ſucceſſio teſtati & inteſtati, non poſſunt ejusdem litis fundamentum eſſe. arg. *l. ult. C. de codicillis.* Berius *deciſ. 33.* Ant. Matthæus *de ſucceſſionibus diſput. 20. num. 10.* Mynſingerus *cent. 3. obſervat. 25.* Utilis quoque hereditatis petitio datur emtori hereditatis, cum heredis vice ſit. *l. ei, qui 54. ff. h. t.* junct. *l. 2. §. cum quis debitori 18. ff. de hered vel act. vend.* ut & marito, cui uxor hereditatem in dotem dedit. arg. *l. nec ullam 13. §. apud Marcellum 10. ff. h. t.*

4. Cæterum qui hereditatem ab inteſtato petit, probare non tenetur, eum, de cujus hereditate agitur, inteſtatum eſſe mortuum, ſed ſufficit, quod ſe proximum adeoque legitimum eſſe heredem docuerit: quo demonſtrato, totum actionis fundamentum adſtructum eſt, reoque deinceps incumbit ſuam probare exceptionem, qua legitimum teſtamentaria diſpoſitione contendit a jure per leges dato excluſum eſſe; cum utique reo incumbat exceptionis ſuæ veritatem adſtruere; non vero actori, nulla exceptione ſuam poſſe intentionem elidi. *l. 1. ff. de exceptionibus. l. quingenta 12. l. in exceptionibus 19. ff. de probationibus.* Eoque facit, quod ab ea parte, quæ dicit, adverſarium ſuum ab aliquo jure prohibitum eſſe, vel excluſum ſpecialiter lege vel conſtitutione, id ipſum probari oportere, Paulus reſpondit *l. ab ea parte 5. ff. de probation.* ac proinde

inde etiam neceſſe eſt, ut teſtamentariam diſpoſitionem, qua legitimus quaſi lege, a jure ſuccedendi prohibitus dicitur, contradictor probet. Quibus accedunt non temere ſpernenda juris axiomata, affirmanti, adeoque contendenti teſtamentum eſſe factum, incumbere probandi onus; nec ea, quæ facti ſunt, in dubio præſumi, ſed probationibus legitimis eſſe demonſtranda. Fachineus *lib. 6. controverſ. cap. 46.* Mantica *de conject. ult. voluntat. lib. 2. tit. 1. per tot. & præcipue num. 11.* Menochius *de præſumt. lib. 4. praeſumt. 1.* Maſcardus *de probationibus vol. 2. concluſ. 939.* ad verbum *inteſtatus.* Nec contrarium eſt in *l. ſi emancipati 9. C. de collationibus*, cum *probatio* illic propoſita non ad teſtamentum pertineat, ſed tantum ad emancipationem; dicitur enim, *ſi nec ullum teſtamentum relictum eſt, vel noviſſimum judicium communis patris, teque emancipatum probatum fuerit.* Ne dicam, eos quoque in jure noſtro dici probare, qui ab adverſa parte prolata diluunt, docendo, verbi gratia, teſtamentum, ab adverſa parte productum, inutile eſſe, aut falſitate laborare; juxta *l. D. Pius 5. §. pen. ff. h. t.* quo modo & rei criminum & heredes eorum innocentiam dicuntur probare, quos tamen ut ut nihil probantes, ſed argumenta tantum ad convincendum ab accuſatore adducta diluentes ac enervantes, abſolvendos eſſe, ex principiis juris manifeſtum eſt. *l. quicunque 2. C. de requirendis reis. l. ult. §. ult. ff. de bonis eor. qui ante ſent. mortem ſibi conſciv.*

5. Eodem juris fundamento, qui hereditatem ex teſtamento petit, eodem prolato, probare non tenetur, nullo alio poſteriore teſtamento illud infirmatum aut revocatum eſſe, aut vitio nullo laborare; ſed magis is, qui id ratione quacunque infirmatum contendit. *l. ſi ſcriptum 11. C. de probationibus. d. l. 5. §. pen. ff. h. t.* Mantica *de conject. ult. voluntat. d. lib. 2. tit. 1. num. 11.*

6. Quin imo, ſi ab inteſtato hereditatem quis vindicet ab eo, qui extraneus eſt, nec jure ſanguinis ſuccedere potuit, ne neceſſe quidem erit, ut ſe proximum probet defuncti cognatum eſſe, ſed ſufficit, quod ſe cognatum doceat, quo probato, poſſeſſoris eſſet, demonſtrare, actorem ab aliis proximioribus & ita jura potiora habentibus ſuccedere impeditum eſſe. Si enim affirmanti probatio incumbat, non neganti, & omnis aſſertio, qua quis ſe proximum defuncto eſſe ait, pro fundamento habeat negationem illam, alium nullum eſſe proxi-

miorem, neceſſe eſt, ut extraneus poſſeſſor confeſſione propria nullum jus habens, doceat, illum, qui tanquam cognatus ad ſucceſſionem ab inteſtato venire poteſt, ab alio jura potiora habente excluſum eſſe: præſertim, ſi conſideres, non præciſe requiri, ut, qui ab inteſtato ſucceſſionem vindicat, cognationis vinculo proxime defunctum contingat, utpote & hereditatem civilem & prætoriam bonorum poſſeſſionem agnoſcere ſibique arrogare valens ex ſucceſſorio edicto, quoties gradu proximior eam petere noluerit ac vindicare. *l. ſi aviae 2. C. de ſucceſſor. edicto.* ſic ut fundamentum intentionis in caſu, quo extraneus poſſeſſor eſt, tantum ſit vinculum ſanguinis, non idem gradus proximitas; cum cognatus, utcunque remotiſſimus, quamvis a proximioribus cognatis excludatur, extraneum tamen ipſe eo unico, quod cognatus eſt, in totum ab omni & ſucceſſionis & poſſeſſionis jure excludat. Contra quam ſtatuendum foret, ſi hereditatis poſſeſſor ipſe quoque cognatus eſſet: tunc enim non aliter petitor hoc judicio poſſidentem ſuperare poſſet, quam ſi ſe probaverit eſſe ipſo poſſeſſore proximiorem ei, de cujus agitur hereditate; eo quod tunc non in ſolo ſanguinis vinculo, quod & poſſeſſori & petitori commune eſt, ſed in gradus proximitate unicum eſt poſitum intentionis fundamentum. Maſcardus *de probationibus vol. 3. concluſ. 1252.* ad verbum *proximior.* Tyraquellus *de retract. gentil. §. 11. gloſſ. 1. n. 8. 9. 10.* Covarruvias *variar. reſolut. lib. 2. cap. 6. num. 6.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. conſil. 332. (revera) 232. n. 1. 2. 3.*

7. Datur adverſus eum, qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet; adeo ut & jure ſingulari cogatur reus conventus dicere titulum poſſeſſionis ſuæ, utrum pro herede poſſideat, an pro poſſeſſore. *l. cogi 11. C. h. t.* Sed & adverſus horum heredes datur, etiamſi hi ignorent, pro herede vel pro poſſeſſore defunctum poſſediſſe. *l. nec ullam 13. §. Neratius 3. ff. h. t. l. ſi poſt 2. C. h. t.* Pro poſſeſſore quidem poſſidere cenſetur, qui nullo jure rem hereditariam vel totam hereditatem, ſciens ad ſe non pertinere, poſſidet. §. *adipiſcendae 3 Inſtit. de interdictis.* nec ullum allegare poteſt poſſeſſionis titulum, ſed interrogatus *cur poſſideat*, reſponſurus eſt, *quia poſſideo*, ne per mendacium quidem contendere audens, ſed heredem eſſe; quales fures & prædones. *l. pro herede 11. §. 1. l. 12. l. 13. ff. h. t. l. haec actio 13. §. 1. ff. de ſervo corrupto.* Quibus & accenſendi, qui tacitam fidem accommodarunt, ut incapaci reſtitue-

rent

rent hereditatem. *l. praedonis 46. ff. h. t.* & quotquot titulo quidem aliquo muniti sunt, sed tali, qui ipso jure nullus est, quales qui emerunt a furioso, quem putabant sanæ mentis esse, aut in dotem acceperunt a puella duodecim annis minore, aut a conjuge per donationem; cum constet, neque venditionem neque donationem dotisve dationem his in casibus posse efficacem esse. *l. nec ullam 13. §. omnibus 1. ff. h. t.* Pro herede vero præcipue quidem ille possidere dicitur, qui bona fide se heredem esse opinatur, cum non sit. *l. pro herede 11. ff. h. t. d. §. adipiscendae 3. Instit. de interdictis.* sive in facto, sive in jure erret, eo quod ipse quoque juris error alienæ rei conscientiam, malamque adeo fidem, excludit. *l. sed etsi 25. §. scire 6. ff. h. t.* Nec est, quod quem turbet, juris errorem non prodesse acquirere volentibus lucrumque captantibus. *l. juris ignorantia 7. ff. de juris & facti ignorantia.* cum possessor bonæ fidei in hac materia non de lucro captando agat, sed tantum de damno evitando; quippe obstrictus ad restituendum, quatenus locupletior factus est, omni lucro ei auferendo. *l. post Senatusconsultum 28. ff. h. t.* Interim tamen & eum, qui mala fide possidet, non pro possessore, sed pro herede possidere obtinuit, quoties justum habet validumque titulum, dum sciens emit alienam hereditatem: nemo enim prædo videri poterat, qui pretium numeravit. *l. nec ullam 13. §. si quis sciens 8. ff. h. t. l. nemo praedo est 126. ff. de reg. iur.* reprobata Juliani sententia, quæ non tantum proponitur in *d. l. 13. §. 8.* sed & *in l. non solum 33. §. quod vulgo 1. ff. de usurpat. & usucap.* Licet autem hactenus pro herede possidere censeatur, qui sciens emit, ut pro prædone habendus non sit; non tamen ideo bonæ fidei possessoribus annumerandus est, sed magis illis, qui mala fide possident, sic ut & ea, quæ de malæ fidei possessoribus deinceps tradenda erunt, ad hunc quoque scienter ementem porrigenda sint. Nam si ille pro malæ fidei possessore habendus sit, qui hereditatem emit, de qua controversia est; multo magis huic classi accensendus erat, qui non dubius tantum propter controversiam motam, sed plane certus est, alienam esse hereditatem. arg. *l. si post motam 2. C. h. t.* Ant. Matthæus *de actionibus lib. 1. cap. 16. n. 53.*

8. Insuper adversus eos datur, qui, cum non possiderent, liti tamen sese obtulerunt tanquam possidentes, cum actor eos possessione destitutos esse ignoraret, saltem ut præstent id quod interest, actorem non fuisse deceptum. *l. nec ullam 13. §. non*

ſolum 13. l. ſed etſi 25. §. quod ait 2. & ſeqq. l. qui ſe liti 45. ff. h. t. l. ſi is, qui 7. l. 25. 26. ff. de rei vindicat. Groenewegen *ad l. 36. ff. de rei vindic.* quique dolo malo poſſidere deſierunt, dolus quippe pro poſſeſſione eſt: adeo ut, ſi per multos ambulaverit poſſeſſio, quo omnes dolo deſierunt poſſidere, ſinguli tanquam poſſeſſores poſſint convehiri. Idemque eſt, ſi poſſeſſionem dolo noluerint admittere. *l. nec ullam 13. §. pen. l. ſed & ſi 25. §. perinde, inquit 8. ff. h. t. l. ſin autem 27. §. 3. ff. de rei vindicat.* junct. *l. qui dolo 131. l. parem eſſe 150. l. ad ea, quae 157. §. 1. ff. de regul. juris.* In heredes tamen eorum, qui dolo poſſidere deſierunt, non in amplius dabitur hæc, vel potius in factum actio, quam quatenus ad eos pervenit. *l. ſi in rem 51. l. cum autem 52. ff. de rei vindicat.* niſi lis cum defuncto jam conteſtata fuerit: quippe quo caſu & ex dolo defuncti in ſolidum condemnandi forent, & ex dolo proprio propriaque culpa. arg. *l. ſi in rem 42. & 51. ff. de rei vindicat.* Quid in iis obtineat, qui culpa ante litem conteſtatam deſierunt poſſidere, patet ex iis, quæ de intercedentibus inter bonæ & malæ fidei poſſeſſores differentiis hoc *tit. in ſeqq.* tradita ſunt. Quod ſi hi, qui vere non poſſidebant, ſed juris interpretatione pro poſſeſſoribus habebantur, litis æſtimationem præſtiterint, cum non tam rem, quam potius doli ſui pœnam præſtitiſſe cenſeantur, verus poſſeſſor adhuc de re ipſa reſtituenda efficaciter conveniri poteſt, ex juris Romani rigore. *d. l. 13. §. pen. in fine ff. h. t. l. ſi is, qui 7. ff. de rei vindicat.* Secus quam obtinuit, ſi prius conventus poſſeſſor verus rem aut æſtimationem præſtiterit, vel necdum conventus paratus tamen fuerit judicium pati aut præſtare æſtimationem; liberatur enim his in caſibus, qui dolo deſierat poſſidere. *d. l. 13. §. pen. ff. h. t. l. Stichum 95. §. dolo feciſſe 9. ff. de ſolutionibus.* Cæterum, cum in actionibus rei perſequendæ cauſa comparatis (qualis & hereditatis petitio eſt, & rei vindicatio, & aliæ ſimiles) improbus eſſe ac dolo facere cenſeatur, qui velit iterum conſequi, quod accepit, & ita bis idem petere. *l. ſi quis dolo 51. §. 1. ff. de re judicata.* & in noxalibus judiciis id tanquam æquum Romani probaverint, ut poſſeſſor liberetur, quoties is, qui ſervum aut animal, a quo damnum datum, dolo deſierat poſſidere, vel liti ſe obtulerat, actori ſatisfecit. *l. ſi quis 8. l. qui ſervum 20. ff. de interrog. in jure fac. l. de illo 24. 25. 26. ff. de noxal. action.* non video, cur non & in noſtro caſu moribus hodiernis verus poſſeſſor liberetur, ubi

is,

is, qui dolo poſſidere deſiit, actori id quod intereſt exſolvit perinde ac ſi vere poſſideret: maxime, ſi conſideretur, præter id quod intereſt, vix ullo in caſu pœnarum, privatis ex actione privata applicandarum, perſecutionem nunc amplius vigere; teſte Groenewegio cum multis aliis *ad rubricam Cod. de poenis.* confer *tit. de interrogat. in jure faciendis num. ult.*

9. Quid? quod & hereditatis petitio adverſus eos datur, qui ſine dolo malo poſſidere deſierunt, cum ab initio pro herede poſſediſſent, quales, qui de rei hereditariæ poſſeſſione vi dejecti ſunt, aut rem hereditariam vendiderunt, & necdum ſoluto pretio tradiderunt, vel quaſi ex cauſa fideicommiſſi hereditatem aut rem ſingularem hereditariam præſtiterunt; aut nubentes marito dederunt in dotem; ad id ſaltem, ut interdictum unde vi ad rem recuperandam aut actionem ex vendito ad perſequendum pretium, aut indebiti condictionem ad legata vel fideicommiſſa ſoluta repetenda heredi cedant. *l. nec ullam 13. §. idem erit 5. & §. apud Marcellum 10. l. quod ſi in diem 16. §. Julianus 4. & §. 5. & §. ult. l. Idem Julianus 35. ff. h. t.* Multoque magis adverſus eos, qui pretia rerum hereditariarum, aut debita hereditaria exacta poſſident; quive, cum debitores eſſent hereditarii, ſolvere heredi recuſant ex eo, quod ſe heredes eſſe, & extinctum confuſione debitum arbitrantur, atque ita quaſi juris poſſeſſores ſunt. *l. nec ullam 13. §. ult. l. 14. 15. l. 16. pr. & §. non ſolum 3. l. ſi & rem 22. l. filiifamilias 34. §. 1. l. 36. ff. h. t.* nam ſi ob id debiti hereditarii ſolutionem detrectent, quod dubitant, an heres ſit, qui hereditaria debita perſequitur, non hac, ſed magis actione ea, qua & defunctus experiri debuerat, conveniendi ſunt. *l. ſi debitou 42. ff. h. t.*

10. Licet autem nihil interſit, utrum quis totam hereditatem poſſideat poſſederitve, ſecundum ante dicta, an partem ejus, aut etiam rem ſingularem licet minimam. *l. regulariter 9. l. 10. ff. h. t.* tamen, ſi particulari donationis, emtionisve, aut alio ſimili titulo valido, rerum ſingularium hereditariarum poſſeſſor ſit, ſingulare quoque in rem judicium potius, quam hoc univerſale in eum dandum foret; etiamſi ab eo emiſſet, qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidebat, & ita poterat hereditatis petitione conveniri, cum emtor rei ſingularis non ſit heredis loco, aut vicem ejus ſubeat. *l. hereditatem 4. C. in quib. cauſis ceſſat longi*

longi temp. praeſcript. l. hereditatis 7. C. h. t. Plane. ſi quis emtionis titulo non res hereditarias, ſed ius hereditarium ſibi comparaverit; aut dotis titulo jus illud ei ab uxore aut pro uxore collatum ſit; adverſus eum tanquam vicem heredis gerentem, aut ſaltem non longe ab eo diverſum, vel utilis hereditatis petitio vel ſpecialis rei vindicatio datur, actoris arbitrio. *l. nec ullam 13. §. quid, ſi quis 4. §. item ſi quis 9. §. apud Marcellum 10. ff. h. t. l. 2. C. h. t.* Parladorius *rerum quotid. lib. 1. cap. 1. §. 11. n. 9. & cap. 5.* adde Fachineum *lib. 1. controv. cap. 4.* Cujacium *lib. 9. obſerv. 25.* Idemque iuris eſt in heredibus eorum, qui ita hereditatem ab eo, qui pro herede poſſidebat, emerant: quod JCtum innuere exiſtimo in *l. nec ullam 13. §. heredem 11. ff. h. t.* cum ait, *heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emtore poſſedit, hereditatis petitione teneri conſtat.* Actum ſcilicet fuerat in §. 8. 9. & 10. dictæ legis 13. de illis, qui emtionis aut dotis titulo hereditatem adepti fuerant ab illis, qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidebant; ac aſſertum, eos utili hereditatis petitione conveniri poſſe, quaſi pro herede poſſiderent: ſed ut heredes eorum, qui vere poſſidebant pro herede, hac etiam actione teneri, Ulpianus monuerat in hac *l. 13. §. Neratius 3.* ita quoque heredes eorum, qui emerant hereditatem a putativis heredibus, hac actione, utili ſcilicet, interpellari poſſe in *d. §. 11.* ſubjungit, ubi defunctus *pro emtore poſſediſſe* dicitur, non quod res ſingulares emiſſet, ſed quod totam emiſſet hereditatem, eamque ita poſſediſſet pro emtore convenienter præcedentibus in §. 8. & 9.

11. In emtore tamen hereditatis illud ſingulare eſt, quod, ſive rei vindicatione, ſive hereditatis petitione conveniatur, de fructibus ante litem conteſtatam ex hereditate perceptis & conſumtis non teneatur, etiamſi locupletior inde factus fuerit, ſi in bona fide ſit: cum enim emtor hereditatis proprio, eoque ſingulari titulo poſſeſſionis ex emto munitus ſit, æquum viſum fuit, eum etiam rerum ſingularium jure conveniri, id eſt, ita de fructibus teneri, quaſi non utili judicio univerſali, ſed particulari rei vindicatione conveniretur. *d. l. ſi poſt motam 2. C. h. t.* Cæterum ſi in mala fide emtor fuerit, ſciens venditorem heredem non eſſe, aut litem de hereditate jam venditori motam, ad reſtituendos fructus omnes tum conſumtos tum percipiendos obſtrictus foret; nam etſi propter titulum

lum & pretii numerationem prædo non fit, ideoque non directa hereditatis petitione tanquam pro poſſeſſore [illegible]ens conveniri debeat, ſed utili, (quo reſpectu tantum inter eum & prædonem differentia poſita eſt in *l. nec ullam 13. §. ſi quis ſciens 3. ff. h. t.*) tamen fructuum intuitu idem in eo, quod in alio quovis prædone, receptum eſt. *d. l. 2. C. h. t.*

12. Quid in filiof. aut ſervo, eorumque patribus ac dominis pro herede vel pro poſſeſſore poſſidentibus obtineat, colligi poteſt ex *l. filiſam. 34. §. 1. l. 35. 36. pr. & §. 1. ff. h. t.* junct. *l. depoſui 38. ff. de peculio.*

13. Tendit hæc petitio hereditatis ad id, ut reſtituantur ea omnia, quæ, cum hereditaria eſſent, a reis poſſidentur, aut ſecundum ante tradita deſierunt poſſideri; ſive defuncti propria, ſive ei commodata aut pignori data, aut penes eum depoſita, ſic ut eorum periculum ad heredem pertineat. *l. & non tantum 19. pr. & §. 2. ff. h. t.* quæque reus pendente hac actione incepit poſſidere; cum ſufficiat, deberi petenti reſtitutionem rei ante litem conteſtatam, ad id, ut is, qui tempore latæ ſententiæ poſſidet, & cum quo facta eſt litis conteſtatio, condemnari poſſit. *l. ſi hereditatem 4. l. item videndum 18. §. ſi quis 1. l. ſi, quo tempore 41. ff. h. t.* Adde *tit. de rei vindicat.* Inſuper, quæ hereditatis cauſa comparata ſunt, ſive ex pecunia hereditaria, ſive aliunde: ſi modo vel neceſſaria fuerit rerum talium emtio, vel magna ſaltem hereditatis utilitas in iis verſetur. *l. item veniunt 20. pr. & §. 1. ff. h. t.* & quæ poſt mortem hereditati acceſſerunt, eandemque auxerunt, fructus, & fructuum fructus, & partus ancillarum. *l. ſed & ſi 25. §. ult. l. 26. 27. 28. d. l. 20. §. item non ſolum 3. ff. h. t.* ut & uſuræ fructuum ante, non poſt litem conteſtatam, perceptorum. *l. heres 51. §. 1. ff. h. t.* lucra quoque, non honeſta tantum, ſed & inhoneſta; ne honeſta interpretatio, inhoneſto quæſtui adhibita, lucrum poſſeſſori faciat. *l poſt ſenatuſconſultum 18. l. ſi poſſeſſor 52. l. evicta 55. ff. h. t.* Adde Gothofred. *ad d. l. 52.* Denique actiones, quas poſſeſſor hereditatis, qua talis, acquiſivit; quippe quas cedere victori debet; veluti condictionem ex mutuo, ſi hereditaria pecunia data ſit; vel actionem ex emto, ſi res hereditariæ divenditæ; vel interdictum unde vi aut de precario, ſi tertius a poſſeſſore vi vel precario, res hereditarias cœperit poſſidere. *l. quod*

ſi in

ſi in diem 16. §. Julianus 4 & §. 5. l. Julianus ſcribit 30. l. illud quoque 40. §. actiones 2. ff. h. t.

14. Non tamen reſtituenda per poſſeſſorem pœna, ſi quam conſecutus ſit non tam occaſione rei, quam occaſione propriæ perſonæ: atque adeo, licet reddere teneatur, quod ex lege Aquilia in duplum ob inficiationem adverſarii exegit; quodve ex pretio rerum diſtractarum tardius ſoluto pœnæ nomine pactus ac conſecutus eſt; ne lucrum alioquin ex eo, quod propter hereditatem accepit, faciat. *l. utrum autem 23. §. ult. l. ſed & ſi 25. pr. l. evicta 55 ff. h. t.* tamen, ſi pœnam nactus ſit ob id, quod de poſſeſſione vi dejectus eſt, aut quod adverſarius hereditario jure per eum in jus vocatus ad judicium non venit, non compellitur reſtituere; cum factis hisce non tam hereditas, quam poſſeſſoris perſona læſionem paſſa videatur. *l. at ubi 24. ff. h. t.* Similiter nec res, quas poſſeſſor ex pecunia hereditaria, non hereditatis gratia, ſed ſua cauſa, comparavit, hac continentur actione. *l. item veniunt 20. §. ſed non 1. ff. h. t.* Nec ſervitutes prædiales, quia prædiis cohærent, nec ſeparatim a prædiis concipi poſſunt, neque quicquam eo nomine poteſt reſtitui: ſed magis confeſſoria experiundum actione, quoties quis ire vel agere impeditur. *l. & non tantum 19. §. ult. ff. h. t.* vel etiam interdicto quod legatorum, ſi ponatur facti ſpecies iſti interdicto apta, dum forte is, cui ſervitus prædialis legata eſt, uſum ejus ſine heredis voluntate exercet, & falcidiæ deductio facienda eſt. *l. 1. §. unde eſt quæſitum 8. ff. quod legatorum.* Aliter quam ſeſe res habet in perſonalibus ſervitutibus, quoties eas contingit ad heredes tranſire, dum vel uſusfructus alicui pro ſe & heredibus conſtitutus eſt, vel ſervitus operarum fuit conceſſa, juxta *l. antiquitas 14. C. de uſufr. & habit.* & *l. hominis operæ 2. ff. de uſu & uſufr. &c. legatis.* eſt enim, quod his in caſibus poſſit reſtitui, ſervi nempe ipſi operas præſtantes, ut & corpora, in quibus uſusfructus conſtitutus eſt, quorum poſſeſſionem aut ſaltem detentionem penes uſufructuarium eſſe oportere, haud ambigitur.

15. Sed nec prætermittendæ ſilentio differentiæ, quantum ad hujus actionis effectum & reſtituendi neceſſitatem, inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem intercedentes, quas & in fructibus & rebus hereditariis conſumtis, aut caſu peremtis, & rerum diſtractarum pretiis obſervare, operæ pretium eſt. Ex

fructi-

fructibus etenim, sive naturalibus, sive civilibus, puta pensionibus, mercedibusque, nec non usuris ex pretio rerum hereditariarum distractarum, ante litem contestatam perceptis ac consumtis, non ultra restituendum est, quam quatenus inde locupletior est bonæ fidei possessor tempore rei judicatæ. *l. 1. §. 1. C. h. t. l. illud quoque 40. §. prædo 1. ff. h. t.* junct. *l. si a domino 36. §. quo tempore 4. ff. h. t. l. mercedes 29. ff. h. t.* cum ex adverso malæ fidei possessor ad omnes consumtos reddendos obstrictus sit, una cum usuris eorum *l. heres furiosi 51. §. 1. ff. h. t.* ut & ad eos, quos honeste percipere potuisset ac debuisset, non vero ad usuras usurarum aut annuorum redituum. *l. sed & si 25. §. sed & fructus 4. ff. h. t. l. si navis 62. ff. de rei vindic.* ad quos etiam pari modo post litis contestatæ tempus tenetur, qui bonæ fidei possessor fuerat; eo quod per litis contestationem, imo post motam controversiam, omnes incipiunt malæ fidei possessores esse; sic ut omnes possessores ex eo tempore pares fiant, & ut prædones teneantur. *l. sed & si 25. §. ante litem 7. ff. h. t. d. l. 1. in fine Cod. h. t. l. si quid possessor 31. §. sicut 3. ff. h. t.* Neostadius *Cur. supr. decis. 81.* D. Someren *de jure novercarum cap. 6. sect. 2. num. 7. & 10.* nec dubium, quin, si primo ad tempus bona fide possederit, mox controversia necdum mota scire cœperit, hereditatem ad se non pertinere, deinceps ut prædo considerandus sit; eo quod, quantum ad fructuum acquisitionem attinet, non initium possessionis, sed singula momenta spectanda sunt. *l. sed & si 25. §. de eo autem 5. ff. h. t.* junct. *l. qui bona fide 23. §. tam diu 1. ff. de acquir. rer. domin.* arg. *l. quæsitum est 40. ff. de acquir. rer. domin.* Si tamen ipsas pecunias inventas in hereditate malæ fidei possessor non attigerit, id est, nec usus ipse fuerit, nec fœnori collocaverit, omnino ad usuras conveniri non potest. *l. item veniunt 20. §. Papinianus 14. ff. h. t.* Licet enim ex rebus hereditariis talis possessor non fructus tantum naturales, sed & civiles, velut pensiones, percipere teneatur, & navim quoque hereditariam navigatum mittere vecturæ percipiendæ causa, non tamen hereditariam pecuniam fœnori collocare, etiamsi verum sit, usuram, sicut vecturam, non natura pervenire, sed jure percipi: eo quod periculum navis possessor nullus petitori præstare cogitur, pecunia autem possessoris fœnori dantis periculo collocatur. *l. si navis 62. ff. de rei vindicat.* Et hinc, si re ipsa fœnori dederit, non aliter usuras actor consequetur,

quam

quam ſi nominum ipſorum periculum quoque voluerit ſubire; atque adeo eligere debet, utrum ſortem tantum perſequi, an uſuras cum periculo nominum agnoſcere conſultius æſtimet. *l. Julianus ſcribit 30. ff. h. t.* cum æquum utique ſit, uſuras penes eum remanere, cujus periculo ſors eſt. *l. ſi unus 67. §. ſi unus 1. ff. pro ſocio. l. idemque 10. §. ſi mandavero 8. ff. mandati.* Quæ rurſus aliter in bonæ fidei poſſeſſore ſervantur: quippe cui cum ſenatus conſuluerit, ne teneatur niſi quatenus locupletior factus eſt, electio etiam tributa fuit, utrum nomina cum eo, quod adhuc reſtat exigendum, cedere petitori velit, an ſortem ipſam una cum uſuris perceptis, quatenus locupletior inde factus eſt, reſtituere. *d. l. 30. ff. h. t.*

16. Res ipſas hereditarias quod attinet, de iis reddendis malæ fidei poſſeſſor tenetur, non tantum ſi poſſideat, ſed & ſi vel dolo vel culpa poſſidere deſierit, vel dolo culpave fecerit, quo minus hereditario nomine adipiſceretur, dum forte vel ab aliis vel a ſe non exegit, & perſecutio lapſu temporis peremta eſt, aut deterior eſſe cœpit. *l. ſed & ſi 25. §. quod ait ſenatus 2. & §. perinde 8. l. & non tantum 19. §. veniunt 2. ff. h. t.* uti &, ſi dolo aut negligentia ejus prædia ſive urbana ſive ruſtica pejora facta ſint, dum vineæ, pomaria, horti, præter conſuetudinem patrisfamilias culti. *l. ei, qui partes 54. §. ult. ff. h. t.* Bonæ vero fidei poſſeſſoribus ita ſenatus conſuluit, ut de conſumtis rebus in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti ſunt. Quemcunque igitur ſumtum fecerint ex hereditate, ſi quid dilapidaverint, perdiderint, dum re ſua ſe abuti arbitrantur, non præſtabunt: nec, ſi donaverint, locupletiores videbuntur, quamdiu remunerationes non acceperint, quamvis donando donatarium ſibi reddiderint ad antidora naturaliter obligatum. *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit 11. ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 21. defin. 8.* Cui conſequens eſt, ut ſi quis ex ſemiſſe heres, putans ſe ex aſſe heredem, partem dimidiam hereditatis ſine dolo malo abſumſerit, coheredi ex ſemiſſe hereditatem vindicanti reſiduum integrum reſtituturus non ſit, ſed tantum dimidiam ejus partem. *d. l. 25. §. adeo autem 15. ff. h. t.* Quod ſi contemplatione delatæ hereditatis lautius vixerit, quam ante ſolebat: ſi quidem ſuo proprio patrimonio lautius uſus fuerit, vel aliunde mutuam acceperit pecuniam, ut ſplendidius ſe exhiberet, non videbitur eo modo diminuiſſe hereditatem, neque quicquam eo nomine inde deducturus eſt, etiamſi res here-

hereditarias pro tali mutuo pignori obligaſſet, eo quod ipſe principaliter obligatus eſt, & acceſſorium tantum eſt hypothecæ pignorisve vinculum. *d. l. 25. §. ſi quis re ſua 12. 13. 14. ff. h t.* Si vero ex ipſa erogaverit hereditate, dum vel liberalius hereditarias expendit pecunias, vel penum hereditariam comeſſationibus ac compotationibus maturius conſumſit, id ipſum eatenus hereditati deceſſurum eſt, quatenus lautius contemplatione hereditatis impendit, quaſi in hoc non videatur locupletior factus; ſed quatenus ipſe ante delatam hereditatem ſolebat de ſuo erogare, & ſtatutos ſumtus facere, verius eſt, ea patrimonio ejus proprio, nequaquam hereditati, debere imputari; cum non poſſit non videri locupletior, qui erogat ex hereditate in eos uſus, in quos, etſi heres non fuiſſet, de ſuo tamen fuiſſet expenſurus. *d. l. 25. §. quod autem quis 16. ff. h. t.*

17. Quod ſi caſu plane fortuito, velut mortalitate, terræ motu, chaſmate, naufragio, aliove ſimili modo res hereditariæ deperierint, ſi quidem ante litem conteſtatam, de iis nec bonæ, nec ſimplex malæ fidei poſſeſſor tenetur. arg. *l. ſi navis 62. ff. de rei vindicat.* ſed ſolus fur aut prædo, qui nullam obtulit heredi vero reſtitutionem. arg. *l. ſi pro fure 7. §. ult. l. 8. ff. de condict. furtiva.* Sin poſt litem conteſtatam, etiam tunc bonæ fidei poſſeſſori eam perire durum foret; cum ita fieret, ut vel mortalitatem præſtare cogeretur, vel propter metum hujus periculi temere indefenſum jus ſuum relinquere. *l. illud quoque 40. ff. h. t.* prædoni tamen temere litem ſuſtinenti quin tunc pereat, non videtur dubitandum. *d. l. 40. ff. h. t.* ſed & alteri ſimplici malæ fidei poſſeſſori ita eam perire verius eſt, ſi actor ſe eam diſtracturum fuiſſe probet, ſic ut ei non fuiſſet peritura, ſi eo tempore, quo petebatur, protinus fuiſſet reſtituta. arg. *l. item, ſi verberatum 15. §. ult. ff. de rei vindicatione. l. de eo 12. §. ſi poſt 4. ff. ad exhibendum. l. item ſi 14. §. quid ſi homo 11. ff. quod met. cauſa.* Idemque in eo ſtatuendum bonæ fidei poſſeſſore, qui poſt litem conteſtatam ſatis intelligens, ſe ad reſtituendum adigi debere, litigare tamen maluit quam reſtituere. arg. *l. nemo rem ſuam 82. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. quod te mihi 5. ff. de rebus creditis.* Non tamen illud prædoni imputandum, quod debitores hereditarios non convenerit, atque inde illi vel tempore liberati vel pauperiores facti fuerint; eo quod nullam adverſus eos habuit actionem. *l. ſi quid poſſeſſor 31. §. illud 4. ff. h. t.* arg. *l. ſi pupilli*

pilli 6. §. ult. ff. de negot. geſtis. licet verum ſit, illum & a ſe ipſo debuiſſe exigere ea, quæ defuncto debebat. *d. ll.* & extraneos debitores ad ſolvendum interpellare: quippe qua interpellatione extrajudiciali neglecta, obſtrictus foret, quoties ob abſentiam debitoris, aliamve cauſam ſimilem, interpellandi occaſio non defuerit: quo ſenſu accipiendus videtur Ulpianus in *l. ſed & ſi 25. §. quod ait 2. ff. h. t.*

18. De rerum hereditariarum venditarum pretiis non minor difficultas eſt; ſed diſtinctionum ope tollenda: aut enim neceſſaria fuit rerum illarum diſtractio, dum vel ſervando ſervari non poterant, ſed tempore deteriores redderentur, vel ſuperfluæ erant & nullius plane utilitatis, oneri magis quam uſui futuræ, vel impenſa in funus defuncti, aut cibaria familiæ, aut res reliquas hereditarias, ærisve alieni ſolutionem, facienda erat. *l. Divus Pius 5. l. non ſolum 53. l. item veniunt 20. §. ſimili 2. §. haec adverſus 12. §. quid, ſi poſt 16. l. niſi ex re 33. §. 1. ff. h. t.* aut nulla urgente tali neceſſitate ex libero poſſeſſoris arbitrio facta eſt, pretii forte habendi vel negotiandi cauſa. Et utroque in caſu aliud in bonæ, aliud in malæ fidei poſſeſſore ſervari placuit. Si poſſeſſor bonæ fidei neceſſitate vel voluntate libera rem vendiderit ante litem conteſtatam, de pretio non in ſolidum tenetur, ſed tantum catenus, quatenus inde locupletior factus eſt; eo modo, quo id in ipſis rebus hereditariis conſumtis obtinere ſupra dictum eſt; quia poteſt exiſtimari, in locum hereditariæ rei venditæ pretium ejus ſucceſſiſſe, & quodammodo ipſum hereditarium factum. *l. ſi & rem 22. circa fin. l. utrum 23. l. ſed & ſi 25. §. item, ſi rem 1. ff. h. t.* ut tamen a litis conteſtatæ tempore ad pretii etiamnum reſidui uſuras præſtandas damnandus ſit. *l. 1. §. 1. C. h. t.* Neque hoc caſu liberum eſt heredi, emtorem efficaci convenire rei vindicatione; in quantum emtor conventus ſeſe ex perſona venditoris tueri poterit: ne alioquin re evicta, emtor de evictione adverſus venditorem experiatur; & ita contingat, bonæ fidei poſſeſſorem effectu inſpecto in plus teneri, quam quatenus locupletior factus eſt. *l. ſed & ſi 25. §. item ſi rem 17. ff. h. t.* Quod ſi mala fide poſſidens res hereditarias ante litem conteſtatam vendiderit, ſi quidem ex neceſſitate (eo quo ante expoſitum ſenſu) in arbitrio petitoris eſt, an verum rei diſtractæ pretium conſequi velit, ſi forte infra juſtum pretium fuiſſet divendita; an vero totum id, quod ex ven-

venditione poſſeſſor redegit, dum ſupra verum rei pretium pactus eſt: ne alioquin ex ſua malæ fidei poſſeſſione lucretur. *l. item veniunt 20. §. ſimili 2 §. haec adverſus 12. l. niſi ex re 33. §. 1.* junct. *l. ſi a domino 36. §. ſi praedo 3. ff. h. t.* Sin ex libera voluntate ſeu ſine cauſa, actoris electio eſt, utrum pretium, ſeu omne illud, quod ex venditione redactum eſt, adeoque & ipſum pretii majoris lucrum perſequi velit, una cum uſuris a tempore litis conteſtatæ; an potius rem ipſam adhuc penes emtorem aut alium extantem, non deperditam nec diminutam cum fructibus malit computare *d. l. 20. §. 2. & §. 12. d. l. 33. §. 1. ff. h. t.* Adeo quidem, ut, ſi rem ipſam alienatam exiſtimet petendam eſſe, eadem non reſtituta, per in litem jusjurandum eam æſtimaturus ſit. *d. l. item veniunt 20. §. ult. l. 21. ff. h. t.* & ſi peremta vel diminuta ſit penes emtorem, pretii tamen reſtitutionem propterea malæ fidei poſſeſſor non jure declinet, quaſi res eodem modo penes verum heredem fuiſſet peritura, eo quod abſurdum & hic eſſet, hunc ex ſua mala ſide pretium lucrari. *d. l. 20. §. praeter haec 6. in med. & §. ult. d. l. 33. §. 1. l. 36. §. ſi praedo 3. ff. h. t.* Quod ſi rem hereditariam poſſeſſor per argentarios, & noſtro uſu per præcones ſeu auctionarios, vendi curaverit, ac apud eos perdiderit pretium, in bona quidem fide conſtitutus liberatur, actiones ſibi adverſus argentarios competentes heredi cedendo; at mala ſide poſſidens de pretio reddendo omnino tenetur, quia ſuo periculo male credidit argentariis. *l. item videndum 18. ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib. 1. cap. 15. n. 13. 14.* Et hæc ita, ſi ante litem conteſtatam diſtractio contigerit; ſi enim pendente lite, rerum quidem ex cauſa ſeu neceſſitate venditarum pretia una cum uſuris tam bonæ quam malæ fidei poſſeſſor præſtat; ipſas vero res cum fructibus; ſi nulla ſubfuerit neceſſitas alienandi. *l. item veniunt 20. §. quid, ſi poſt 16. ff. h. t.* Ne dicam, pendente lite, imo & ante litem conteſtatam poſt motam controverſiam, non aliam, quam neceſſariam diſtractionem a prætore permitti, niſi poſſeſſor hereditatis ſatisdederit petitori pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus reſtitutione. *l. Divus Pius 5. pr. ff. h. t.* arg. *l. alienationes 13. ff. famil. erciſcundae.*

19. Cæterum uti ad reſtituendum tenentur hac conventi actione, ita vice verſa etiam indemnes ſervandi ſunt, & quidem tam malæ, quam bonæ fidei poſſeſſores, ſi hereditatis in-

tuitu ſeſe obſtrinxerint; veluti ſi pro rerum hereditariarum venditarum evictione caverint, aut damni infecti nomine pro rebus hereditariis vitio ſuo damnum vicino minitantibus; ipſis enim hereditatem reſtituentibus viciſſim de indemnitate cavendum foret. *l. item. veniunt 20. §. ſed etſi pen. l. illud quoque 40. §. contra quoque pen. ff. h. t. l. ipſi quoque 19. ff. de rei vindicat.* Sed & ea, quæ per eos erogata, recuperant: ſi enim quædam non in res ipſas hereditarias aut ad fructuum perceptionem, verum aliter propter hereditatem expenſa ſint, dum æs alienum hereditarium exſolutum, vel legata vere debita legatariis ſunt præſtita, vel in funus aut monumenti exſtructionem impenſæ, probabilem modum aut teſtatoris voluntatem non excedentes factæ, utrique deducent; malæ tamen fidei poſſeſſores non aliter, quam ſi de petitore defendendo cautiones interpoſuerint æris alieni & legatorum intuitu. *l. ſi quid poſſeſſor 31. l. hereditas 50. §. 1. ff. h. t. l. in reſtituenda 4. l. ult. §. 1. C. h. t.* Plane ſi indebitum legatariis aut creditoribus putativis ſolverint, bonæ quidem fidei poſſeſſores etiam hoc caſu ſoluti deductione gaudent, ceſſa indebiti condictione adverſus eos, quibus ſolutum eſt. At malæ fidei poſſeſſores ſuo videntur periculo tum legata, tum æs alienum ſolviſſe, ut non tam deductio horum ex rebus hereditariis, quam potius actio ad ſoluta repetenda, quoties ſolvens ſtipulatione ſibi cavit, *evicta hereditate, ſoluta reddi.* eis tribuenda ſit. *l. quod ſi poſſeſſor 17. ff. h. t.* idemque eſt, ſi bona fidei poſſidens poſt motam de hereditate controverſiam, debiti aut legati fecerit ſolutionem; nam nec tunc deductio ſoluti, ſed ſola ex cautione ſuperiore actio permittenda foret. *l. dolo carere 41. ff. ad leg. falcidiam.* junct. *d. l. 17. ff. h. t.*

20. Adhæc illud, quod ſibi ex hereditate debitum eſt, bonæ fidei poſſeſſor procul dubio deducit; at malæ fidei poſſeſſor non aliter, quam ſi petitori expediat tale debitum diſſolutum eſſe, propter pœnam, aut aliam cauſam; quo caſu dici poteſt, eum ſibi jam mature ſolviſſe, ad pœnam evitandam, aut ſolvere debuiſſe. *l. ſi quid poſſeſſor 31. §. ſed ſi ipſi 1. 2. ff. h. t.*

21. Quodſi impenſæ in ipſas res hereditarias, non propter fructus, factæ ſint, poſſeſſor quidem bonæ fidei has omnes, ſive neceſſarias, ſive utiles, ſive voluptuarias deducit, etiamſi non amplius extent vel impenſæ vel res ipſæ in quas factæ. At qui mala poſſedit fide, ſolas neceſſarias in univerſum deducit;

utiles

utiles vero tantum quatenus superſunt, & inde res melior facta eſt; voluptuarias nullo modo deducit ex hereditate, ſed tantum tollit, quatenus poteſt ſine rei detrimento. *l. plane 38. l. 39. ff. h. t.* Nec mirum, malæ fidei poſſeſſorem neceſſarias impenſas omnino deducere juxta *d. l. 38. ff. h. t.* junct. *l. domum 5. C. de rei vindicatione*, cum, ſi eas non feciſſet, culpæ fuiſſet reus, omneque ex neglectis hisce impenſis damnum ſuperveniens debuiſſet præſtare. arg. *l. ei, qui partes 54. §. ult. ff. h. t.* junct. *l. niſi ex re 33. §. 1. ff. h. t.* Licet enim turpiter agat, quod rem alienam ſciens poſſideat; non tamen turpiter aut male agit, quod, cum poſſideat, impenſas eroget ad conſervationem rei deſideratas. Paulo aliter hæc de impenſis ſeſe habent in ſingulari judicio rei vindicationis; quippe in quo bonæ fidei poſſeſſor neceſſarias quidem & utiles deducit, ſeu retentione rei recuperat, voluptuarias tantum tollit: imo & utiles quandoque ne deducit quidem, ſed tollit tantum, prout bonus judex varie ex perſonis cauſisque conſtituet. *l. in fundo 38. ff. de rei vindic. §. ex diverſo 30. Inſtit. de rer. diviſ.* Sed mala fide poſſidens ſolas deducit neceſſarias, utiles cum voluptariis tantum tollit, ne locupletior fiat dominus cum jactura ejus. *d. l. domum 5. C. de rei vindicat.* vide latius tit. de rei vindic. Cur autem tam varie in rei vindicatione & hac hereditatis petitione conſtitutum ſit, ejus rationem eſſe puto, quod melior eſſe debuerit conditio bonæ fidei poſſeſſoris in petitione hereditatis, quam rei vindicatione, quantum ad impenſas recuperandas, quia ex adverſo fructuum reddendorum reſpectu durior eſt, dum conſumtos reſtituere tenetur, quatenus inde locupletior factus eſt; quod non ita obtinet in rei vindicatione; ut proinde plenior reſtitutio fructuum cum pleniore impenſarum deductione videatur fuiſſe compenſanda. Et cum ita conſultum eſſet plenius poſſeſſori bonæ fidei, non adeo abs re videri potuit, ſi & malæ fidei poſſeſſori quantum ad impenſas utiles paulo magis in hac petitione, quam rei vindicatione, ex æquitate ſubveniretur.

22. Impenſas in fructuum perceptionem factas quod attinet, veluti quæ quærendorum, cogendorum, conſervandorumque eorum gratia fiunt; uti & eas, quæ cum uſu & fructibus compenſari ſolent, veluti reparatio modica ædium, tributorum vectigaliumque ſolutio, alimenta ſervis jumentisque ſubminiſtrata, & alias his ſimiles, quas cum fructibus ſolere compenſari traditur in *l. vel ſi vites 3. §. 1. ff. de impenſ. in rem*

dot. fact. eas quoque universas deducit possessor bonæ fidei, quatenus ex fructibus, usu, operisve locupletior factus non est, dum nihil aut parum post sumtus factos fructuum nomine percepit, insolita sterilitate, aut hostium ac prædonum incursu, aliave calamitate superveniente. *l. si a domino 36. §. ult. l. 37. ff. h. t.* malæ fidei possessor, licet eas quoque deducat, quandoquidem naturali ratione fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorumque causa factis, tanquam quæ ipso jure fructus diminuunt. *l. quod in fructus 46. ff. de usuris d. l. 36. §. ult. ff. h. t.* non tamen aliter, quam si fructus inde perceperit, sic ut & ad eorum restitutionem obstrictus sit: nam si sterilitate aut aliter sine culpa ac negligentia sua nullos post sumtum erogatum fructus collegerit, uti eosdem non perceptos restituere non tenetur, ita nec quicquam impensarum nomine deducere potest ex eo, quod nec fuit nec interpretatione juris fuisse fingitur in rerum natura. arg. *d. l. 36. §. ult. l. 37. ff. h. t.* Neque huic impensarum, in fructuum perceptionem factarum, deductioni adversatur id, quod ab Ulpiano traditur, impensas tales videri donatas esse. *l. si servus servum 27. §. si olivam 25. ff. ad leg. Aquil.* nam, quod malæ fidei possessor necessarias deducit impensas in fructuum perceptionem factas, id inde est, quia recte facit, quod, cum possideat, fructus etiam quærat ex re possessa, quippe ad quos restituendos tenetur, quatenus potuit honeste percipere. At si quis non possideat fundum, qualis est ille, de quo tractat Ulpianus in *d. l. 27. §. 25.* male agit, ac delinquit, colligendo fructus ex fundo alieno, qui ad ejus periculum non pertinebant, quorumque nomine nullatenus teneretur, etsi eos a solo non separasset, sed passus fuisset in universum corrumpi. Cum ergo ita impendens, in re illicita & delicto versaretur, æquum non fuit, ei sumtuum istorum deductionem concedi.

23. Non tamen actio, sed sola rerum possessarum retentio & doli exceptio ad recuperandas impensas jure Romano possessoribus comparata fuit. *l. si in area 33. in fine ff. de condict. indeb. l. sumtus 48. ff. de rei vindicat. §. ex diverso 30. Iustit. de rer. divis. l. Paulus respondit 14. ff. de doli mali & metus except.* objicienda etiam post sententiam, ad impediendam executionem. Anton. Faber *Cod. libr. 3. tit. 22. defin. 15.* & *libr. 7. tit. 20. defin. 12.* Licet enim impensarum *repetitio* ipsis tribua-

tur.

tur, *l. domum 5. C. de rei vindic.* non tamen inde firmiter contra tam manifestas leges deducitur, actionem dari; eo quod non tantum actione instituta, sed & exceptione opposita, repetitionem fieri, natura docet. Nec est, quod objiciatur, & marito, & commodatario, & fiduciario heredi, actiones dari pro repetitione impensarum, in rem dotalem aut commodatam, aut ex fideicommisso restituendam factarum. *l. unic. §. taceat 5. in fine C. de rei uxor. act. l. in rebus 18. §. possunt 2. ff. commodati. l. qui exceptionem 40. §. si pars 1. ff. de condict. indeb.* cum commodatarius commodantem ex vero contractu obligatum habeat, & maritus ac fiduciarius non bonæ malæve fidei possessores sint, sed eo tempore, quo impenderunt, domini fuerint rerum illarum, in quas impensum est: & quamvis bona fides, seu opinio dominii, tantum præstet possessori, quantum veritas; id tamen locum non habet, quoties (uti in nostro casu) lex impedimento est. *l. bona fides tantundem 136. ff. de regul. juris.* Quod autem in *l. plane in 38. ff. h. t.* dicitur *officio Judicis id contineri*, ut habeatur ratio impensarum, *nec exceptionem doli mali desiderari*, id eo pertinet, quod cum petitio hereditatis bonæ fidei sit, & talis etiam olim a plerisque haberetur, necesse non fuerit, ut doli exceptio nominatim opponeretur, quia bonæ fidei judicis inest ipso jure: cæterum id non efficit, quo minus retentio fuerit necessaria, donec impensæ restitutæ essent, dum nullo alio modo, quam per retentionem, servari poterant. *d. l. 33. in fine ff. de condict. indebiti.* Si tamen possessor malæ fidei eo animo impenderit, ut domini, cujus res est, negotia gereret, ad impensas necessarias repetendas negotiorum gestorum actio non videtur deneganda. *l. domum 5. C. de rei vindicat.* Idemque ex æquitate obtinuit, si pro herede, seu heredis opinione quis possidens, monumentum defuncto fecerit ex defuncti voluntate, vel etiam conditionis implendæ causa, quippe cui, tanquam gestori negotiorum hereditatis, actionem adversus heredes instituendi potestas facta est; religionis pariter & supremæ voluntatis favore. *l. hereditas 50. §. 1. ff. h. t.* Sed quod Romanis ita placuit in certis casibus, hodie ex naturali æquitate generaliter receptum est, ut scilicet non sola retentione, sed & actione consulatur non tantum bonæ, sed & malæ fidei possessoribus, pro recuperandis impensis illis, quarum deductionem iisdem concessam fuisse, supra dictum est, necessariis scilicet, nec non utilibus quatenus inde res melior facta; ne alioquin domini rerum cum aliena jactura locupletarentur. Ar-

gentræus *ad consuet. Britann. art. 536. gloss. 1. num. 6.* Zypæus, Molinæus, Mornacius, aliique quos citat Ant. Matthæus *de auctionibus libr. 1. cap. 18. n. 16. 17. 18.* Groenewegen *ad §. 30. Instit. de rer. divisione.*

24. Cum autem leges inter impensas liquidas illiquidasque non distinguant in hac materia, satius est, ut existimemus etiam pro illiquidis impendiis retentioni locum fore, donec illæ liquidæ factæ fuerint ac restitutæ; nec cogendum possessorem, ut possessionem adversario de impensis reddendis caventi cedat: præsertim cum tutius sit rei incumbere quam cautioni, & ipsa retentio non parum ad lites diminuendas prosit; quippe qua dominus adigitur, ut sponte offerat impendia, quæ, si semel possessionem recuperasset, sæpe non nisi litium ambagibus & judicis officio constrictus foret restituturus. Nicol. Everhardus *consil. 93.* Radelantius *Curiae Ultraject. decis. 100.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 22. defin. 15.* Joh. a Sande *decis. Frisic. libr. 3. tit. 15. defin. 5.* & *de prohibita alienat. part. 3. cap. 8. num. ult.* ubi plures dissentientes allegat.

25. Observandum tamen, pendente hereditatis petitione, nec fideicommissarios, nec legatarios, nec creditores impediri, quo minus interim debita sibi ac legata petant, idque vel ab actore vel a reo petitione hereditatis convento; ut tamen legatarii de restituenda re cum fructibus, vel pecunia cum usuris, cautionem interponant, juxta formam præscriptam in *l. ult. pr. & §. 1. 2. C. h. t.* Sed & vice versa, pendente hoc judicio, recte conveniuntur actione personali debitores hereditarii; actione in rem, quotquot res hereditarias possident alio jure, quam pro herede: ita quidem, ut non tantum possessor bonæ fidei has interim actiones exerceat; sed et petitor ipse, quoties vel possessor hereditatis in mala fide fuit, & nihil juris se habere scit, vel, cum in bona fide esset, negligit tamen actiones exercere, ac subest periculum, ne inter moras actiones intercidant, aut inopia debitorum reddantur inanes. *l. si bonæ fidei 49. ff. h. t.* Præterea, si possessor hereditatis hac interpellatus actione, testamentum illud, ex quo actor se heredem esse contendit, velit falsum dicere, non potest actorem per exceptionem præjudicialem repellere, quasi præmature hereditatis petitio mota esset: quia judiciorum illorum, quæ de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium illorum, id est, nulla exceptio præjudicialis iis opponi possit:

sed

ſed tantum ſuſtinetur hereditatis petitionis judicium, ſeu in eo interim non ultra proceditur, donec falſi cauſa agatur; reo interim juſſo ſatisdare de hereditate, quæ ab eo petitur, non diminuenda ſed reſtituenda. l. *Divus Pius 5. §. pen. & ult. ff. h. t.*

26. An vero hanc actionem inſtituere deſiderans, jure ſiſtendi uti poſſit, & poſſeſſorem vel bona ejus non hereditaria auctoritate judicis detinere, ut ita hereditatis petitio apud alium perageretur judicem. quam apud quem ex communi juris diſpoſitione ventilanda foret, colligi poteſt ex iis, quæ dixi *tit. de in jus vocando num. 25.*

TITVLVS IV.

SI PARS HEREDITATIS PETATVR.

SVMMARIA.

1. *Pars hereditatis peti poteſt vel actione vel exceptione. Petit quisque vel partem vel totum, pro jure, quod ipſe habet; idem juris eſt in partis, quod in totius petitione.*
2. *Quo modo & contra quos agendum, ſi duo veri heredes ſint, & duo hereditatis poſſeſſores, & quo modo, ſi hereditas partim a vero, partim a falſo herede poſſideatur pro diviſo vel pro indiviſo?*
3. *Quando pars certa hereditatis, quando incerta peti poſſit? quot partes utero interim ſervandae ſint, ſi ſperetur poſthumus frater una cum jam natis parenti ſucceſſurus?*

Quemadmodum tota hereditas, ita & pars ejus peti poteſt: adeo ut etiam per exceptionem quis ſibi poſſit aſſerere hereditatis partem. Si enim pro parte heres univerſam poſſideat hereditatem, ſciens ſe tantum ex parte heredem eſſe; eique per coheredem de tota hereditate controverſia moveatur, permittendum erit poſſeſſori partem quidem hereditatis defendere, parte altera cedere, nullamque de ea controverſiam ſuſtinere. *l. permittendum 8. ff. h. t.* Quisquis vero hereditatem, vel partem ejus petit, is actionem ſuam non ex eo metitur, quod poſſeſſor occupavit; ſed tantum ex ſuo jure: totam nempe hereditatem perſequitur, qui ex aſſe heres eſt, licet adverſarius ſolam partem poſſideat; & vice verſa heres ex parte nihil præter eam partem recte petit, licet adverſarius, nulla ex parte heres,

iniquus hereditatis totius poſſeſſor ſit. *l. 1. §. 1. ff. h. t.* Cum autem, quod juris eſt in toto reſpectu totius, idem quoque juris ſit in parte reſpectu partis; conſequens eſt, ut quæ præcedente titulo de hereditatis totius petitione dicta ſunt, ad partis quoque petitionem transferantur.

2. Quod ſi duo poſſideant hereditatem, & duo ſint, qui ad ſe partes pertinere dicant, non ſinguli a ſingulis petere debent, puta primus a primo, ſecundus a ſecundo poſſeſſore; ſed ambo a primo & ambo a ſecundo: neque enim alter primi, alter ſecundi partem poſſidet, ſed ambo partem utriusque, *l. 1. §. quin imo 2. ff. h. t.* Si partim a vero, partim a falſo herede teneatur hereditas, videndum an pro indiviſo, an pro diviſo poſſideant. Pro diviſo poſſidere hic dicuntur, inter quos, tanquam coheredes, jam interceſſit diviſio rerum hereditariarum, ſive mutua conventione, ſive judicis officio per intentatam familiæ erciſcundæ actionem; contra, pro indiviſo, ſi necdum ita diviſio facta ſit, licet forte ſinguli ſeparatas partes rerum hereditariarum, aut ſeparatas res hereditarias, naturaliter poſſiderent ac tenerent. Quibus prænotatis, ſi verus & falſus heres pro indiviſo poſſideant, ſuperveniens alter verus heres adverſus ſolum heredem falſum hac agit actione. Nam, cum alter verus heres nil præter ſuam partem pro indiviſo poſſideat, nec ultra poſſidere deſideret, quam quod ei jure & ex aditione facta acquirendum erat, atque adeo nihil poſſideat pro herede aut pro poſſeſſore; ſequebatur, ipſum nullo jure per coheredem non poſſidentem inquietari poſſe hereditatis petitione, ſed tantum judicio familiæ erciſcundæ. arg. *l. 1. §. quin imo 2. in fine ff. h. t.* Sin pro diviſo, *ſic ut coheres verus non plus haberet ſua parte*, ut loquitur JCtus in *d. l. 1. §. 3. ff. h. t.* rationi ac neceſſitati juris conveniens eſt, ut & contra verum coheredem & contra extraneum pro herede vel pro poſſeſſore poſſidentem experiatur, qui aliquam ſibi aſſerere ac vindicare vult hereditatis jam diviſæ partem, ac is quoque, qui cum falſo herede jam pro diviſo poſſedit, adverſus eundem dirigat pro ſua parte hereditatis petitionem: ut poſtea rerum omnium hereditariarum inter veros coheredes diviſio nova inſtituatur. Cum enim facta prior inter verum ac falſum heredem diviſio alteri vero coheredi obeſſe nequeat; conſequens eſt, & verum & falſum heredem ex diviſione facta poſſidere partes rerum hereditariarum, pertinentium pro indiviſo ad coheredem

alte-

alterum poſtea ſupervenientem, ac proinde eum adverſus utrumque agere poſſe ac debere, *l. 1. §. ſi ego 3. ff. h. t.* arg. *l. Pomponius 8. ff. de rei vindicat.* Quo facit, quod alibi negatur, nos poſſe conſequi per hereditatis petitionem id, quod familiæ erciſcundæ judicio conſequimur, ut nempe a communione diſcedamus; cum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut hereditatis partem pro indiviſo reſtitui nobis jubeat. *l. non poſſumus 7. ff. h. t.* conſequeremur vero pleniſſimum judicii familiæ erciſcundæ effectum, ſi diviſa inter verum falſumque heredem hereditate, tantum adverſus heredem falſum intentanda foret hereditatis petitio, ratione partis ab eo poſſeſſæ. Nec eſt, quod quis exiſtimet, hanc reprobari ſententiam, dum in fine *d. §. 3. utilior* dicitur Pegaſi ſententia. Quamvis enim utilior ea ſit, quatenus ita magis evitantur litium ambages ac actionum multiplicatio; non tamen ideo reprobata fuit aut rejicienda contraria opinio, ratione juris manifeſta nitens. Unde & JCtus, licet jam ante Pegaſi ſententiam dixiſſet utiliorem, tamen mox in §. *4. d. l. 1.* deciſionem alterius caſus ſubnectit, non ſententiæ Pegaſi, ſed rationi juris ſuperius adductæ convenientem: ut tamen negandum non ſit, quin ſententia Pegaſi tanquam utilior, officio judicis admitti debeat, non omni quidem in caſu, ſed aliquando, ſeu *fortaſſis* (ut jurisconſultus loquitur *d. l. 1. §. 3. ff. h. t.*) tunc ſcilicet, cum rerum fungibilium eſt facta diviſio, ſic ut compenſatio in iis admitti queat, nec interſit, quam ex rebus hereditariis fungibilibus partem habeat verus heres; & ideo in §. *4. d. l. 1.* dicitur, officio judicis invicem compenſationem eſſe faciendam ejus quod poſſidetur; qualem compenſationem in ſolis fungibilibus, non item corporibus aliis, leges admittere, notum eſt. Sed nec ſententiæ huic adverſatur Paulus JCtus in *l. Pomponius 8. ff. de rei vindicatione.* in cujus principio, cum diſtinctionem adhibuiſſet, an fundus ab iniquis poſſeſſoribus duobus pro diviſo an pro indiviſo poſſeſſus eſſet, in fine ſubjungit; *quae diſtinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviſo poſſideri poteſt.* Longe enim alio ſenſu illic pro diviſo vel pro indiviſo poſſeſſio accepta eſt; negatur ſcilicet hereditatem pro diviſo poſſideri (addo & *peti*) poſſe, in quantum hereditas juris nomen eſt, rebus incorporalibus atque adeo individuis annumerata, quam ideo ſinguli pro diviſa parte naturali-

ter

ter occupare nequeunt, uti quidem duo naturaliter occupare poſſunt ſeparatas ejusdem fundi partes: licet ergo in fundi vindicatione diſtinguendum fuerit, utrum ex parte dominus una cum non domino poſſideret communiter iſtum fundum, an vero certis regionibus, atque ita ſinguli ſeparatas partes; ut priore quidem caſu adverſus ſolum non dominum; poſteriore & adverſus extraneum poſſeſſorem & adverſus ejusdem fundi condominum agendum fuerit; quia tamen talis pro diviſo poſſeſſio in rebus incorporalibus ſine præcedente judicio familiæ erciſcundæ intelligi non poterat, recte dixit Paulus, eam diſtinctionem in hereditatis petitione locum non habere; ſed potius, ſive verus & falſus heres communiter, ſive ſeparatas res aut rerum hereditariarum partes ſeparatas poſſideant, ſolum illum, qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet, petitione hereditatis conveniendum eſſe a ſuperveniente vero coherede; eo quod, non obſtante ſeparata corporum hereditariorum poſſeſſione, ipſa tamen juris hereditarii poſſeſſio inter verum falſumque heredem, necdum moto inter eos familiæ erciſcundæ judicio, remanſit indiviſa. Quæ cum ita ſint ex manifeſtis juris rationibus & principiis, conſequens eſt, erraſſe toto cœlo Ant. Fabrum, & plerosque cum ipſo, *in rationalibus ad l. 1. §. 3. ff. h. t. & l. 8. ff. de rei vindic.* dum *d. l. 1. §. 3. ff. h. t.* propoſitam Pegaſi ſententiam accipiunt de hereditate per verum & falſum heredem pro indiviſo poſſeſſa: id enim ſi verum eſſet, Pegaſi ſententia non tantum utilior fuiſſet dicenda, ſed & rationibus juris per omnia conveniens, ut nempe ſolus extraneus conveniretur, non coheres nihil alienum pro herede poſſidens, ut ante probatum.

3. Cæterum vel pars certa hereditatis peti poteſt, vel incerta. Certa quidem, quoties ex pluribus heredibus jam natis quidam deliberant: durante enim eorum deliberatione nihil præter ſuam partem recte petierit is, qui hereditatem jam adivit; tunc demum reliquas exacturus partes, cum, cæteris ſuas portiones repudiantibus, ipſe in univerſum per jus accreſcendi fuerit heres factus. *l. ſi ex pluribus 2. ff. h. t.* Incerta vero, ſi coheres ſperetur, qui etiamnum in utero eſt; veluti, ſi ex fratrum defunctorum uxoribus naſcituri liberi patruo ſint heredes futuri: inter eos enim cum pro numero ſuccedentium viritim & in capita dividenda ſit hereditas, ac plu-

res

res uno partu edi poſſint, neceſſe eſt, ut interim partis incertæ petitio concedatur. *l. 1. §. ult. ff. h. t.* Si tamen patre mortuo mater ſit gravida, certa pars interim per jam natos petitur; ita ut tres partes medio tempore ſerventur utero, quaſi tergeminis naſcituris. Sed ſi plures eo partu naſci contigerit, nullum eis iſta certæ partis petitio & conceſſio generabit præjudicium, dum ſingulis, quibus jam portio data erat, pro rata decreſcet: uti ex adverſo accreſceret ſingulis, ſi unus tantum aut duo deinceps ederentur. *l. antiqui 3. l. 4. ff. h. t.* Quibus non contradicunt leges, dimidiam, quartam, aut ſextam partem utero aſſignantes. *l. cum quidam 30. §. ſuum heredem 6. ff. de acquir. vel omitt. hereditate. l. ſi pater meus 36. ff. de ſolutionibus.* cum illic non definiatur, quæ interim portio utero ſervanda ſit, quamdiu incertum eſt, quot uno partu ſint naſcituri, ſed qua ex parte tum liberi jam nati, tum illi, qui in utero ſunt, vere & cum effectu heredes ſint; ex ſemiſſe ſcilicet, ſi unus jam natus ſit, & unus tantum in utero formatus; ex quadrante, ſi tres; ex ſextante, ſi quinque in utero exiſtunt, ſuo tempore edendi; licet id, quod ſupra tres naſcitur, fere portentoſum Gajus dixerit *l. utrum 7. pr. ff. de rebus dubiis.*

TITVLVS V.

DE POSSESSORIA HEREDITATIS PETITIONE.

Cum prætor ſæpe bonorum poſſeſſionem ex teſtamento vel ab inteſtato daret illis, quibus jure civile, ſtricte ſic dicto, delatum non erat jus ſuccedendi, adeoque nec civilis petitio hereditatis accommodari poterat; neceſſe fuit, ut & prætoriam hanc poſſeſſoriam introduceret hereditatis petitionem; cujus de cætero iidem effectus ſunt, qui ſunt civilis petitionis. *l. 1. 2. ff. h. t.*

TITV-

TITVLVS VI.

DE FIDEICOMMISSARIA HEREDITATIS PETITIONE.

Fideicommiſſaria hereditatis petitio competit iis, quibus ex fideicommiſſo reſtituta eſt hereditas, adverſus eos qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſident. *l. 1. ff. h. t.* Cumque hæc actio hereditatem ſupponat a fiduciario jam reſtitutam & in fideicommiſſarium translatam; conſequens fuit, ut adverſus heredem fiduciarium ad obtinendam hereditatis reſtitutionem ex cauſa fideicommiſſi haud danda fuerit. *l. ult. §. 1. ff. h. t.* quippe qui potius actione ex teſtamento ad hereditatis ex fideicommiſſo reſtitutionem foret compellendus, ubi prius ipſe ſponte hereditatem adeundo, ſeſe quaſi ex contractu devinxit ad implendam defuncti voluntatem arg. *§. heres 5. Inſt. de oblig. quae quaſi ex contractu.* aut ſi ipſam aditionem detrectet, ad adeundum & reſtituendum ex Senatuſconſulto Pegaſiano in Trebellianum transfuſo cogendus, extraordinaria implorata prætoris cognitione, & decreto ſubſecuto. §. *ergo 6. & §. 7. Inſt. de fideicommiſſ. hered.* Recipit autem hæc quoque actio eadem, quæ hereditatis petitio civilis. *l. 2. ff. h. t.*



LIBER

LIBER SEXTUS.

TITVLVS PRIMVS.

DE REI VINDICATIONE.

SVMMARIA.

1. *Dominium latius & ſtrictius accipitur: quid ſit? dividitur in plenum ac minus plenum, naturale & civile, directum & utile, bonitarium & quiritarium.*
2. *Quid ſit rei vindicatio? quo modo olim alter alterum* ex jure manum conſertum *vocaverit, vindicationis faciendae cauſa?*
3. *Competit domino, etiamſi civile tantum, vel minus plenum, vel tantum temporale dominium habeat; ac nunquam poſſederit; vel ignorans antea alteri vindicanti operam praeſtiterit.*
4. *Non vincit hac actione, qui pendente demum lite dominium acquiſivit, niſi mutato libello poſt dominium acquiſitum: uti nec, qui pendente lite dominium amiſit.*
5. *Factum tertii alienantis citra conſenſum domini, aut trādentis extra fines mandati de alienando dati, aut vincentis in lite, quae ipſi cum tertio intereſſit, non impedit, quo minus dominus rem ſuam vindicet.*
6. *Fideicommiſſarius vindicat exiſtente conditione rem a fiduciario alienatam, proprietarius rem fructuariam a fructuario diſtractam, ſocius ſuam partem a ſocio alienatam.*
7. *Dominus rem ſuam furto ſubductam etiam a bonae fidei poſſeſſore vindicare poteſt, non refuſo pretio, niſi aliud certis in caſibus ſtatuta ferant.*
8. *Non poteſt vindicari vel condici pecunia furtiva, ſi illa per furum creditori ejus ſoluta & bona fide per eum conſumta vel nummis aliis mixta ſit. Nec res nundinis publicis privilegiatis venditae, niſi pretio emtori reddito; uti &, quae a fure eo animo redemtae, ut domino ſalvae ſint, ſi modo color quaeſitus non ſit.*
9. *Quid juris in rebus per piratas, aut per hoſtes captis, & redemtis?*
10. *An pretium ex re furtiva redactum aut debitum vindicari poſſit per rei dominum? An, & quando, & contra quos dominus rei furtivae habeat perſonalem actionem de pretio rerum furtivarum?*
11. *An res ex pecunia furtiva emtae vindicari poſſint per dominum pecuniae; & an is in rebus illis ante alios furis creditores praelationem habeat?*
12. *An dominus res, quas commoda-*

modato vel pignori dedit, vel locavit, vel depoſuit, vel precario conceſſit, vindicare poſſit pretio non reddito, ſi illae a commodatario depoſitario cæterisque ignorante domino venditae ſint? Et quid hodie hac in parte obtineat?

13. *An dominus vindicare poſſit res mobiles ex decreto judicis auctione publica venditas, quaſi ad commodatarium, depoſitarium, ſimilesque pertinuiſſent dominii jure?*

14. *Nemo vindicat rem a ſe alienatam, licet pretium nondum numeratum ſit, ſed fides de eo habita. Quid juris, ſi intra paucos dies foro ceſſerit emtor, cui res tradita fide habita de pretio, ſi res adhuc inveniatur in bonis cedentis, vel tertio bona fide ementi privatim ſit vendita, vel etiam in nundinis publicis privilegiatis?*

15. *Quid juris circa vindicandi poteſtatem, ſi res tradita ſit non habita fide de pretio; & quid ſi tunc per emtorem nundinis privilegiatis iterum diſtracta ſit?*

16. *Heres non poteſt vindicare rem a defuncto alienatam, pro qua parte heres eſt, nec pupillus rem a defuncto, cui heres eſt, ſine decreto alienatam, nec fideicommiſſarius rem a fiduciario alienatam, ſi & fiduciarii heres ſit. Quid juris in eo, qui cum inventario heres eſt?*

17. *An is, qui rem alienam vendidit & tradidit, eam vindicare poſſit, ſi poſtea dominus ejus rei fiat?*

18. *An fiduciarius rem fideicommiſſariam pendente conditione fideicommiſſi alienatam vindicare poſſit, ſi poſtea exiſtat conditio?*

19. *Vindicare quisque poteſt rem, quam nullo jure vendidit, cum ejus adminiſtrator eſſet, idque in utilitatem ejus, cujus illa res eſt.*

20. *Nemo regulariter vindicat rem, cujus dominium necdum acquiſivit. Si duobus res eadem ſit diverſis temporibus vendita, is vindicat, cui prius eſt tradita, ſive vere ſive ficte. Quid ſi poſterior emtor, cui tradita, ſciverit eam alteri eſſe venditam? Quid ſi demum tradita poſteriori, poſtquam prior coeperat eam judicio petere? Quid, ſi Princeps duobus vendiderit? quid ſi beneficium eccleſiaſticum duobus collatum ſit?*

21. *Nemo rem ſuis nummis per tertium emtam vindicare poteſt. Utilis tamen militibus jure Romano data vindicatio, & pupillis. Recenſentur alii plures, quibus in genere tantum utilis rei vindicatio datur.*

22. *Conveniuntur rei vindicatione poſſeſſores, licet lite demum pendente coeperint poſſidere, eorum heredes quatenus poſſident; item qui liti ſe obtulerunt, qui dolo malo poſſidere deſierunt, quomodo teneantur eorum heredes? An, & quousque conveniri hac actione poſſint nudi rerum detentores?*

23. *Non datur contra eum, qui rem a fiſco vel Principe emit; nec contra eum, qui dolo fecit quomi-*

quo minus poſſeſſionem acquirat.

24. *Ut actor vincat, debet rei notas exprimere, & ſe dominum probare. Quibus modis illud probetur? an per ſolennem immobilium traditionem coram lege loci, ſi forte titulus non aliter probetur? an per ſignorum aut inſignium impoſitionem, aut locationem longo tempore factam?*

25. *Si reus neget ſe poſſidere, poſſeſſio in actorem transfertur, & tunc reus tanquam actor probare debet ſe dominum eſſe. Quod moribus non mutatum.*

26. *Vindicantur res tantum corporales, etiam grex, non peculium aut hereditas.*

27. *Vindicatur vel tota res, vel pars rei, plerumque certa, quandoque incerta.*

28. *An pars rei noſtrae, quae ſupereſt, vindicari poſſit, veluti corium, caro, cornua, bove extincto, area extincta domo? & quid ſi res tales legatae perierint?*

29. *An, & quo usque vindicari poſſit homo liber, res ſacrae, res aliis rebus junctae & natura vel lege prohibitae ſeparari?*

30. *Reſtituenda res, quae vindicatur, cum omni cauſa. Quo in loco? non habet hic reus condemnatus quatuor menſium dilationem, ſed quandoque arbitrariam, maxime pro reſtitutione fructuum, qui per judicium ſummarium liquidi fieri debent.*

31. *Si reus contumacia rem reſtituere nolit, manu militari aufertur. An retinere rem poſſit, quia aliam ab alio de re eadem litem patitur aut metuit, aut jus pignoris habet, aut damni infecti pro re illa cavit? an propter impenſas?*

32. *Si reus condemnatus rem poſſidere deſierit, adverſus eum in litem juratur, nec actiones ei per dominum cedendae ſunt; ſecus in noxali & perſonali actione.*

33. *Quid juris, ſi reus non dolo, ſed culpa, poſſidere deſierit?*

34. *Quid juris, ſi caſu res apud reum perierit? non eſſe admittendam differentiam inter actiones in rem & in perſonam, cum quaeritur de interitu rei ex caſu contingente poſt moram.*

35. *Poſt interitum rei, dolo, culpa aut caſu contingentem, ſupereſt nihilominus quaeſtio de fructibus & utilitate rei.*

36. *Quales impenſas poſſeſſor bonae & malae fidei deducere vel tollere poſſit jure Romano & hodierno; & an is, qui mala fide aedificavit in alieno, tignum poſtea ſolutum vindicare jure Romano poterit?*

37. *Quid juris ſit circa impenſas in fructus?*

38. *In repetitione impenſarum in rem factarum prius compenſandi cum impenſis.*

39. *Non tamen fructus ipſarum meliorationum compenſandi cum impenſis meliorationis.*

Vindicare, in genere, eſt jus in re ſibi aſſerere; & *vindicationes* dictæ omnes in rem actiones, *conditionibus* oppoſitæ. §. *appellamus 15. Inſtit. de actionibus.* Jus autem in re quintuplex eſſe, *tit. de inoff. teſtam. n. 2.* demonſtratum eſt, cujus prima ſpecies, *dominum;* latiore quidem ſenſu omne jus in re videtur complecti: ita namque, qui per alterius corpus poſſidet, *dominus poſſeſſionis* dicitur. *l. ſi quis alterius 2. C. ubi in rem actio.* & dominium *ſervitutis* eſſe, ac domini nomine *uſufructuarium* quoque contineri, patet ex *l. in venditionem 8. pr. ff. de rebus autor. jud. poſſid. & vendend. l. ſemper 15. §. ergo 8. ff. quod vi aut clam.* Sed ſtrictius acceptum dominium, eſt *jus, quo res noſtra eſt;* & vel *plenum* eſt, dum proprietati uſusfructus cohæret; vel *minus plenum*, ac in nuda proprietate conſiſtit, uſufructu penes alium exiſtente. Inſuper vel *civile* eſt, vel *naturale;* qua ratione dominium dotis naturale penes mulierem eſſe, civile penes maritum, indigitat *l. in rebus 30. C. de jure dotium.* Denique vel *directum* eſt, quod ſcilicet penes eum remanet, qui in emphyteuſin aut feudum conceſſit; vel *utile*, ab aliis appellatum jus dominio proximum, quod emphyteutæ, vaſalli, ſimiles habent; qui & domini propterea in jure vocati ſunt. *l. poſſeſſores 12. in fine C. de fundis patrimonial.* arg. *l. ſciendum 15. §. poſſeſſor 1. ff. qui ſatiſd. cog.* licet conſiderato dominio directo hi domini eſſe negentur. *l. 1. §. 1. ff. ſi ager vectigalis id eſt emphytpet.* Fuitque hujc dominii diſtinctioni in *directum* & *utile* non longe abſimilis ea, qua priſco jure *bonitarium* aliud dominium erat, quaſi dominium juris gentium, aliud *Quiritarium*, ex jure Quiritium; de quo Briſſonius *ſelect. antiquit. lib. 4. cap. 1.*

2. Ex hoc jure dominii naſcitur rei vindicatio, actio ſcilicet in rem, qua rem noſtram ab alio poſſeſſam petimus: aliter dicta ſpecialis in rem actio. *l. 1. §. 1. ff. h. t.* cujus formula cum olim fere hæc fuerit, hanc ego rem ex jure Quiritium ajo meam eſſe, debebat res ipſa vindicanda præſens eſſe, aut ſaltem pars rei, veluti gleba fundi vindicandi; quem in finem alter alterum *ex jure manum conſertum* vocabat, id eſt, alter alterum ex jure ad conferendam manum in rem, de qua ageretur, vocabat, atque ita ſimul profecti in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, puta glebam, in jus in urbem ad prætorem deferebant, & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicabant, teſte Gellio *Noct. Attic. lib. 20. cap. 10.*

quod

quod & pleniſſime expoſitum a Barnaba Briſſonio *de formulis lib. 5. pag. mihi 375.* Rævardo *ad leg. 12. tabul. cap. 6.* Adde Roſinum *antiquit. Roman. lib. 8. cap. 6. tertia parte legum 12. tabul. ad legem 29.* & *lib. 9. cap. 13. fere in pr.* verſ. *in fundo.*

3. Duplex autem eſt rei vindicatio, directa alia, alia utilis. Directa illis datur, qui jure gentium aut jure civili dominium acquiſiverunt. *l. in rem 23. ff. h. t.* adeoque & marito reſpectu rei dotalis, ſtante matrimonio, tanquam civili dotis domino. arg. *l. dote 9. C. h. t.* junct. *l. in rebus 30. C. de jure dot.* non item uxori, niſi demum eo diſſoluto; cum antea jura dominii in muliere prope conticeſcant, ac fere unice per maritum exerceantur. arg. *d. ll.* Neque contrarium videri poteſt placuiſſe Imp. Alexandro in *l. mater tua 3. C. h. t.* cum non pateat, de fundo dotali, aut vindicatione matrimonio durante facienda, in *d. l.* 3. ſermonem eſſe. Neque intereſt, utrum plenum quis habeat dominii jus, an nudam proprietatem, uſufructu penes alium exiſtente, quoties res uſufructuaria a tertio poſſeſſa eſt, vel ipſe fructuarius eam non ſervitutis ſed dominii jure poſſidere cupit. *l. fructus 33. in fine ff. h. t.* junct. *l. recte dicimus 25. ff. verbor. ſignif.* Uti nec refert, perpetuum an temporale dominium competat; veluti herede ratione rei, quæ alteri ſub conditione legata eſt, cujusque dominium ea exiſtente ab herede eſt receſſurum. *l. non ideo 66. ff. h. t* Nec denique, utrum poſſederit, an nunquam antea poſſeſſionem fuerit adeptus; atque adeo heredi quoque, cui ex aditione dominium quidem, at non poſſeſſio acquiritur, accommodanda eſt. *l. ſi ager 50. §. 1. ff. h. t.* junct. *l. cum heredes 23. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* neque quisquam impeditur rem ſuam vindicare, quod ſorte prius alteri eandem vindicanti patrocinium ignorans præſtiterit, advocationis officio functus, ſi poſtea cognoverit, rem ad ſe pertinere. *l. inter officium 54. ff. h. t.*

4. Non tamen ſuffecerit, quod quis pendente demum lite dominium rei conſecutus fuerit, quam jam ante cœperat vindicare; niſi enim mutato libello, ac reſuſis reo impenſis, ex nova acquiſiti dominii cauſa vindicare inſtituat, victor in ea lite haud eſſet evaſurus: neque enim videri poteſt illius dominii jus in judicium deductum eſſe, quod demum poſt litem conteſtatam accidit ſeu acquiſitum eſt, ideoque alia interpellatione opus foret. *l. non poteſt 23. ff. de judiciis. l. ſi mater 11. §. eandem 4. & §. itaque 5. ff. de except. rei judicat.* junct.

l. eum, quem 79. ff. de judiciis. Eoque facit, quod & in ipſa actione ad exhibendum, præparatoria rei vindicationis, non aliter condemnatio ſequi debeat, quam ſi actoris utroque tempore interfuerit, rem ei reſtitui, & quo lis conteſtabatur, & quo condemnatio fit. *l. tigni 7. §. ult. ff. ad exhibendum.* quod de eo dici nequit, qui litis conteſtatæ tempore necdum dominium fuerat conſecutus. Denique hunc, qui ex jure poſt demum acquirendo litigare cœperit, ſimilem eſſe ei, qui ſine fundamento domum exſtruere tentavit, non inconcinne poſt alios dixit Peckius *de jure ſiſtendi cap. 17. n. 10.* Adde Juſtum Meyerum *Collegio Argentorat. h. tit. n. 13.* Neque his adverſatur, quod, ſi reus pendente demum lite poſſeſſionem adeptus fuerit, actori tamen condemnandus ſit. *l. ſin autem 27. §. poſſidere 1. ff. h. t. l. ſi hereditatem 4. l. item videndum 18. §. ſi quis 1. ff. de petit. hereditat. l. tigni 7. §. ſi quis non 4. ff. ad exhibend.* Recte etenim eo caſu judex reum actori damnat, quia in actionibus in rem potiſſimum jus actoris ſpectatur, dum ex parte rei nil præter qualemcunque poſſeſſionem vel detentionem naturalem requiritur, quæ quandocunque accedens efficit, ut reus poſſidens reſtituendæ rei facultatem habeat; atque inſuper actor ut verus dominus ex ea cauſa egerat, quæ lite vetuſtior dominium ei non immature adjecerat; ſic ut actoris interfuerit & litis conteſtatæ & rei judicatæ tempore, rem ſibi reſtitui: cum ex adverſo in noſtro caſu actor, nullo nixus dominii jure, perperam vindicandi formula uſus fuerit, hanc rem ſuam eſſe non ex vero contendens, atque adeo probare non valens, ſua & litis conteſtatæ & rei judicatæ tempore interfuiſſe. Non etiam adverſatur *l. ſi rem 9. §. ult. ff. de pignorat. act. l. Julianus ait 11. ff. qui ſatiſd. cog. l. licet 56. ff. de judiciis. l. ſi mandavero 17. ff. mandati.* Cum in his omnibus non defuerit principalis aliqua agendi cauſa, ſeu actionis fundamentum; ſed tantum quædam præmitti debuerint, aut præſtari, ex parte actoris, quæ aut præmiſſa non ſunt, veluti mandatum, aut non facta, puta oblatio totius debiti ad pignus luendum. Quo modo generaliter in omnibus contractibus ultro citroque obligatoriis agens, antequam impleverit contractum ex ſuo latere, repelli poteſt, ſed eo impleto, nihilominus vincit. Et quod attinet ſpeciem facti, quæ eſt in *d. l. 17. ff. mandati*, etiam non exacto per procuratorem eo, cujus exactio mandata erat, recte mandans agebat actione mandati, cum utique debu-

debuiſſet procurator exegiſſe; alioquin in id, quod intereſt, mandanti damnandus. Jure tamen Canonico contrarium placuit, quoties petitio ex generali jure dominii, non ex ſpeciali titulo facta eſt. *cap. 3. de ſentent. & re judicata in 6.* Sed & ſi litis conteſtatæ tempore dominus fuerit, qui hanc actionem movit, lite vero pendente dominium amiſerit, abſolvi reum ratio dictat. arg. *l. ſi ſervus furtivus 14. ff. de condict. furtiva.* tum quia res devenit ad eum caſum, a quo initium actio habere, & in quo conſiſtere non potuit. arg. §. *pen. Inſtit. de noxalibus act.* tum quia deſiit actoris intereſſe. arg. *d. l. tigni 7.* §. *ult. ff. ad exhibend.* tum denique quia ſublatum eſt ac extinctum illud, quod unicum hujus actionis fundamentum eſt. Quibus non obeſt, quod actio noxalis duret, & condemnatio ſequi debeat, ſi lite pendente actor a reo dominium ſervi conſecutus ſit. *l. ſi alienus 37. ff. de noxal. action.* Neque enim ibi primaria intentio actoris erat ad noxæ deditionem, ſed tantum ad damni per ſervum dati reparationem, quæ etiam alienato ſervo fieri poterat: noxæ deditio tantum erat in liberatione, damni reparatio in obligatione; adeoque eſt, quod ſibi reus imputet, quod ad damni reparationem ut debitam damnatus, careat noxæ dandi & ita ſeſe liberandi facultate.

5. Neque hanc rei ſuæ vindicandæ poteſtatem tollit regulariter factum tertii, rem noſtram non jure alienantis. Sic enim, (ut per ſpecies factorum nobiliores eamus) mulier rem, quam pro debito alieno pignori obligaverat, & ita contra Senatuſconſultum Vellejanum interceſſerat, recte vindicat, licet a creditore jure pignoris diſtractam. *l. redemtores 39.* §. *1. & l. ſeqq. ff. h. t.* (quod tamen an hodie cum jure & fide haſtæ fiſcalis, prout nunc diſtrahi pignora mos eſt, conveniat vide *in ſeqq. num. 13.*) Uti & is, qui procuratori mandavit rem certo pretio, veluti mille aureis, vendi & tradi, ſi is minoris vendiderit & tradiderit. Quive rem certo pretio vendi, & ſoluto demum pretio tradi juſſit, ſi illa definito quidem pretio diſtracta, ſed eodem necdum perſoluto tradita ſit. *l. 1.* §. *ſi quis rem meam 2. &* §. *Celſus 3. ff. de except. rei vend. & traditae.* Similiter, ſi, re debitoris per creditores ſubhaſtata, tertius tanquam rei iſtius dominus intercedat, ſeu ſeſe ſubhaſtationi & diſtractioni ſolenni opponat, &, cum vere dominus non eſſet, tamen imprudentia judicis vincat, atque ita impedita venditione rem ſibi obtineat; debitor, tanquam verus

rei istius dominus, non erit impeditus eandem vindicare ab eo, qui in judicio oppositionis victor fuit. Est enim hic res inter alios acta, creditorem scilicet ac tertium intercedentem; nec creditor debitoris personam hic videtur sustinere, neque debitoris sed suum magis negotium gerere; nec denique debitor impedire poterat, quo minus creditor contenderet cum opponente de proprietate rei; quo casu rem inter alios actam alteri non nocere, aut jus ejus minuere, constat *l. saepe constitutum 63. ff. de re judicata.* Estque hoc ipsum manifeste definitum, sententiam eorum, qui de jure intercedentis summatim cognoverunt, non posse debitori praejudicare, quoties hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est, si forte jure ordinario coeperit debitor persequi tanquam dominus rem illam, ut suam, sed ex cognitione summatim interposita penes intercedentem constitutam. *l. a D. Pio 15. §. si rerum 4. ff. de re judicat.* Ant. Matthaeus *de auctionibus lib. 1. cap. 11. num. 92. 93.*

6. Sed nec fideicommissarius impeditur vindicare rem a fiduciario pendente conditione alienatam, si dein fideicommissi conditio extiterit. *l. ult. §. pen. C. commun. de legatis.* Nec proprietarius rem a fructuario distractam, arg. *l. uxor 20. C. de legatis.* nec dominus rei communis partem suam, cum forte alter rem communem in solidum vendidisset; cum nec a furti vitio talis immunis sit, si res mobilis communis fuerit; neque privato cuiquam, sed fisco soli datum fuerit, rem sibi cum alio communem in solidum distrahere. *l. multum 2. C. de commun. rer. alien.* Ant. Matth. *paræm. Belg. Jurisc. 7. n. 17.* vers. *tertio, circa fin. p. 239.*

7. Multo minus impedita censeri debet vindicatio rei illius, quae suo domino per furtum subducta est; quippe qui eam non a fure tantum & herede ejus, sed & alio quovis bonae malaeve fidei possessore repetere potest, ne pretio quidem emtori bonae fidei refundendo; cum is cautius mercari debuerit, & actione de evictione adversus auctorem suum regressum habeat. *l. incivilem 2. C. de furtis. l. si mancipium 23. C. h. t. Privilegium Mariae Burgund. Hollandis Zelandisque datum 14. Martii 1476. Placit. Holland. vol. 2. pag. 670. in med.* Ut tamen hic penitius examinanda & inspicienda sit loci cujusque consuetudo; quae fere est, ut mensam foenebrem exercentes bona fide tuto accipiant pignori res furto subductas, non nisi pretio reddito easdem suis dominis restituturi; & ut certo tempo-

tempore certoque dierum vel hebdomadarum ſpatio aurifabri ac veteramentarii res ſibi venum oblatas ipſi venales publice exponant, eoque lapſo ſic tuto emant, ut non niſi pretio refuſo vindicationem pati teneantur; ſi modo a venditoribus ipſis pretium nequiverint recuperare. Et hæc quidem, ſi ſtatuta aut conſuetudines eam in rem conceptæ appareant; cæteroquin iisdem deficientibus, ratio non eſt, cur a Romani juris definitione videretur recedendum. vide Chriſtinæus *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 2. art. 2. num. 6. 8.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 4. conſtit. 39. defin. 5. 6.* Mævius *ad jus Lubecenſ. lib. 3. tit. 2. art. 2. n. 24. & ſeqq.* Grotius *manuduct. ad Juriſprud. Holl. lib. 2. cap. 3. num. 13. 14.* Groenewegen ibid. *in notis.* & *ad d. l. 2. C. de furtis.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 11. num. 3. 4.* Waſenaar *pract. jud. cap. 9. n. 4.* Anſelmo *Codex Belgicus*, verbo, *Oude Kleerkopers.*

8. Fallit tamen hæc rerum furtivarum a tertio bonæ fidei poſſeſſore vindicandarum poteſtas, quoties pecunia furtiva per furem creditori ejus bona fide accipienti ſoluta, vel pro re vendita pretii vice numerata fuit, & vel conſumta vel alteri pecuniæ mixta; cum ita conſumti videantur nummi. *l. ſi alieni 78. ff. de ſolution.* conſumti autem bona fide per creditorem nummi alieni neque vindicari poſſint neque condici. *l. Caſſius ait 17. ff. de ſolutionibus.* arg. *l. non omnis 19. §. 1. ff. de rebus creditis.* Ant. Matthæus *de auctionibus libr. 1. cap. 18. num. 12.* Neoſtadius *Curiae ſupremae deciſ. 36. cujus initium eſt, Petrus pecuniam.* Uti & in rebus illis furtivis, quæ publicis in nundinis fuerunt alicui bona fide ementi divenditæ, quæ non niſi pretio, quod datum eſt, reſtituto vindicari poſſunt, quoties emtor nequit a venditore pretium ſervare: ita jure ſingulari munitis iſtis nundinalibus venditionibus in plerisque Belgii locis (ſi pauca excipias, in quibus inter rem alienam, & furto ſubductam, diſtingui obſervat Anton. Matthæus *paroemia 7. num. 17.* verſ. *ſecundo*) commerciorum adjuvandorum gratia, ne timidius ad emendum accederent emtores, ſi, re aliena bona fide comparata, pretii periculum deberent ſubire, nulla licet in culpa plerumque hærentes; dum in peregrinorum promercii cauſa adventantium, ac res venales exponentium, conditionem integritatemque curioſius inquirere oneroſum ementibus ac prope impoſſibile viſum eſt. Grotius *d. libr. 2. Manuduction. cap. 3. num. 13.* Zypæus *notit. Jur. Belgici libr. 3.*

in pr. de rei vindicat. verſ. *jure dominus.* Ant. Matthæus *d. paroemia 7. num. 17.* Groenewegen, Waſenaar, Simon van Leeuwen *d. locis.* Denique nec illos rerum furtivarum emtores, rei vindicatione a dominis conventos, pretio erogato fraudandos eſſe æquitas dictat, qui res furtivas, longius alioquin abducendas diſtrahendasque, eo emerint animo, ut eas dominus ſuis ſalvas faciant iterumque reſtituant; non ſuum ita, ſed dominorum potius negotium gerentes, maxime ſi pretio viliore comparaverint æſtimationis majoris res furto ſubductas, & ſine tali redemtione ſuis probabiliter dominis perituras; ſi modo id ipſum vel emtionali inſtrumento inſertum fuerit, vel teſtatione tempore contractus coram teſtibus interpoſita probari queat; ſic ut nullus videri poſſit color quæſitus, ſed bona fide menteque hæc geſta appareat: tunc enim inficias iri non poteſt, quin hæc erogatio utiliter & probabili ratione facta ſit, adeoque ne negotiorum quidem geſtorum actio videtur deneganda eſſe. arg. *l. alimenta 11. C. de negot. geſtis.* Et certe, ſi, navi a piratis redemta, pretium redemtionis redimenti vel domino mercis, qua data redemtio facta eſt, reſtituendum veniat per contributionem, *l. ſi laborante 2. §. ſi navis 3. ff. de leg. Rhod. de jactu.* quidni & is, qui rem furtivam minoris redemit, recuperet, quod expendii, ut domino rem ſalvam faceret? Carpzovius *defin. forenſ. part. 4. conſtit. 39. defin. 1.* Menochius *de praeſumtion. libr. 5. praeſumt. 29. num. 16.* Cæterum, ſi quem ſub obtentu rei in gratiam domini redimendæ ſuum magis, quam domini negotium voluiſſe gerere, ratione probabili demonſtrari poſſit, dum forte rei domino reſtituendæ, aut ſaltem denunciationis faciendæ, facultatem habens, ſtudioſe eandem protelavit, nec niſi urgente prope neceſſitate pudoreque ſerius obtulit domino reſtitutionem; non dubium, quin ei, velut in fraude manifeſta conſtituto, nihil ex pretio ſoluto reddendum ſit: arg. *d. l. incivilem 2. C. de furtis.* junct. *l. ſi pupilli 6. §. ſed & ſi 3. ff. de negot. geſtis.* ac de his potiſſimum intelligendi interpretes, pretii repetitionem emtori in caſu noſtro denegantes, inter quos Chriſtinæus *ad Leg. Mechlinienſes tit. 2. art. 2. num. 6.* Menochius *d. libr. 5. praeſumt. 29. num. 13. & ſeqq.* Mollerus *ſemeſtrium libr. 3. cap. 10.* Dion. Gothofredus *ad l. 2. C. de furtis.*

9. Quæ de rebus furto ſubductis, per dominos ſine pretii reſtitutione vindicandis dicta, ex rationis paritate ad ea quoque, quæ

quæ per piratas capta, ac poſtmodum aliis in bona malave fide conſtitutis divendita fuerint, porrigenda ſunt, cum hi vere a furibus aliis non aliter diſtent, quam quod, uti plerumque potentiores, ita quoque improbiores ſunt; nulla de cætero poteſtate occupandi aliena muniti, nec jure dominii ullatenus ſua facientes, quæ nullo diripuerunt jure. arg. *l. poſtliminium 19. §. a piratis 2. l. hoſtes ſunt 24. ff. de captiv. & poſtlim. reverſis. l. qui a latronibus 13. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Adde *Inſtrumentum pacis inter Anglos & Belgas 28. Aprilis 1654. artic. 14. vol. 2. placitor. pag. 527.* Quibus non adverſatur Pomponius in *l. mulier 6. ff. de captiv. & poſtlim.* ubi pretium centurioni dicitur reddendum a fiſco, cum is mulierem in opus ſalinarum datam, & dein a latrunculis exteræ gentis captam, redemiſſet. Non enim eam exiſtimo Pomponii mentem fuiſſe, pretium redemtori ſemper & omni caſu fuiſſe refundendum, ſed magis eum determinare, quis pretium reddere teneatur, ſi illud centurioni, in bona forte fide poſito & geſtienti per redemtionem reducere talem mulierem in priſtinum ſtatum (ſecundum ante dicta de rebus furtivis) reſtituendum ſit; cum non levis hæreret ſcrupulus, propter quem videri poſſet fiſcus non eſſe ad pretii dati reſtitutionem obſtrictus, quod nempe mulier illa non fiſci ſed pœnæ ancilla erat, ſi in perpetuum damnata eſſet; ſin ad tempus, libertatem ac civitatem retinebat, atque adeo ipſa ſui lutrum exſolvere poterat. *l. aut damnum 8. §. in miniſterium 8. ff. de pœnis.* junct. *l. ſi in metallum 3. ff. de his quae pro non ſcriptis.* ſed fiſcum tamen teneri æquum viſum; cum ex operis ejus emolumenta ſentiret. Aliter quam ſeſe res habet in rebus per juſtos hoſtes occupatis, & dein bona fide redemtis; quippe quas ſemel jure belli pleno dominio acquiſitas diſtrahere hoſtibus jure ſuo licuit: ſic ut nec jus poſtliminii in hisce, ſi mobiles ſint, locum habere poſſit, ac ne refuſo quidem pretio priſtinis videantur dominis reſtituendæ; tanquam per emtores comparatæ ab iis, qui jure gentium & juſto belli titulo dominium fuerant conſecuti, §. *item ea 17. Inſtit. de rer. diviſ.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlinienſes tit. 2. art. 2. num. 3.* Anton. Matthæus *d. paroemia 7. num. 17.* verſ. *ſecundo in med.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 302.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 4. conſtit. 35. defin. 8.* niſi tamen aliud ſpecialiter legibus cujusque populi, aut populorum plurium mutua conventione circa res tum a piratis tum ab hoſtibus redemtas placuerit; uti aliquando noſtratibus aliud placuiſſe ob ſingulares cir-

cumſtantias, patet ex decreto Ordin. Hollandiæ *4. Martii 1600. vol. 2. placitorum Holl. pag. 39.*

10. Quamvis autem res furtivas vindicare poſſit earumdem dominus; ſi tamen diſtractæ fuerint, pretii inde redacti, vel forte necdum ſoluti ſed etiamnum debiti, vindicandi jus non habet: nam neque pretium rei meæ per alium, non meo nomine diſtractæ, meum eſt, neque in judiciis ſingularibus ſuccedit in locum rei; adeoque nec in locum rei furtivæ ſurrogatur aut furtivum eſt. *l. qui vas 48. §. ult. ff. de furtis. l. quemadmodum 38. §. ſi ſervus 2. ff. de noxal. action.* Mævius *ad jus Lubecenſ. libr. 3. tit. 8. art. 17. n. 2. 3.* Modeſt. Piſtoris *part. 2. quaeſt. 60.* Neoſtadius *Cur. ſupr. deciſ. 85. verſ. curia.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib. 1. cap. 18. num. 9.* Ut tamen haud ſit eundum inficias, quin furtum paſſus perſonalem ad exhibendum actionem pro recuperando rerum furtivarum & alienatarum vel conſumtarum pretio ſit habiturus, & cum cæteris concurſurus ſimplicibus chirographariis, non modo adverſus furem heredemve ejus (de quibus alibi) ſed & contra eos, qui mala fide ac ſcientes compararunt res furtivas, iterumque diſtraxerunt aut conſumſerunt; non enim parcendum videtur iis, qui ita rem furtivam ementes, ſeſe quodammodo reddiderunt delicti participes, meritoque conſiderandi tanquam tales, qui dolo malo deſierunt poſſidere. arg. *l. 1. in fine ff. de tigno juncto.* arg. *l. eos qui 14. C. de furtis.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 4. conſtit. 40. defin. 10.* Menochius *de praeſumtion. lib. 5. praeſumt. 29. num. 18. 19.* Aliter quam ſtatuendum foret in iis, qui, uti bona fide comparaverant, ſic rurſus pari fide bona diſtraxerunt rem furtivam; eo quod ob bonam fidem neque ex delicto videri poſſunt obligati eſſe, neque ex ullo contractu vel quaſi aut æquitate naturali; nullo quippe modo cum jactura aliena locupletiores facti: niſi rem furtivam minoris per eosdem emtam, aut titulo quæſitam lucrativo, pluris poſtea diſtractam ponas: quo caſu in id ſaltem, quod amplius penes eos eſt ex venditione, ipſos teneri rerum furto ſubductarum domino, multis placet, nec improbabile eſt, ſi modo domini neque res furtivas conſecuti fuerint, neque indemnitatem: locum ſibi tunc vindicante naturalis æquitatis regula, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *l. nam hoc 14. ff. de condict. indeb.* arg. *l. ſi eum ſer-*

ſervum 23. ff. de rebus creditis. Pingitzerus *Quaeſt. Saxon. 49. n. 27. & ſeqq.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 4. conſtit. 40. defin. 9.* Struvius *ad Pand. h. t. n. 13.*

11. Quodſi ex adverſo contigerit, ex pecunia furtiva res quasdam emtas eſſe, nec harum quidem vindicatio domino nummorum furto ſubductorum videtur concedenda; (imo nec jus ullum prælationis in rebus illis ante cæteros furis creditores, de quo latius *tit. qui potior. in pignore.*) Primo etenim id, quod ex re furtiva redactum eſt, furtivum non eſt, adeoque nec res nummis furtivis emta. *l. qui vas 48. §. ult. ff. de furtis.* non magis, quam piguori obligata cenſetur res ex pecuniis oppignoratis comparata. *l. idemque eſt 7. in fine ff. qui potior. in pign.* licet ex argento, aut lana furtiva, aut uvis ſurreptis, poculum, aut veſtimentum factum, aut muſtum expreſſum, furtivum ſit; in quantum idem adhuc corpus eſt, &, ut JCtus ait, *ſubſtantia magis*, quam forma ſpectanda eſt, *l. ſequitur 4. §. ſi ex lana 20. ff. de uſurpat. & uſucap. l. ex argento 13. l. ſi ſervus 14. §. ult. ff. de condict. furtiva.* Deinde generaliter in jure traditum, rem ex mea pecunia emtam meam non eſſe, ſed ejus, qui eam nummis alienis emit, aut cujus nomine emta eſt. *l. 1. l. mancipia 3. l. multum intereſt 6. l. penult. & ult. C. ſi quis alteri vel ſibi ſub alter. nomine &c. emerit.* cui conſequens eſt, ut per nummorum dominum nequeat ulla ratione vindicari, ſed ſola ei competat pro pecunia perſonalis actio. *l. ſi ex ea 6. C. h. t. l. ex pecunia 12. C. de jure dot.* Et quamvis ab hac regula caſus quosdam exceptos eſſe verum ſit, uti *in ſeqq.* dicendum eſt; tamen in præſente quæſtione regulæ ſtandum eſſe, vel inde manifeſtum puto, quod nummis furtivis per furem mutuo datis ac conſumtis, nulla perſonalis actio nummorum domino adverſus mutuatarium acquiritur ad eosdem in genere nummos reddendos; ſed ſoli furi, qui numeravit. *l. nam & ſi 13. pr. & §. 1. ff. de rebus creditis.* junct. *l. quamvis 2. l. non unde 7. C. ſi certum petat. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos 2. ff. de fidejuſſoribus.* Si enim ne perſonalis quidem actio & jus ad rem pro nummis ſimilibus, furtivorum vice fungentibus, recuperandis domino nummorum naſci poſſit; multo minus jus dominii & in rem actio pro rebus emtis, haudquaquam fungentibus pecuniæ furtivæ vice. Et hanc tuetur ſententiam Anton. Matthæus *de auctionibus libr. 1. cap. 18. num. 11.* ubi licet moneat, ex aequitate quidem, at non ex juris ſcripti principiis, admitti poſ-

ſe

ſe contrarium judicatum a Neoſtadio relatum, *Curiae Holland. deciſ. 19.* verſ. *nopende het tweede point*, ſeu *num. 3.* tamen minus mihi probabilis videtur illa æquitatis præſumtio: non tantum, quia *l. ſi ipſa res 18. ff. quod metus cauſa*, (quæ primarium æquitatis illius fundamentum eſt) de actione quod metus cauſa tractat, ad res furtivas haud transferenda, ut ipſe Matthæus d. loco ex *l. item ſi cum 14. §. qui vim intulit 12. eod. tit.* notat: ſed & præcipue, quia neque ratio neque leges ullæ dictant, actione quod metus cauſa teneri tertium bonæ fidei poſſeſſorem, qui rem metu extortam non amplius poſſidet, ſed divendidit; niſi quatenus inde locupletior factus eſt: ditior autem ex pretio videri nequit, ſi rem ipſe prius emerit, & ita pretio ſoluto ſuum prius ipſe diminuit patrimonium; ſed demum, ſi rem metu extortam ex lucrativo titulo bona fide conſecutus, deinceps diſtraxerit. arg. §. *ſi res aliena 6. Inſtit. de legatis.* ac proinde etiam hoc ſolo caſu eum, ut locupletiorem factum, actione quod metus cauſa conveniri poſſe confido: quomodo & rei furtivæ emtorem bonæ fidei conveniri poſſe, ſupra obſervatum eſt. Nec alio de caſu accipiendam eſſe *d. l. 18.* arguit abunde argumentum a petitione hereditatis ibidem ſubiunctum; in qua res ipſas hereditarias, & ſic quoque rerum hereditariarum, ex cauſa lucrativa penes eum eſſe, qui pro herede poſſidet, nulli dubium.

12. Dicta de rebus furtivis vindicandis locum etiam tunc, ex iuris Romani principiis, obtinere debent, cum commodatarius, depoſitarius, conductor, creditor, precario tenens, & ſi qui alii his ſimiles ſint, qui ex voluntate dominorum res mobiles tenent, easdem aliis, licet bona fide ementibus, vendiderunt ignorante domino, a quo locatæ fuerant, aut pignori datæ, aut depoſitæ, vel precario conceſſæ. Tali enim diſtractione furtum committi, & res ipſas furtivas fieri, vel inde conſtat, quod & ſolus doloſus rerum talium uſus aut abuſus furti actioni adverſus eos lotum facit ex jure Romano. *§. furtum autem fit 6. Inſtit. de obligat. quae ex delicto.* Adde *l. ſi mandavero 22. §. ſi tibi centum 7. ff. mandati. l. ſi convenit 4. in fine ff. de pignorat. act. l. qui furtum 16. ff. de condict. furtiva l. ſi pignore 54. pr. & §. 1. l. ſi is, qui pignori 73. l. fullo 82. ff. de furtis.* Sed cum nunc uſu frequentata ſit paroemia, ſecundum quam *mobilia non habent ſequelam*, quibusdam viſum fuit denegandam eſſe domino elocanti, commodan-

danti, deponenti, & ſimilibus, vindicationem rerum mobilium per depoſitarios, commodatarios, conductores, ſimilesque venditarum emtoribus in bona fide conſtitutis, niſi pretio redditio, aut pignoris luitione facta. Ita fere cautum jure Lubecenſi *lib. 3. tit. 2. art. 1.* Saxonico ut teſtis eſt Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 26. defin. 5.* Antwerpienſi *tit. 58. art. 5.* Quod ita tum litium minuendarum gratia, tum præcipue ob commerciorum uſum videtur inductum, quæ turbarentur non parum, difficulter acceſſuris ad emendum emtoribus, ſi rerum mobilium evictio tam facile priſtinis earum dominis permiſſa eſſet. Neque ſententia illa omni deſtituta eſt æquitatis ratione; cum utique ſit, quod facilitati ſuæ dominus imputare debeat, quod tam maligno, cujus fidem necdum habebat exploratam, rerum ſuarum uſum, curam, cuſtodiam, aut detentionem commiſerit; nec ignarus eſſe debuerit conditionis ejus, quocum contrahebat. arg. *§. praeterea 3. Inſtit. quibus mod. re contrah. oblig. l. 1. §. unde quaerit 9. ff. de exercit. action. l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur.* neque pro damno reputare debeat, cui ſua credulitate nimia ac temeritate primus ipſe cauſam dedit, ſi forte ab illis, quibus rem ſuam mobilem commiſerat, indemnitatem conſequi non poſſit. *l. quod quis ex culpa 203. ff. de reg. juris.* Mævius *ad jus Lubecenſe d. lib. 3. tit. 2. art. 1. n. 18. & ſeqq.* & præcipue *art. 2. n. 5. & ſeqq.* Groenewegen *ad §. 16. Inſtit. de obligat. quæ ex delicto.* Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 27. ad SConſ. Trebell. defin.* 11. *in med.* Reſponſ. JCtor. Holland. *part. 4. conſil. 178. in med.* Qua & ipſa ratione moti Zelandiæ Ordines conſtituerunt, dominos obligationum ſeu cautionum incertis creditorum nominibus conceptarum (vulgo *thoonder deſes*) non poſſe vindicare has ſuas cautiones per alios divenditas aut oppignoratas, niſi luitione facta aut pretio reſtituto; etiamſi allegarent, venditionem ab illis factam eſſe, quibus ſola cuſtodia vel uſurarum exactio demandata fuit, *Placit. Ordin. Zeland. 31. Maji 1679. vol. 3. placit. Holl. pag. 598.* Adde Antwerpienſes *tit. 58. art. 5. in med.* Quia tamen hoc a jure Romano divortium præcipue commerciorum favore ſuſtentatur; hinc aliis magis placuit, non aliter hanc ſententiam admittendam eſſe, quam ſi ita nominatim inveniatur ſtatuto diſpoſitum, aut inveterato firmatum uſu. Atque ita, cum inſtitorum ac proxenetarum maximus in mercatura uſus ſit atque utilitas,

nec

nec ſine his ſatis recte procedat; non mirum, id paſſim fere ſervari, quod hi res dominorum ſuæ commiſſas fidei diſtrahentes aut obligantes, dominis noceant, easdem non niſi pretio reddito aut ſoluto debito recuperaturis. Antwerpienſes *d. tit. 58. art. 5.* Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ. 85.* Ant. Matthæus *Paroemia 7. n. 7. fere in fine.* & *de auctionibus lib. 1. cap. 18. num. 9.* Reſponſ. JCtor. Holl. *d. part. 4. conſil. 178. in med.* Cæteroquin a jure Romano haud eſſe hac in parte deviandum arbitrantur; atque ita in ipſa quoque Saxonia vindicationem mobilium his in caſibus domino permitti, autor eſt Carpzovius *defin. forenſ. d. part. 2. conſtit. 26. defin. 5.* & in Sabaudia jus commune in mobilibus æque ac immobilibus, a tertio divenditis vel oppignoratis, per dominum a quovis poſſeſſore vindicandis obtinere, teſtatur Anton. Faber *Cod. lib. 6. tit. 27. ad SConſ. Trebell. défin. 11. in fine.* In Hollandia quoque, utut mercaturæ quam maxime ſtudioſa, domino ſuarum cautionum pignori per alium obligatarum aut venditarum vindicias ſententia Curiæ permiſſas fuiſſe, notat Simon van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 4. cap. 7. n.* 15. 16. 17. Et generaliter ſtatuta illa, quæ tam facile communem rei ſuæ dominio & vindicandi poteſtate privant, ſtrictiſſimam recipere debere interpretationem, prudenter obſervatum a Davide Mævio *ad jus Lubecenſe lib. 3. tit. 2. art. 2. n. 18.* Ant. Matthæo *paræmiis Belgar. JCtor. paræm. 7. n. 7. in fine.* aeoque ſi de commodatariis vendentibus aut oppignorantibus rem commodatam ſermo ſit, non debere id vel ad conductores vel ad depoſitarios aut precario tenentes extendi; quaſi magis ſuæ temeritati damnum adſcribere debeat dominus, cum commodato dedit, & ita gratis jus utendi ad tempus transtulit commodatarii ſolius gratia, quam cum minus aut nullum jus conceſſit, ut in depoſito, & precario, nec non locatione, ob mercedem uſus loco ſubintrantem, contingit. Mævius *d. loco n. 20. 21.* Matthæus *d. loco.* Id quod tanto magis probandum, quia & ipſi horum ſtatutorum adeo a jure communi recedentium conditores non modo non ad omnes caſus hæc porrigi ſanciverunt, ſed & nominatim jus aliud in caſibus aliis eſſe voluerunt. Si enim ſartor, aurifaber, tinctor, aliique ſimiles opifices materiam aut rem faciendam, tingendam, ſarciendam acceptam vendiderint alteri aut pignori dederint, dominis vindicandi licentiam ſine pretii reddendi aut pignoris luendi neceſſitate,

ſitate, ſed ſolo reſtituto operæ impenſæ pretio, conceſſere Lubecenſes *lib. 3. tit. 8. art. 17.* Antwerpienſes *tit. 58. art. 6.*

13. Plane ſi res mobilis ignorante domino vendita fuerit auctione publica, ex iudicis decreto ad petitionem creditorum, vix eſt, ut hodierni mores rerum ita venditarum vindicationem paterentur; cum ne immobilia quidem ex decreto iudicis vendita, & præmiſſis ſolennibus denunciationibus legitime tradita, domino non mature intercedente & ſe opponente, vindicari queant. Sed cum de publicis hiſce diſtractionibus, & interceſſionum neceſſitate alibi ex profeſſo agendum ſit, plura hic non addo. Videatur interim Ant. Matthæus *de auctionibus lib. 1. cap. 11.*

14. Non etiam quisquam recte vindicat rem ſuam a ſe alienatam, ſive directa alienatio interceſſerit, ſive factum tale, ex quo dominus iure gentium ac naturæ cadit dominio ſuæ rei, veluti, ſi redemtores operis ex ſuis cæmentis ſeu materia in alieno ſolo ædificent, aut quis carinæ alienæ navim imponat; cum inædificata iure dominii in continenti quæſita fuerint domino ſoli, aut carinæ quæ fundi vice in navibus eſt. *l. redemtores 39. ff. h. t.* junct. *l. item ſi pretio 22. §. cum inſulam 2. ff. locati l. Minicius 61. ff. h. t.* Alienationis directæ quotidianum exemplum eſt in eo, qui rem ſuam vendidit & tradidit, licet pretio necdum ſoluto: etenim ſi modo fides de eo fuerit habita, cum ita dominium fuerit in accipientem translatum, & venditor ſecutus ſit fidem emtoris, vindicare nequit, ſed tantum pro pretio conſequendo cum chirographariis aliis emtoris creditoribus concurrit, etiamſi res venditæ adhuc eſſent in bonis emtoris, ſolvendo non exiſtentis. Retinere quidem poterat venditor rem, & non tradere, donec pretium ſolutum fuerit; ſed traditione ſibi præjudicavit, ac ſeſe omni ſpoliavit dominio. §. *venditae 41. Inſtit. de rer. diviſ. l. procuratoris 5. §. ſed ſi dedi pen. ff. de tributor. act. l. quod vendidi 19. ff. de contrah. emt.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 28. defin. 17.* Berlichius *part. 1. concluſ. 66. num. 48.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 2. conſil.* 116. Si tamen emtor mox foro cedat, non dubium, quin venditori ſuperfutura ſit rei vindicatio; cum enim tali venditioni dolus cauſam dederit, atque adeo venditio ſit ipſo jure nulla, *l. et eleganter 7. ff. de dolo.* non potuit videri dominium ex traditione translatum; dum, nullo præcedente juſto titulo, nulla per traditionem alienatio

natio contingit, nec emtori dominium acquiritur; imo non longe a furti vitio tale factum abeſt. arg. *l. ſi quaſi 3. ff. de pignorat. actione. ſtatut. Antwerpienſ. tit. 58. art. 7.* Mævius *ad jus Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 1. n. 24. et ſeqq.* Papon. *lib. 18. tit. 5. arreſt. 46.* Neoſtadius *ſupr. curiae deciſ. 5.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 18. n. 13. 14.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 28. defin. 18.* Mollerus *ſemeſtrium lib. 4. c. 28. n. 6.* Gayl *lib. 2. obſ. 15. n. 7. et ſeqq.* Simon van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 4. cap. 19. n. 20.* verſu, *e contra.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 2. conſil. 127.* & *part. 4. conſil. 217.* Berlichius *part. 1. concluſ. 66. n. 50.* Quin imo, licet doloſus emtor rem non poſſideat, ſed rurſus tertio privatim bona fide ementi parata vendiderit pecunia, non impediendus videtur primus venditor, a quo dominium non receſſit, quo minus eandem a tertio vindicet bonæ fidei emtore, pretio non refuſo: eo quod ſecundum ante dicta furti vitio non caret res ita per primum doloſum emtorem, nullo dominii jure munitum, diſtracta, atque ita conſideranda, ac ſi nec vendita fuiſſet nec tradita; ut proinde idem quoque, quod de rebus furtivis ſupra dictum, hoc caſu debeat obtinere. arg. *d. l. ſi quaſi 3. ff. de pignorat. act.* Neoſtadius *d. deciſ. 5. ſupremae curiae.* Carpzovius *d. part. 1. conſtit. 28. defin. 19.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 4. cap. 19. n. 20. in fine.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 1. conſil. 245. 285. 286.* Plane ſi res dolo emtas per doloſum emtorem pretio præſente publicis in nundinis iterum diſtractas traditasque emtori bonæ fidei concipias, non dubium quin rerum furtivarum exemplo, juxta ſuperius dicta, vindicandi licentia venditori primo non niſi pretio refuſo concedenda ſit. Sed & Amſtelodamenſibus peculiariter placuit, nullam venditori dandam eſſe rerum venditarum vindicationem, quoties non parata pecunia, ſed dilatione ſolutionis conceſſa, rem vendidit & tradidit, atque ita fidem emtoris ſecutus eſt, licet mox emtor foro cedat; obſervante id Grœnewegio *in notis ad Grotium manuduct. ad Jurisp. Holl. lib. 2. cap. 5. n. 19. in poſtrema editione.*

15. Quod ſi tradita quidem fuerit res vendita emtori, ſed fide de pretio non habita; cum ita manſerit in venditoris dominio, vindicari a venditore poteſt. *d. §. 41. Inſt. de rer. diviſ. d. l. 5. §. pen. ff. de tribut. act. d. l. 19. ff. de contrah. emt.* Idemque eſt, ſi artifex ex ſua materia rem quandam, nec ſolo cohæren-

hærentem nec acceſſionis jure rei alteri cedentem, pro alio fecerit, veluti annulos aut ſcyphos ex ſuo auro, ac non habita de pretio fide tradiderit; cum enim hæc negotii ſpecies ad emtionem pertineat. §. *item quaeritur 4. Inſtit. de locat. et conduct. l. Sabinus 20. ff. de contrah. emt.* ratio non eſt, cur hunc artificem in vindicanda ſua re fabricata ab aliis vendentibus ſepararemus. Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 10. n. 22.* Ut tamen & his in caſibus, ſi nundinis publicis res iterum per emtorem divendita ſit, dominus non aliter quam reſtituto pretio eandem evincat. Simon van Leeuwen *cenſ. forenſ. d. part. 1. lib. 4. cap. 19. n. 20.* Et ex ſtatuto Amſtelodamenſi non aliter domino, qui parata pecunia rem vendidit, vindicatio illius rei ſalva ſit, quam ſi poſt lapſum ſex ſeptimanarum primo die judiciali interpellatio de pretio facta fuerit. *Statut. Amſt. 31. Januarii 1658. lib. 1. parte 3. ſtatut. pag. 276. col. 2. n. 3.* Quando autem de pretio fides habita cenſeatur, nec ne, in materia emtionis plenius excutiendum eſt.

16. Quia vero heres una cum defuncto perſona fingitur, factumque defuncti propterea pro ea tenetur præſtare parte, qua heres eſt, hinc nec rem ſuam a defuncto divenditam recte vindicat, doli mali exceptione per emtorem pro ea portione, quæ ex hereditate ad eum pervenit, repellendus: ſive pluris valeat res per defunctum divendita, quam eſt in portione hereditaria ejus, cujus eſt res, ſive minoris ſit pretii; ſive primus heres ſit, ſive heredis heres, quippe qui æque heredis appellatione continetur. *l. cum a matre 14. C. h. t. l. ſive poſſeſſio 14. C. de evict. l. Seja fundos 73. ff. de evict. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. l. filium 31. ff. de liberali cauſa.* Cum enim heredem talem de evictione teneat actio, multo magis eundem agentem repellit exceptio. *tot. tit. ff. de except. rei vend. & tradita.* Franciſc. de Barry *de ſucceſſionib. lib. 11. tit. 9. n. 14.* Peregrinus *de fideicommiſſis art. 33.* Graſſus *recept. ſent. §. hereditas quaeſt. 12.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. n. 79.* Sande *de prohib. rer. alienat. part. 3. cap. 8. n. 32.* Reſponſ. JCtor. Holl. *part. 2. conſil. 112. 113. 114.* Quod usque adeo verum eſt, ut nec pupillus rem ſuam a defuncto, cui heres eſt, ſine decreto alienatam ab emtore avocare poſſit. Reſp. Jurisc. Holl. *part. 5. conſil. 184. quaeſt. 1. pag. 557. incipit A heeft by ſyn teſtament.* nec fideicommiſſarius rei fideicommiſſariæ, per fiduciarium divenditæ, vindicandæ poteſtatem habeat, quoties &

pro qua parte ipſe fiduciario alienanti heres extiterit. Si enim legatarius ex eo, quod acceptavit legatum ſibi a fiduciario relictum, obligari poſſit, ut rem ſibi ex cauſa fideicommiſſi debitam, alteri reſtituat ex novo fideicommiſſo per fiduciarium impoſito, & ita obſtringi, ut rem illam tradat, uti patet ex *l. unum ex familia 67. §. ſed etſi 5. ff. de legatis 2.* multo magis eſt, ut rem a fiduciario in extraneum jam alienatam, teneatur penes eundem relinquere, ubi adeundo cœpit una cum alienante perſona eſſe. Eoque facit, quod ſolis exheredatis nepotibus indulta invenitur licentia vindicandi rem, quæ cum ex avi diſpoſitione debuiſſet in familia manere, per patrem intermedium extero legata erat, *l. filius familias* 114. *§. cum pater* 15. *& §. ſeqq. ff. de legatis 1.* Et ſane, ſi heres ne rem quidem ſuam, quam pleno jure proprietatis habebat, a defuncto alienatam vindicare poſſit, juxta ante dicta; multo minus videtur audiendus, vindicare cupiens rem ſibi a defuncto ex cauſa fideicommiſſi debitam, in qua tempore alienationis alienans habebat dominii ius, & heres tantum rei aliquando obtinendæ ſpem. Fachineus *controv. lib. 5. cap. 19.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. n. 81.* Peregrinus *de fideicommiſſis d. art. 33.* Joh. a Sande *de prohibit. alienatione part. 3. cap. 8. n. 32.* De cæterο, quando heres non teneatur præſtare factum defuncti, *tit. de acquir. heredit.* latius tractandum erit. Illud hic monuiſſe ſuffecerit, quod, licet is, qui in ſola legitima inſtitutus eſt, repelli non poſſit a vindicatione totius rei ſuæ per defunctum alienatæ; ut dixi *tit. de inoffic. teſtament.* tamen ſi quis beneficio inventarii adhibito hereditatem adierit, æque ac alius ſine inventario heres, defuncti factum & alienationem teneatur præſtare; cum inventarii beneficium non aliter heredes ita adeuntes a cæteris ſimpliciter hereditatem admittentibus diſtinguat ac ſeparet, quam in eo, quod creditoribus ultra vires hereditatis non obſtringantur. *l. ult. C. de jure deliberandi. §. pen. Inſtit. de hered. qualit. & different.* Cui conſequens eſt, ut ſi fundi ſui per defuncti diſtracti æſtimationem habeat ex hereditate ſalvam, non poſſit audiri, factum defuncti impugnare volens; aut ſi non totam æſtimationem ſalvam habeat, eatenus tantum vindicare ei permittatur, quatenus ei cum effectu abeſt, ſic ut non pars ea, ex qua heres eſt, ſed tantum modus emolumenti ex hereditate percepti, ſpectandus ſit in quæſtione, an & pro qua parte talis heres rem ſuam a defuncto alienatam vindicare poſſit:

poſſit: eo fere modo, quo id de iure Romano obtinuit in uxore a marito inſtituta, cujus fundus dotalis per maritum fuerat alienatus. *l. dotale 13. §. ult. ff. de fundo dot.* accurate Pinellus *ad d. l. 1. C. de bonis maternis part. 3. n. 79. in fine.* Graſſus *d. §. hereditas quaeſt. 12. n. 25. in med.* Joh. a Sande *de prohib. alienat. part. 3. cap. 8. n. 34. 35.* Peregrinus *de fideicomm. art. 33. n. 13.* Neoſtadius *Cur. Holland. deciſ. 7. in fine.* Barry *de ſucceſſionibus lib.* 11. *tit. 9. n. 14.* Ant. Matthæus *ſelect. diſput. 3. ad l. 14. C. h. t. n. 8.*

17. Ex adverſo nec is, qui rem alienam vendidit & tradidit, ſi poſtea vero ejus domino heres exiſtat, aut alio quocunque modo acquirat dominium, eandem vindicare poteſt, non tantum, quia regulariter nemo contra ſuum factum venire debet. *l. poſt mortem 25. ff. de adoption. l. cum profitearis 4. C. de revocand. donat.* ſed &, quia confirmato iure tradentis, etiam ius accipientis videtur confirmatum, ſecundum vulgatiſſima iuris axiomata; ac, quem de evictione tenet actio, eundem multo magis agentem repellit exceptio. *l. ſi a Titio 72. ff. de rei vindicat. l. 1. pr. & tot. tit. ff. de except. rei vend. & traditae. l. vindicantem 17. ff. de eviction. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. l. pen. ff. de fundo dotali.* nihil in contrarium faciente *l. ſi ſervo 20. ff. qui & a quibus manumiſſ. liberi non fiunt.* in qua, ſi quis ſervo alieno libertatem dederit, datio non ſubſiſtere dicitur, licet manumiſſor poſtea domino heres extiterit. Eſt enim in manumiſſione quid ſingulare, eo quod manumiſſio annumerata fuit actibus legitimis, qui de præſenti debebant vires accipere, quorumque effectus non poterat ex die vel conditione ſuſpenſus manere. *l. actus legitimi 77. ff. de regul. juris.* ſic ut ex manumiſſione vel ſtatim libertas competere debuerit, vel nulla potuerit temporis aut conditionis exiſtentia convaleſcere.

18. Usque adeo autem verum eſt, neminem vindicare poſſe rem a ſe alienatam, ut, ſi fiduciarius pendente fideicommiſſi conditione alienaverit, ac poſtea eadem exiſtente, ad rem ex fideicommiſſo præſtandam non modo inceperit obligatus eſſe, ſed & a fideicommiſſario conventus fuerit, nullam tamen pro re alienata recuperanda actionem ſit habiturus; ſed magis fideicommiſſarius ipſe eam ab emtore, ſeu poſſeſſore, debeat vindicare, fiduciario pro evictione manente obligato. arg. *l. cum*

profitearis 4. C. de revoc. donation. l. ult. §. pen. C. commun. de legatis.

19. Si tamen quis non jure rem alienaverit, cujus ipſe non dominium ſed ſolam habebat adminiſtrationem, non impeditur eandem a quovis poſſeſſore vindicare, quippe non in ſuum, ſed tantum in tertii (puta ejus, cujus res eſt) commodum contra ſuum veniens factum. Qua ratione tutor pro pupillo jure revocat rem immobilem pupillarem a ſe ſine decreto, atque ita nullo jure, diſtractam. arg. *l. ſi praedium 16. C. de praed. & aliis reb. minor. ſine decr. non alienand.* & pater rem adventitii peculii a ſe in filiif. præjudicium contra leges alienatam. arg. *l. 1. C. de bonis maternis.* maritus rem dotalem contra legis Juliæ prohibitionem alteri traditam: œconomus quoque rem eccleſiaſticam non ex præſcripto juris in alium translatam. arg. *novell. 7. cap. 5. pr. & §. 2. extravagant. unic. de rebus Eccleſiæ non alienand. cap. ſi quis presbyterorum 6. extra, eod. tit.* Princeps denique, qui ſine populi conſenſu alienavit bona coronæ. *cap. intellecto 33. extra, de jurejurand.* Pinellus *ad l. 1. Cod. de bonis maternis part. 3. n. 73.* Ferdin. Vaſquius *controverſ. l. 1. cap. 4.* Perezius *ad tit. Cod. de donation. n. 17.* niſi tutor aut pater aut maritus, pupilli vel filii ſui defuncti vel uxoris heres exiſtens, non jam amplius in alterius, ſed in propriam utilitatem revocare vellet fundum, nullo jure a ſe alienatum. arg. *l. poſt mortem 25. ff. de adoption. l. pen. ff. de fundo dotali.* Sande *deciſ. Friſic. libr. 2. tit. 9. defin. 17.*

20. Porro vindicandæ rei poteſtatem non habent, qui dominium ejus nunquam adepti ſunt; veluti, quibus, cum rem emiſſent, ac ſolviſſent pretium, res necdum fuit legitime tradita; quibusve ſine traditione res pacto vel ſtipulatione interveniente donata eſt; quippe qui ſolam perſonalem ad tradendum actionem habent. *l. obligationum 3. ff. de obligat. & act. l. traditionibus 20. C. de pactis.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 18. n. 15.* Unde & ad vindicationem rei duobus ſeparatim diverſo tempore diſtractæ, non is, cui priori vendita, ſed cui pretio ſoluto vel fide de eo habita prius eſt tradita, admittendus eſt. *l. quotiens 15. C. h. t.* ſive vera traditio incerceſſerit, licet tunc inſtrumenta tradita non fuerint, *d. l. 15. C. h. t.* ſive ficta, quæ per inſtrumentorum traditionem aut ſignationem aut conſtitutum poſſeſſorium contingit, etiamſi naturalis defuerit translatio poſſeſſionis. *l. 1. C. de donation. l. quod ſi neque*

que 14. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend. l. quod meo 18. ff. de acqu. vel amitt. poſſ. DD. ad d. l. 15. C. h. t. cum fictæ veræque traditionis eadem vis ſit, ac fictio tantum operari ſoleat in caſu ficto, quantum veritas in caſu vero. Cui conſequens eſt, ut ſi uni prius facta ſit ficta traditio, alteri dein vera; prior ex ficta traditione potior futurus ſit; eo quod ipſi dominium ex traditione ficta ſemel quæſitum, adimi non potuit facto venditoris, dominio jam deſtituti. Andr. Gayl. *lib. 2. obſerv. 55. n. 10.* Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 22. de rei vindicat. defin. 4.* Si tamen emtor ſecundus, ſciens rem priori diſtractam eſſe, nihilominus emerit, & poſſeſſionem ex traditione fuerit adeptus; priori quidem non ob id vindicatio accommodanda eſt, quippe necdum domino; ſed in factum actionem perſonalem ei contra ſecundum fraude non carentem dari oportere, quidam cenſent, ne dolus ei proſit. arg. *tot. tit. ff. quae in fraud. credit. facta ſunt, ut reſtit.* Uti & in caſu, quo res ſecundo emtori, utut in bona fide conſtituto, eſt tradita, poſtquam prior jam cœperat actione ex emto rem venditam perſequi; eo quod litigioſa tunc eſſe cœpit. arg. *tot. tit. ff. & Cod. de litigioſis.* Andr. Gayl. *d. lib. 2. obſervat. 55. n.* 11. Ant. Matthæus *paroemia 7. n. 6.* Sim. van Leeuwen *cenſ. forenſ. part. 1. lib. 4. cap. 19. n. 26.* Gomezius *variar. reſolut. tom. 2. cap. 2. n. 20.* verſ. *ſecundo principaliter limita.* Sic & excipiunt venditionem aut donationem ejusdem rei per principem duobus ſeparatim factam; quo caſu emtorem primum aut donatarium ſemper potiorem eſſe contendunt, etiamſi poſteriori res tradita fuiſſet, nec ex poſſeſſione, ſed titulo priore, jus omne deducendum eſſe. Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 15.* verſ. *quae limitatio.* Quid quod & ex jure canonico in beneficiorum eccleſiaſticorum collatione id obtinet, ut prior ſit, cui prius illud collatum fuerit, nulla quaſi poſſeſſionis prius aut poſterius obtentæ habita ratione. *cap. tibi, qui 12. de reſcriptis in 6. cap. ſi tibi abſenti 17. de praebendis & dignitat. in 6.* Andr. Gayl. *d. lib. 2. obſerv. 55. num. 9.*

21. Denique, cum id quod pecunia mea comparatum ab alio eſt, meum non fiat, etiam neminem vindicare poſſe rem ſuis nummis per alium emtam, jam ſupra obſervatum eſt ex *l. ſi ex ea 6. C. h. t. l. 1. l. mancipia 3. l. multum intereſt 6. l. qui aliena 8. l. ult. C. ſi quis alteri vel ſibi ſub alterius nomine. l. ad probationem 21. C. de probationibus.* Quod exceptionem pati-

tur in minore & milite, quibus utilis rei vindicatio pro rebus, per tutores ex pecunia pupillari, aut per alios ex militari pecunia, emtis eſt prodita. *l. & ſi tutores 2. ff. quando ex facto tut. vel curat. min. agere vel conveniri deb. l. ſi curator 3. C. arbitrium tutelae, l. ſi ut proponis 8. C. h. t.* Uti & in uxore, quæ cum pecuniam marito donaſſet, & ex pœnitentia donationem revocaret, vindicare utiliter potuit res per maritum inde comparatas, ſi is ſolvendo non eſſet, *l. uxor marito 55. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quemadmodum & res ex pecunia dotali per maritum emtas, quoties ea mente per maritum emtæ, ut dotales eſſent: de quo caſu accipienda *l. ſi cum dotem 22. §. ult. ff. ſoluto matrimonio l. ita conſtante 26. & l. ſeqq. l. res quae 54. ff. de jure dot.* junct. *l. cum in fundo 78. §. ſi fundus 4. ff. eod. tit.* ſi enim eas maritus, velut ſuum gerens negotium, comparaſſet, ſola perſonalis uxori actio pro pecunia danda foret. *l. ex pecunia 12. C. de jure dot.* Et quamvis militum intuitu hoc jus ſingulare noſtris & aliorum moribus ceſſare verius ſit; eo quod nunc ceſſare videtur privilegii ratio, per ea, quæ obſervata a Groenewegio *ad. d. l. 8. C. h. t.* in pupillis tamen quo minus etiamnum juri Romano ſtandum foret, ratio non ſuppetit. Vide Carpzovium *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 28. defin. 109.* Sunt tamen & alii, qui, licet proprie & ſtrictiore ſenſu domini non ſint, utilem tamen rei vindicationem exercere poſſunt, veluti illi, quos utiles dominos appellamus, quales emphyteutæ, vaſalli, ſuperficiarii, *l. 1. §. 1. ff. ſi agere vectig. id eſt emphyteut. petat. l. in ſpeciali 73. in fine l. 74. 75. ff. h. t.* Sed &, quibus vendita fuit a vero rerum domino in rem actio, utili, non directa, experiri poſſunt, *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* quique rem mortis cauſa ita donarunt, ut ſtatim in donatarium tranſeat dominium, ſi dein ex pœnitentia voluerint revocare. *l. ſi mortis 29. & l. 30. ff. de mortis cauſa donat.* vel donarunt inter vivos ſub certo modo, ſi ei paritum non ſit. *l. 1. C. de donat. quae ſub modo.* Domini quoque tabulæ, cui alius picturam impoſuit. *§. ſi quis in aliena 34. Inſt. de rer. diviſ.* Adhæc illi, quorum arbor in agrum alienum translata fuit facto ejus, cujus ille ager eſt, & coaluit; *l. idem Pomponius 5. §. de arbore 3. ff. h. t.* directæ enim, quia dominium translatum fuit, non potuit his in caſibus locus eſſe: *l. hoc amplius 9. §. Aſſenus 2. ff. de damno infecto.* niſi malis potius illam *l. 9. §. 2.* accipere de coalitione, quæ

quæ contigit ſine facto domini, cujus agro hærebat cruſta terræ cum arbore; quo caſu neque directam neque utilem dari vindicationem cruſtæ vel arboris, quæ coaluit, dictum *in tit. de acquir. rer. domin. n. 16. in fine.*

22. Inſtituitur rei vindicatio adverſus quosvis bonæ vel malæ fidei poſſeſſores; ſic ut ex æquo & bono non illi tantum condemnandi ſint, qui ante litem conteſtatam poſſidebant, ſed &, qui lite demum pendente cœperunt poſſidere: uti ex adverſo abſolvendi, ſi id quod litis conteſtatæ tempore poſſidebant, ea pendente deſierint poſſidere. *l. ſin autem 27. §. poſſidere 1. ff. h. t. l. ſi hereditatem 4. l. item videndum 18. §. 2. ff. de petit. hered. l. tigni 7. §. ſi quis non 4. ff. ad exhibend.* Adde *ſupra h. t. num. 4.* Datur inſuper adverſus poſſeſſorum heredes, quatenus poſſident; non enim heredes, qua tales, ſed qua poſſeſſores conveniendi ſunt. Unde, ſi unus tantum ex pluribus heredibus rem totam poſſideat, is quoque ſolus ad eam reſtituendam in ſolidum damnandus eſt: *l. ſi poſſeſſor 55. ff. h. t.* ſi vero nullus eorum poſſideat, omnes abſolvendi. *l. ſi in rem actum 42. ff. h. t.* Quo faciunt tradita a Jacobo Coren *obſervat. 8. n. 1.* Radelantio *Curiae Ultraject. deciſ.* 110. *n. 4.* Sed & adverſus eos datur, qui liti ſeſe obtulerunt, niſi actor ſciverit eos non poſſidere, *l. ſi is, qui 7. l. is, qui ſe 25. l. 26. 27. ff. h. t.* quique dolo malo deſierunt poſſidere; *l. ſin autem 27. §. ſed & is 3. ff. h. t.* quibus defunctis, heredes non hac, ſed in factum actione conveniri poſſunt, quatenus ex dolo defuncti locupletiores redditi. *l. cum autem 52. ff. h. t.* niſi lite jam mota deceſſiſſet is, qui dolo malo deſierat poſſidere; tunc enim in ſolidum heres ejus condemnandus foret ex defuncti dolo. *l. ſi in rem 42. ff. h. t.* Quæ plenius tractata vide *tit. de petit. heredit.* Nudos rerum detentores quod attinet, veluti conductores, commodatarios, depoſitarios, & ſimiles, illi quidem hac poſſunt actione conveniri, cum & teneant rem, & reſtituendæ rei facultatem habeant. *l. officium 9. ff. h. t.* declinare tamen judicium poſſunt, ac dimittendi ſunt, ſi eum nominent, cujus nomine detinent. *l. ſi quis 2. C. ubi in rem actio.* qua de nominatione vide latius Meyerum & Taborem *Collegio Argentorat. ad Pand. tit. de judiciis ſub num. 154.* Sed ſi ad finem usque in judicio ſubſtiterint hi nudi detentores, non nominato autore ſuo, condemnandi ſunt ad reſtitutionem tanquam tales, qui ſe liti videntur obtuliſſe, ac in eos dirigenda executio ſententiæ;

quippe quæ veris rerum poſſeſſoribus haudquaquam eſt nocitura. *arg. d. l. 2. C. ubi in rem actio. l. ſæpe conſtitutum 63. ff. de re judicat.*

23. Non tamen hanc patiuntur actionem, qui rem alienam a fiſco emerunt, aut a Principis vel auguſtæ domo: eo quod hi ſtatim ſecuri ſunt; ſola adverſus fiſcum actione intra quadriennium indulta iis, qui pro rei alienatæ dominio putaverint aliquam ſibi competere petitionem *§. ult. Inſtit. de uſucapionibus, l. 2. l. 3. C. de quadriennii praeſcriptione. DD. ad d. ll.* Reſponſ. JCtorum Holl. *part. 4. conſil. 128. quaeſt. 2.* Similiter, nec illi rei vindicatione conveniendi ſunt, qui, cum poſſeſſionem nunquam fuiſſent adepti, dolo malo fecerunt, quo minus eam, cum poſſent, adipiſcerentur: quod non leviter ex eo firmatur, quod is, qui tantum non acquiſivit dolo malo, ſeu duntaxat omiſit poſſeſſionem, non teneatur actione in factum ad id quod intereſt, quaſi feciſſet alienationem judicii mutandi cauſa. *l. item 4. §. itemque 1. in med. ff. de alienat. judic. mut. cauſ.* junct. *l. non alienat. 119. ff. de reg. juris.* quæ ſane in eum danda fuiſſet actori, ſi actor adverſus eum ob id, quod poſſeſſionem omiſerat, potuiſſet rei vindicationem movere; cum utique parum referret, utrum actor omiſſione an amiſſione poſſeſſionis agere impeditus eſſet: ſic ut nec alia probabilis ratio reddi poſſit, cur adverſus eum, qui tantum omiſit poſſeſſionem adipiſci, denegetur iſta in factum actio, quam, quia actori necdum erat natum jus rei vindicationis adverſus ipſum movendæ; ut dixi *tit. de alienat. jud. mut. cauſa.* Et licet alibi definitum inveniatur, eum quoque, qui rei hereditariæ poſſeſſionem non eſt adeptus dolo malo, teneri petitione hereditatis. *l. ſed & ſi 25. §. perinde 8. ff. de petit. hered.* id tamen ad rei vindicationem producendum non eſt: cum enim hereditatis petitione is conveniatur, qui pro poſſeſſore jam poſſidet jus hereditatis, juri iſti poſſeſſo cohærebat neceſſitas acquirendi poſſeſſionem rerum hereditariarum ad jus illud hereditatis pertinentium; at in rei vindicatione res ſingularis ſpectatur, quam nemo, ſciens alienam eſſe, tenetur occupare vel acquirere. Alter ſcilicet jam poſſeſſor hereditatis erat, alter nullatenus rei ſingularis. Et quod in petitione hereditatis diſpoſita de dolo præterito, etiam haud abſurde ad ſpecialem in rem actionem dicuntur reducenda, in *l. ſin autem 27. §. ſed & is 3. ff. h. t.* ad facti ſpeciem in *d. §. 3.* propoſitam de eo, qui dolo poſſidere deſiit, reſtringenda ſunt.

24. Ut

24. Ut autem hac actione rem actor obtineat, neceſſe eſt, ut primo quidem rei vindicandæ notas exprimat ac qualitates, quibus illa a rebus aliis dignoſci poteſt & ſegregari, pro rei cujusque natura: veluti materiæ infectæ pondus, factæ formam ſeu ſpeciem, ſignatæ numerum, veſtis colorem, fundi nomen, ſi quod habeat, ac ſitum, & alia id genus plura recenſita in *l. ſi in rem 6. ff. h. t. l. in actione furti 19. pr. & §. 1. 2. 3. 4. ff. de furtis.* Si tamen quis juret, pro certo ſe colorem, aut pondus, aut jugerum quantitatem, aut nomen proprium, aliamve quam deſignationem ſpecificam haud poſſe dicere, non adeo videtur coarctandus actor, nec illud ipſi fraudi erit, ſi de cætero in ipſa non defecerit dominii probatione. *d. l in actione 19. §. de veſte 4. ff. de furtis.* junct. *l. idem Pomponius 5. §. pen. & ult. l. 6. in med. ff. h. t.* Etenim præter hujusmodi rerum deſignationem ante omnia incumbit agenti probatio dominii: quam ſi adimplere nequiverit, poſſeſſor abſolvendus eſt, quippe cujus meliorem eſſe oportere in pari cauſa conditionem, in aperto eſt. *l. officium 9. ff. h. t. l. a poſſidentibus 21. C. h. t.* arg. *l. cogi 11. C. de petit. hered. l. qui accuſare 4. C. de edendo. l. in pari cauſa 128. ff. de reg. Jur.* Probatur vero dominium, ſi doceatur dominium autoris, ſimulque cauſa ſeu titulus habilis translati per eundem in actorem dominii; arg. *l. traditio nihil 20. ff. de acquir. rer. domin.* idque vel teſtibus vel inſtrumentis vel aliis quibuscunque legitimis probandi modis. *novell. 18. cap. illud quoque 10. in pr.* Quin imo, ex quo his in regionibus obtinuit, non aliter, quam coram lege loci facta ſolenni traditione rerum immobilium transferri dominia, ſufficere viſum fuit, ſi petitor hanc ipſam ſolennem traditionem a domino ſibi factam probet, etiamſi forſan aliunde ipſum traditionis & acquiſiti dominii titulum non poſſet docere; eo quod præſumendum in dubio eſt, illum præceſſiſſe actum, qui præcedere jure debuit, factamque fuiſſe traditionem ex vi præcedentis contractus, ſine quo non potuiſſet ſubſiſtere. arg. *l. cum in teſtamento 37. ff. de hered. inſtituend. §. ſi ſcriptum 17. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Henricus Kinſchot *reſponſo 98. num. 1. 2. 3. 4. 5. (in editione ann. 1653.* Franciſcus Kinſchot *Reſponſo 12. in pr. & num. 1. 2. 3. 4. 5.)* Fachineus *controverſ. lib. 2. cap. 5.* Menochius *de praeſumtion. lib. 6. praeſumt. 5. & 7.* niſi ipſum traditionis ſolennis inſtrumentum falſitatis fraudisque interpoſitæ ſuſpicione

laboret; cujus ſpecimen inſigne eſt apud Neoſtadium *Curiae ſupremae deciſ. 66.* Ubi autem per actorem probata eſt dominii acquiſitio, ſecundum jam dicta, neceſſe non eſt, ut jus illud dominii etiamnum in ſe continuatum eſſe demonſtret; ſed magis ex facta dominii probatione præſumitur continuatio ejus, donec poſſeſſor docuerit, illud iterum ab eo receſſiſſe; cum id ipſum facti ſit, dum ex vulgato juris axiomate id quod meum eſt ſine facto meo ad alium non poteſt tranſire; atque inſuper meram facti negationem contineat illud, *dominium non receſſiſſe.* cujus per rerum naturam probatio nulla eſt *l. actor 23. C. de probation.* Qua ratione, cum actor probaſſet patrem ſuum fuiſſe rei petitæ dominum, & ſe patris ſui heredem, reſcriptum fuit, adverſarium poſſeſſorem ad id, ut doceat, quonam jure dominus ipſe factus ſit, compellendum eſſe. *l. ſive poſſidetis 16. C. de probation.* Menochius *de praeſumtion. lib. 6. praeſumt. 62.* Quibus vero ex circumſtantiis, quibusque ex factis, quisque vel præſumatur vel probetur dominus eſſe, prolixiſſime tractatum vide apud Maſcardum *de probationibus ad verbum* dominium *concluſ. 536. & multis ſeq. uſque ad concluſ. 553.* Signorum utique impoſitionem, aut inſignium gentilitiorum, ſolam ſufficientem non facere probationem, tradit Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 4. defin. 47.* nec elocationem longo tempore factam, *d. lib. 4. tit. 14. definit. 14.*

25. Quod ſi hac conventus actione non tantum jus dominii adverſario competere neget, ſed & ſe poſſidere eat inficias, ac mendacii convincatur, poſſeſſione privatur in actorem transferenda, etſi ille rem ſuam eſſe non adprobaverit; ſic ut deinceps reus eam contendens ſuam eſſe, actoris partes teneatur obtinere. *l. ult. ff. h. t.* Nec eſt quod cum Groenewegio *ad l. qui petitorio 36.* & *l. ult. ff. h. t.* ſtatuatur, in deſuetudinem moribus abiiſſe hanc mentientis poenam. Non enim hæc poena proprie dici poteſt, ſed potius poſſeſſionis abdicatio, & juris ſui qualisqualis renunciatio, dum judicio contendere non vult: ſic ut poſſeſſionis ademtio ei ſecundum ſuam eveniat voluntatem. Cui accedit, quod quæ Romanos ad hujus juris definitionem ratio movit, ea etiamnum ubique remanſerit, quod nempe *in rem actionem pati nemo compellatur, quia licet ei dicere ſe non poſſidere,* ut Jurisconſultus in *d. l. ult.* ratiocinatur. Ac denique non parum roboris huic noſtræ addit ſententiæ, quod & uſu hodierno receptum ſit, reum conventum actio-

actione in rem, ac ante ſententiam in contumacia hærentem, poſſeſſione privandum eſſe, actore in rei petitæ poſſeſſionem mittendo: licet eo caſu id reo datum ſit, ut intra annum ſe ſiſtens, refuſis impenſis & præſtita de in poſterum ſiſtendo cautione, poſſeſſionem poſſit recuperare; poſt annum vero fruſtra id petierit, actoris quippe partes tunc tantum, ſi ita videatur, obtenturus. *Inſtruct. Curiae Holland. art. 110.* Merula *prax. lib. 4. tit. 33. cap. 2.* Anton Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 5. num. 10. in med.*

26. Vindicantur hac actione res corporales, mobiles, immobiles, ſeſe moventes, ſive ſingulares ſint, ſive rerum univerſitates; ſi modo corporum, non jurium ſint univerſitates: ſic enim recte quidem in hanc deduxeris actionem armentum aut gregem, ſolis quippe conſtantem corporibus; at non peculium, aut hereditatem, cum hæc non corporum, ſed jurium nomina ſint, & juris intellectum habeant, nec tantum res comprehendant vindicantium proprias, ſed & alienas, depoſitas, commodatas, pignori datas, & plures alias. *l. 1. §. 3. l. vindicatio 56. ff. h. t.* junct. *l. hereditas 50. pr. ff. de petit. hered.* Et quamvis in grege quoque oves alienæ eſſe poſſint, nec tamen ob id impedita ſit gregis vindicatio, *quia grex, non ſingula corpora vindicantur*, ut ait Ulpianus in *d. l. 1. §. 3. ff. h. t.* conſiderandum tamen, non obſtante eo, quod alienæ oves in grege inveniantur, nos gregem noſtrum vindicantes noſtras tantum perſequi oves gregem noſtrum conſtituentes, non item cæteras, noſtro licet gregi permixtas; quippe quæ neque pertinent ad eum cui miſcentur gregem, neque pars ejus ſunt, ſed a ſuo domino vindicari poſſunt. *l. ſed ſi par. 2. l. in rem actio 23. §. item quaecunque 5.* verſ. *at in his ff. h. t. §. quod ſi frumentum 28. Inſt. de rer. diviſ.*

27. Vindicat autem quisque vel rem totam, ſi ex aſſe dominus ſit, vel partem ejus, ſi pro parte. *l. quae de tota 76. pr. ff. h. t.* eamque regulariter certam, non incertam, niſi juſtam habeat ignorandi cauſam, quanta ad ipſum portio pertineat; quo caſu & incertæ partis vindicatio permiſſa eſt: veluti, ſi legatarius corpus legatum petat, in quo falcidiæ quidem locus eſt, ſed incerta eſt detractionis menſura ſeu modus. *l. quae de tota 76. §. 1. ff. h. t. l. etſi non 8. §. ſi incertum 1. ff. communi dividund.* arg. *l. 1. §. ult. ff. ſi pars hered. petat.* vel ſi res plurium dominorum ita confuſæ ſint, ut deduci & ſeparari neque-

queant; vel etiam commixtæ ita, ut difficilis sit separatio, & incertum sit, quæ rei cujusque bonitas fuerit, quæve quantitas aut pondus. *l. Marcellus 3. §. ult. l. 4. l. 5. ff. h. t. §. quod si frumentum 28. in fine Instit. de rerum divis.*

28. quod si res nostra pro parte perierit, eam saltem partem vindicamus, quæ supereſt; veluti, aream & rudera, destructa domo; corium, carnes, cornua, peremto animali. *l. solum 49. pr. & §. 1. ff. h. t. l. si servus 14. §. bove 2. ff. de condict. furt.* Ant. Matthæus *de auctionib. lib. 1. cap. 18. n. 8.* cui tamen graviter obloquitur Paulus JCtus, bove legato & extincto, neque corium neque carnes deberi contendens, *l. mortuo 49. pr. ff. de legatis 2.* & Ulpianus *l. quid ergo 53. §. sed si animal 5. ff. de legatis 1.* Verum haud inepte responderi potest, in legato animalis aliud obtinere, quia dominium naturaliter & vere ad legatarium non pertinuit ante traditionem, sed tantum civiliter ex juris fictione. Neque hanc responsionem subvertit, quod Pomponius scripsit, grege legato & ad unam ovem redacto, eam deberi, quamvis grex desiisset esse, & destructa domo legata, aream posse vindicari. *l. si grege 22. ff. de legatis 1.* Quod enim area debeatur, id inde est, quia in proprietatis legato area principalior legatæ domus pars est, cum notum sit, inædificata areæ seu solo cedere: *l. qui res suas 98. §. ult. ff. de solution.* æquum ergo non fuit, pereunte eo, quod erat accessorium, extingui legatum ejus, quod principale est. Et gregem quod attinet, licet ad unam ovem pervenerit, & ita naturaliter grex esse desierit, tamen, quia civiliter grex manet, & in uno capite superstite stat nomen universitatis, *l. sicut municipum 7. §. ult. in fine ff. quod cujusque univers. nomine.* fas erat, ovem, in quam jus & nomen gregis recederat, præstari. Quæ si cui minus arrideant, recurri forte poterit ad diversitatem antiqui juris inter vindicationis & damnationis legata, ita ut in legatis quidem vindicationis, extincta re, id quod supereſſet peti potuerit, tanquam in legatarii constitutum dominio; quo de casu agit *d. l. 22.* bis *vindicationis* expressionem habens; in damnationis vero legatis, tanquam non dominium sed debilius obligationis personalis jus legatario tribuentibus, ejus, quod supereſſet, nec retinuisset nomen totius, petitio non fuerit indulta, sed vel totius æstimatio præstanda fuerit, si culpa interveniſſet, vel nihil, si merus mortalitatis casus. Et de his accipi debere *d. l. 53. §. 5. ff. de*

ff. de legatis 1. & l. 49. pr. ff. de legatis 2. non inde tantum colligi poteſt, quod in *d. l. 49. debendi* mentio fiat, proprie ad actiones in perſonam, non ad vindicationes relationem habens; ſed & præcipue ex eo, quod tum in ſubjuncto *§. 3. d. l. 49.* tum in præcedente *§. 2. d. l. 53.* nominatim *dare damnatus* & *dare juſſus* dicatur heres.

29. Non tamen recte vindicantur commerciis hominum exemtæ res; non liberi homines, niſi liberi a patre, in cujus erant poteſtate, & quadam quaſi proprietate, ex *jure Quiritium* vindicentur. *l. 1. §. per hanc 2. ff. h. t.* junct. *l. interdictorum 2. §. quaedam 2. in verbis, velut proprietatis ff. de interdictis ſive extraord. act.* Non etiam res ſacrae, tanquam ex privato dominii jure, cum magis divini juris, & ita nullius in bonis ſint. *l. in rem actio 23. §. loca ſacra 1. ff. h. t.* junct. *§. nullius 7. Inſtit. de rer. diviſ.* quæ tamen, in quantum eccleſiæ bona ſunt, & ad eam pleno dominio, uſusfructus ac proprietatis jure, dicuntur pertinere, *l. raptores 54. in med. C. de epiſcop. & clericis.* junct. *d. l. 2. §. 2. ff. de interdict. ſive extraord. act.* iniquo poſſeſſori per oeconomos eccleſiæ aliosque ſimiles extorqueri, & ita generaliter vindicari poſſunt. *l. ſancimus nemini 21. C. de ſacroſanct. eccleſ.* Non denique res alienis junctæ rebus, ſic ut ſeparari facile nequeant, natura, vel legis diſpoſitione; natura, dum juncta per ferruminationem, non item per applumbaturam, *l. in rem actio 23. §. item quaecunque 5. ff. h. t.* lege, dum tignum ædibus aut vineæ junctum eſt, ne urbs ruinis deformetur, neve vinearum turbetur cultus; *l. 1. pr. ff. de tigno juncto. d. l. in rem actio 23. §. tignum 6. ff. h. t.* licet extrinſecus vindicatio talis tigni, ſi dolo junctum fuerit, impedita non ſit, dum ejus æſtimatio ab eo petitur, qui junctum habet, tanquam qui dolo deſiit poſſidere. *d. l. 1. in fine & l. 2. ff. de tigno juncto. d. l. 23. §. 6. ff. h. t.*

30. Reſtituendæ veniunt ex hac actione res una cum fructibus, de quibus ex profeſſo agendum *tit. de acquir. rerum dominio.* omnique inſuper cauſa, id eſt omni eo, quod petitor habiturus eſſet, ſi eo tempore, quo judicium accipiebatur, res fuiſſet reſtituta. *l. praeterea 20. ff. h. t.* junct. *§. ſi ad exhibendum 3. Inſtit. de offic. judic.* & eo quidem in loco, in quo ſunt ac petuntur; adeo ut, ſi dolo rei fuerint alio translatæ res mobiles vindicatæ, ſumtibus ejusdem atque periculo

ad

ad locum judicii reducendæ ſint; ſin ſine dolo ejus, impenſis victoris. *l. ſi res mobilis 10. l. 11. 12. ff. h. t.* Nec indultum hic condemnatis quadrimeſtre ſpatium, ſed in continenti facienda reſtitutio; niſi alio in loco res mobilis exiſtat, quo casu modica arbitrio judicis foret concedenda dilatio reo, cautionem de re intra tempus præfinitum reddenda præſtanti. §. *& ſi 2. Inſtit. de officio judic.* Quemadmodum & ad rem cum fructibus & deteriorationis æſtimatione reſtituendam condemnatus non ita fructuum intuitu, uti quidem reſpectu rei principalis, præſentem patitur executionem, ſed prius ſummarie ſeu de plano ventilatione inter actorem reumque intercedente, judex definiet liquidumque efficiet quantum fructuum damnique nomine præſtandum ſit; cujus judicii ſummarii modum & ordinem tradit Waſſenaar *pract. judic. cap. 22. num. 12. 13. 14. & 15.*

31. Quod ſi poſſeſſor condemnatus contumaciter reſtitutionem adimplere detrectet, manu militari res ei auferri poteſt; adeo quidem, ut non minus hodie, quam jure civili victor per apparitorem autoritate judiciali conſtituatur in rei reſtituendæ poſſeſſione, reo inde exturbato. *l. qui reſtituere 68. ff. h. t. art. l. ſi finita 15. §. ubi autem 23. ff. de damno infect. l. ſi quis miſſus 3. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſus erit. Inſtruct. Curiae Holland. art. 272. Curiae Ultrajectinae titul. 16. van executie artic. 1.* Neque hanc rei vindicatæ reſtitutionem aut faciendam manu militari ablationem moratur aut impedit, quod reus ſeſe jus pignoris aut ſuperficiei aut uſusfructus habere contendat; cum de his alio ſuccumbentem oporteat judicio experiri. arg. *novell. 18. cap. illud quoque 10.* arg. *l. ſi quis conductionis 25. C. de locato.* Uti nec, quod tertius rem eandem a reo eodem jam condemnato vindicare allaboret: ſi enim pendente lite, ex qua reus receſſit victus, poſterior vindicatio moveri cœpta ſit, vel alia quædam lis inchoata, ita judex rem petitori jubebit reſtitui, ut is poſſeſſori ſuperato caveat de indemnitate, ſeu *ſi alter, rem poſteriore evicerit judicio, eam præſtare.* Sin lite jam per ſententiam finita alius demum de eadem re litigare deſideret, ne cautione quidem præſtita res victori reſtituenda foret, victorque ipſe nova illa per tertium actione conveniendus; non victus, utpote qui neque poſſidet, neque dolo vel culpa ſed autoritate judiciali deſiit poſſidere. *l. is, a quo 57. l. a quo ſervus 58. ff. h. t.*

Covar-

Covarruvias *practic. quaeſtionum cap. 16. n. 3.* Sed & ſi reus ratione rei reſtituendæ caverit, veluti, damni infecti nomine vicino ob vitium ædium, non probabiliter reſtitutionem ſententia comprehenſam facere detrectat, ſi modo ei de indemnitate cautio fiat, *l. ipſi quoque 19. ff. h. t.* junct. *l. aliud eſt capere 71. §. 1. ff. de verbor. ſignif.* in quibus legibus formula *his rebus recte praeſtari*, non aliud denotat, quam viri boni arbitratu promiſſa præſtari; ſic enim eo ſenſu voculam *recte* formulis multis inſeri ſolitam fuiſſe, vide apud Briſſonium *antiquit. lib. 1. cap. 9.* Plane pro impenſis recuperandis quin poſſeſſor jam condemnatus jure retentionis gaudeat, extra dubitationem poſitum eſt. §. *ex diverſo 30. Inſtit. de rer. diviſ. l. ſi in area 33. in fine ff. de condict. indeb.*

32. Verum ſi ex adverſo rei reſtituendæ facultatem reus non habeat, videndum an dolo ac culpa ejus, an caſu id contigerit. Si enim dolo poſſidere deſierit, in quantum adverſarius in litem juraverit, præſtare cogitur. *l. qui reſtituere 68. ff. h. t.* Adde *tit. de in litem jurando.* Nec eo in caſu cedendæ ei, contra quem juratur, actiones rei iſtius nomine competentes, nec publiciana ei accommodanda eſt, nec de evictione præſtanda cautio, in doli pœnam. *l. & ex diverſo 35. §. petitor 2. l. ſi culpa 63. l. is. qui dolo 69. nec quaſi 70. ff. h. t.* Nec obſtat, quod agens actione de ſervo corrupto, ſi duplicatam totius ſervi, tanquam nihil valentis, æſtimationem conſecutus fuerit, cedere cogatur corruptori actiones de dominio ſervi competentes: *l. ut tantum 14. §. ult. de ſervo corrupto.* id enim ideo illo in caſu receptum, quia dominus ex eo fundamento totam ſervi æſtimationem adeptus fuerat, quod diceret, nullius eum pretii eſſe & plane inutilem: ne ergo, ſi adhuc retinere vellet, fateri videretur, ſupereſſe etiamnum aliquam in ſervo corrupto utilitatem, evitandæ illius ſuſpicionis cauſa cedere debuit jus omne, quod in eo habebat. Sic nec adverſatur, quod in depoſiti aut commodati judicio, cum res dolo adverſarii abeſt, condemnato tamen ſuccurri ſoleat, ut ei actionibus ſuis dominus cedat. *l. in depoſiti 12. ff. de re judicata.* Nam (ut ſileam, eſſe, qui diſtinctione inter æquitatem & jus ſtrictum interpoſita conciliationem tentant inter *d. l. 69. & d. l. 12.* Gothofredus *ad d. l. 12.*) conſiderandum inſuper, aliud non immerito in actionibus perſonalibus, quales ſunt commodati & ſimiles definitum fuiſſe, quam in rei vindicatione: cum enim dominii

major

major vis ſit quam obligationis, atque adeo gravius quoque peccet, reſtitutionem dolo non faciens, quando reali actione convenitur ex jure dominii, quam quando perſonali ex obligatione, quis quæſo abſurdum arbitretur, dolum admiſſum in uno etiam caſu durius fuiſſe quam in altero coercitum?

33. Aliud obſervatum, ſi quis non dolo ſed culpa deſierit poſſidere; tunc enim ſimplicem tantum, non vero ex affectione vindicantis, æſtimationem præſtat; arg. *l. qui petitorio 36. §. 1. ff. h. t.* idque ſi vel malæ fidei poſſeſſor ante litem conteſtatam culpa poſſidere deſierit; vel poſt litem conteſtatam (non item ante) poſſeſſor bonæ fidei; quippe per litis conteſtationem in mala conſtitutus fide; nec ab alio, ab initio in mala fide poſito, deinceps ſeparandus. *l. ſi a bonae fidei 21. l. fructus 33. l. ſi homo 45. l. ſi culpa 63. ff. h. t.* Eoque caſu non modo cedendæ condemnato reo actiones rei nomine competentes, ſed & ſine ceſſione utilem publicianam tum contra tertium, tum contra dominum ei prætor accommodat; ſic ut nec facile dominus, qui litis æſtimationem conſecutus eſt, audiendus ſit, ſi velit reſtituere pecuniam antea ex judicati cauſa receptam, *d. l. ſi culpa 63. ff. h. t.* cum litis æſtimationem præſtans emtoris loco habeatur *l. 1. l. 3. ff. pro emtore.* & poſſeſſionem rei ex domini voluntate nactus, etiam rei dominium acquirat. *l. ejus rei 46. l. 47. ff. h. t.* Obſervandum tamen, id quod infans vel furioſus poſſeſſor perdiderit corruperitve ſuo facto, impunitum eſſe. *l. quod infans 60. ff. h. t.*

34. Sed ſi ſine dolo & culpa poſſeſſoris res caſu fortuito perierit aut deſierit poſſideri; ſi quidem ante litem conteſtatam, nec bonæ nec malæ fidei poſſeſſor tenetur, arg. *l. ſi navis 62. ff. h. t.* ſed ſolus fur aut prædo, quoties is domino non obtulit reſtitutionem. *l. ſi pro fure 7. §. ult. l. 8. ff. de condict. furtiva.* Sin poſt litem conteſtatam, malæ fidei poſſeſſorem, qui prædo eſt, non minus poſt, quam ante litem conteſtatam teneri, manifeſtum eſt, tum arg. *l. illud quoque 40. ff. de petit. hered.* tum etiam ex eo, quod actor litem conteſtando deteriorem non ſoleat facere conditionem ſuam, ſed plerumque meliorem: *l. non ſolet 86. & 87. ff. de regul. jur.* qui vero mala fide poſſidet quidem, ſed prædo non eſt, ita demum præſtare debet interitum rei, ſi illa penes actorem non eodem modo fuiſſet peritura; dum forte is ſe diſtracturum fuiſſe docet. *l. item ſi verberatum 15. §. ult. l. 16. ff. h. t.* arg. *l. de eo 12. §. ſi poſt. 4. ff. ad exhi-*

exhibend. l. item ſi 14. §. quid ſi homo 11. ff. quod metus cauſa. l. cum res 47. §. ult. ff. de legatis 1. At poſſeſſor bonæ fidei ne eo quidem caſu tenetur, *d. l. illud quoque 40. ff. de petit. hered.* niſi inſuper ſatis intelligens, rem ad ſe non pertinere, litigare maluerit, quam reſtituere. arg. *l. nemo rem ſuam 82. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. quod te mihi 5. ff. de rebus creditis.* Adde *tit. de petit. heredit. num. 17.* Nec hisce diſtinctionibus refragatur, quod generaliter legibus traditum invenitur, rem poſt moram factam perire moratori, & periculum omne rei poſt moram ad debitorem ſpectare. *l. ſi ſervus legatur 108. §. ſi ſervus* 11. *ff. de legatis* 1. *l. ſi ex legati 23. ff. de verbor. oblig.* Neque enim novum eſt, leges generalius loquentes, per alias diſtinctius rem tractantes explicationem recipere ac reſtrictionem. Neque hic cum Bachovio *in notis ad Treutl. vol.* 1. *diſp. 15. theſ. 7. lit. B.* & aliis confugiendum exiſtimo ad diſtinctionem inter actiones in rem & in perſonam; quaſi in actionibus in perſonam mora ſine diſtinctione moratorem ad periculi & caſus fortuiti præſtationem obſtringeret, in actione in rem non ita indiſtincte. Etenim primo quidem in ipſis in perſonam actionibus non promiscue moram omnem reddere debitorem periculo rei obnoxium, ſed demum, ſi non ſolvat interpellatus, cum aliqua appareret juſta cauſa, propter quam intelligere debebat, ſe dare oportere, conſtat ex *d. l. quod te 5. ff. de reb. credit. & d. l. nemo rem 82. §. 1. ff. de verb. oblig. l. cum res 47. §. ult. ff. de legat.* 1. uti &, ſi non eodem modo penes actorem fuiſſet peritura; alioquin actori rem perire, reumque abſolvendum eſſe, in materia depoſiti reſpondit Gajus *l. ſi plures 14. §. 1. in fine ff. depoſiti.* junct. *l. ſi in Aſia 12. §. ult. ff. eod.* Sed & ſecundo, nulla reddi poteſt ſufficiens differentiæ ratio, cur magis in actionibus in perſonam, quam in actionibus in rem, mora reum oneraret: cum utique manifeſtum ſit, potentius eſſe dominii quam obligationis jus, adeoque magis peccet non reſtituens domino jus firmiſſimum dominii habenti, quam ſi non ſolvat creditori nullam habenti jus in re. Nam quod Bachovius *d. loco* ait, moram perpetuare *obligationem*, actiones vero in rem non eſſe ex obligatione; id captioſum profecto eſt, nec dubium, quin, ſi tanta obligationis vis ſit, ut periculum in obligatum derivet ex mora, longe major eſſe debeat vis dominii ad periculum in poſſeſſorem iniquum transferendum. Quemadmodum & frivolum illud eſt, quod dominium, cujus

probatio difficillima, in incerto ſit, &, ut maxime de ſuo jure dubitet poſſeſſor, non tamen protinus petitorem dominum eſſe ſequatur; id vero ſecus eſſe in actionibus in perſonam, quæ ex conventionibus cum ipſo debitore initis defcendunt. Quis enim, quæſo, ignarus eſt, poſſe heredem conveniri ex facto defuncti, cujus merito allegat ignorantiam; poſſe conveniri unumquemque ex quaſi contractu, & non ſine cauſa dubitare, an ex quaſi contractu, indebiti ſolutione, hereditatis aditione, ac ſimilibus, debitor ſit; denique juſtam ſæpe dubitandi cauſam eſſe, an is, qui debitorem ad ſolvendum interpellat, habeat agendi jus, licet interpellatus ſe debitorem eſſe haud eat inficias. *l. ſi debitor. 42. ff. de petit. heredit.* Ut proinde fruſtra ſint, quotquot inter actiones in rem & in perſonam hac in parte differentiæ rationes confingere allaborant.

35. Sive autem de interitu rei poſt litem conteſtatam contingente poſſeſſor teneatur, ſive non, non tamen ideo fructuum aut operarum omnisque utilitatis poſt litem conteſtatam inde perceptæ controverſia peremta eſt: nam ſi res lite pendente caſu perierit, præſtanda fructuum & operarum omnisque utilitatis perceptæ vel honeſte percipiendæ æſtimatio, usque ad tempus illud, quo res ita interiit, computanda; *l. pen. ff. h. t. l. utique autem 16. ff. h. t.* ſin dolo vel culpa, ſolvenda foret operarum fructuumque æſtimatio, quos re non peremta ad ſententiam usque poſſeſſor fuiſſet percepturus. *l. fructus 33. ff. h. t.*

36. Cæterum, ſi quas poſſeſſor in rem reddendam impenſas fecerit, nullam quidem pro earum ſive illiquidarum, ſive liquidarum, reſtitutione actionem habet; ſed retentione ſola ſibi poteſt conſulere; ut latius dictum *tit. de petit. hered.* Nec tamen pro impenſis quibuscunque retentio indulta eſt: etenim voluptuarias quidem tam malæ quam bonæ fidei poſſeſſor tollit, quoties id fieri poteſt ſine rei detrimento, ac id quod tollitur, utile poſt ſeparationem tollenti futurum eſt; niſi paratus ſit dominus tantum dare, quantum poſſeſſor in his rebus ſeu impenſis ablatis fuiſſet habiturus. *l. in fundo 38. ff. h. t.* l. *pro voluptuariis 9. ff. de impenſis in rem dotal. factis.* arg. *l. utiles 39. §. 1. in fine ff. de petit. heredit.* Neceſſarias uterque in totum deducit, *l. domum 5. C. h. t.* nifi fur in rem mobilem furtivam erogaſſet, dum infantem aluit furto ſubductum. *l. 1. C.*

de

de infantibus expoſit. l. ex argento 13. ff. de condict. furtiv. Cujus ratio videtur, quod omni momento continuetur furtum, nec tantum infantis, ſed & adoleſcentis, adeoque jam impenſa furis educati, furtum fiat: cum ergo furtum adoleſcentis factum eſſet, & ita adoleſcentis æſtimatio per furem fuerit præſtanda. *d. l. ex argento 13. ff. de condict. furt. l. inficiando 67. §. infans 2. ff. de furtis.* abſurdum fuit, impenſæ talis repetitionem dari, & ita ob furtum adoleſcentis effectu inſpecto non adoleſcentis ſed infantis tantum ſolvi æſtimationem, & per conſequens ſolum infantis ſurrepti quadruplum duplumve pœnæ nomine præſtari. Adde Fachineum *controverſ. lib. 1. cap. 54.* vel dici poteſt, eſſe jus ſingulare, odio furum ſic inductum, ut alia multa, uti poſt alios Wurmſerus *nucleo juris ad tit. Inſtit. de rer. diviſ. quæſt. 11.* Utiles vero impenſas quod ſpectat, eas poſſeſſor bonæ fidei in totum recuperat, quatenus inde res vere pretioſior facta eſt, dum gravior forte impenſa fuit, quam eſt utilitas ſeu melioratio etiamnum ſuperſtes; quod ut plurimum contingit in ædificatis, *l. in fundo 38. ff. h. t.* arg. *l. domus 58. ff. de legatis 1. l. ſumtus 48.* verb. *meliore praedio facto ff. h. t.* Niſi hæ nimis graves ſint, nec eas ipſe dominus fuiſſet facturus: quo caſu vel tantum tollit eas, quatenus poteſt, vel a domino tantum recuperat, quantum in ipſis impenſis ablatis fuiſſet habiturus: ſic ut hic multum arbitrio judicis relictum fuerit, qui varie ex perſonis cauſisque conſtituere hac in parte juſſus eſt. *l. in fundo 38. ff. h. t. l. adeo 7. §. ex diverſo 12. ff. de acquir. rer. domin.* Si tamen impenſa utilis minor ſit, quam eſt utilitas præſentis temporis inde producta, non meliorationis totius æſtimatio, ſed id ſolum quod vere impenſum, recuperari poteſt: quod in implantatis frequentius accidit, quorum incrementum cum ex ſoli pinguedine & nutritione proveniat, domino ſoli potius, quam poſſeſſori plantanti prodeſſe rationis fuit. arg. *§. ſi Titius 31. Inſtit. de rerum diviſione.* Frederic a Sande *de feudis Gelriae tract. 2. tit. 2. cap. 3. num. 15.* Joh. a Sande *deciſ. Friſic. lib. 3. tit. 15. defin. 4.* Abrah. a Weſel *de connub. ſocietate tract. 2. c. 2. num. 169. 170. 171. 172.* Adde Ant. Theſſaurum *deciſ. 251.* Andr. Gayl. *libr. 2. obſerv. 121. num. 12.* Peregrinum *de fideicommiſſis art. 50. num. 31. & ſeqq.* Sed qui mala poſſedit fide, regulariter tantum tollendarum impenſarum utilium facultatem habet, quatenus poteſt ſine læſione ſtatus prioris ipſius rei; ſi non donandi animo doceatur impendiſſe. *l. ſi inferiorem 2. l. do-*

mum 5. C h. t. An vero in alieno ſolo ſcienter ex ſua ædificans materia tignum iterum diſſolutum vindicare queat, quod dum junctum erat, ſine rei detrimento tollere non potuerat, non ſua caret hæſitatione: vindicari enim poſſe, ait *d. l. 2. C. h. t.* negat §. *ex diverſo 30. Inſtit. de rer. diviſ. l. adeo 7. §. ex diverſo 12. ff. de acquir. rer. domin.* Non improbabilis tamen eſt eorum ſententia, qui tignum ſolutum vindicari poſſe arbitrantur, ſi domino fundi ſciente & patiente ædificaverit in alieno malæ fidei poſſeſſor; eo quo talis etiam, non obſtante mala fide, impenſas utiles in ædificationem factas retentionis & exceptionis jure poteſt ſervare, in quantum dolo facit, qui patitur alium in ſuo ædificare, nec reddit impenſas; *l. pure mihi 5. §. ſi donavi 2. ff. de doli mali & met. except.* & de hoc caſu accipienda *d. l. 2. C. h. t* quippe quæ de inædificatis parti inferiori alienarum ædium tractans, commode ſatis illam admittit facti ſpeciem, quod ædium ſubjectarum dominus easdem poſſederit, inhabitaverit, adeoque inædificationis non fuerit ignarus. Sed ſi domino ignorante id factum ſit, ſoluti vindicationem non eſſe permittendam, juxta *d. §. 30.* & *d. l. 7. §. 12.* Fachinæus *controverſ. lib. 1. cap. 55.* Sed &, ſi quis ab initio fundum alienum bona fide juſtoque titulo nactus fuerit, poſtea vero in illo fundo ædificaverit eo tempore, quo jam ſciebat alienum, hoc ei concedendum Ulpianus cenſuit, ut ſine diſpendio domini areæ tollat, quod poſuit, *l. Julianus 37. ff. h. t.* quaſi non debeat haberi per omnia poſſeſſor malæ fidei, qui & uſucapiendi & actione Publiciana experiendi facultate gaudet; magisque propter uſucapionis implendæ ſpem præſumi poſſit impendiſſe, ut ſibi negotium gereret, quam ut domino fundi inædificata donaret. Cæterum cum rationi naturali repugnet, alium cum alterius jactura reddi locupletiorem, *l. nam hoc 14. ff. de condict. indeb.* etiam malæ fidei poſſeſſoribus conſuli ſolet, ut utilium impenſarum habeant repetitionem, nec hactenus ab illis ſeparentur qui bona fide impenderunt utiliter. Groenewegen *ad l. 5. C. h. t. & ad §. 30. Inſtit. de rer. diviſ.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 11. num. 7. 8.* Ut tamen in furibus in rem furtivam utiliter impendentibus Romani juris rigorem nonnulli ſervandum putent. Carpzovius *defin. forenſ. part. 4. conſtit. 39. defin. 8.*

37. Quid

37. Quid de impenſis in fructus factis ſervandum ſit, petendum ex iis, quæ *tit. de hereditatis petitione* dicta, *num. 22.*

38. Quoties autem de impenſis deducendis quæſtio eſt, facienda prius fructuum perceptorum cum impenſis non in fructus tantum ſed & rem ipſam factis compenſatio; ac ſi quid ultra fructuum quantitatem inveniatur erogatum, id demum vel tolli vel deduci juxta determinationes ante traditas poteſt, ſive fructus tempore litis conteſtatæ etiamnum extent, ſive ante conſumti ſint; cum generaliter & ſine diſtinctione de fructibus ita Papinianus definiat, *l. ſumtus 48. l. emtor praedium 65. ff. h. t.* Quamvis enim verum ſit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumtos irrevocabili acquirere dominii jure, & pleniſſime lucrari, utut locupletior inde factus fuerit; id tamen non impedit, quo minus fructus percepti protinus in impenſarum compenſationem cedant, atque ita illud demum in lucro vere ſit, quod ultra impenſarum quantitatem poſſeſſor percepit. Sic enim & fructuario ſtatim fructus (inter quos etiam fœtura animalium) irrevocabili jure acquiri manifeſtum eſt; nec tamen eo minus illa fœtura, quæ mutilato grege nata eſt, in gregis ſupplementum, atque ita proprietario, cedere debet, grege ſcilicet ex agnatis ſupplendo. *l. vetus fuit quaeſtio 68. §. 1. 2. l. 69. ff. de uſufructu & quemadm. quis utat.* prolixe Sande *deciſ. Friſ. lib. 3. tit. 15. defin. 2.* poſt plures alios ibidem citatos.

39. An autem etiam cum expenſis compenſandi ſint fructus ex ipſa melioratione per bonæ fidei poſſeſſorem facta percepti, non ſatis conſtat, quibusdam id affirmantibus, inter quos Molinæus *ad conſuet. Pariſ. tit.* 1. *§.* 1. *gloſſ. 5. num. mihi 99.* Covarruvias *lib.* 1. *var. reſolut. cap. 8. num. 4.* Menochius *de recup. poſſeſſ. remed. 15. num. 610.* aliique allegati a Johanne a Sande *d. lib. 3. deciſ. Friſic. tit. 15. defin. 3.* in quorum ſententiam etiam majore ſuffragiorum numero iviſſe ipſam Friſiæ Curiam ibidem teſtatur. Sed cum & in contrarium judicata exſtent, magis ratione ſubnixam exiſtimo eorum ſententiam, qui meliorationibus compenſari iniquum cenſent. Si enim hæc admitteretur compenſatio, non illa tantum inde flueret abſurditas, quod bonæ fidei poſſeſſori ſua ſolveretur melioratio ex re ſua ſuisque fructibus, ſibi jure dominii ex propria pecunia ad utilitatem collocata perceptis; atque adeo effectu inſpecto bonæ fidei poſſeſſor, durante toto tempore poſſeſſionis bonæ

fidei nullam prorſus ex ſua pecunia ſpe lucri erogata percipe-ret utilitatem; eamque ſolus ſentiret rei dominus. Sed &, ſi conſideres poſſeſſorem bonæ fidei nunquam majorem recupe-rare meliorationum æſtimationem, quam quanti illæ valent re-ſtitutionis tempore, ſic ut impenſa tota ſit periculo bonæ fidei poſſeſſoris, & ille aut parum aut nihil conſequatur, prout aut parum aut nihil ſupereſt ex facta melioratione; eveniret certe, admiſſa compenſatione, ut lucrum quidem omne erogatorum cederet domino rei melioris factæ, periculum vero eorundem gravaret unice bonæ fidei poſſeſſorem; quod neque bonæ fidei natura favorque inſignis patitur, neque vulgata juris regula, dictans, ſecundum naturam eſſe, ut commoda cujusque rei eum ſequantur, quem ſequuntur incommoda. *l. ſecundum 10. ff. de regul. juris.* eique uſuras pecuniæ debere acquiri, cujus peri-culo credita fuerit ipſa ſors. *l. ſi unus 67. §. ſi unus 1. ff. pro ſocio.* Quibus accedit, quod, quo diligentior fuit bonæ fidei poſſeſſor, & tanquam bonus paterfamilias ſtudioſior ad rem, quam ſuam putat, in ſtatum meliorem perducendam, eo dete-rioris eſſet futurus conditionis; at, quo negligentior, eo plus lucraturus; quod quantum a naturali recedat æquitate, nemo non perſpicit. Atque ita ſentiunt Garſias *de expenſ. & melio-rat. cap. 23. num. 56.* Matth. de Afflictis *deciſ. Neapol. 87. circa fin.* Reſponſ. JCtor. Holl. *part. 4. conſil. 173. quaeſt. 3.* Munos de Eſcobar *de ratiocin. tom. 2. cap. 13.* Marta *digeſtis juris no-viſſ. tom. 3. tit. compenſatio cap. 12.* & *tom. 4. tit. fructus cap. 48. 49.* Parum movet, quod, cum melioratio ipſa tanquam acceſſoria rei principalis domino ceſſerit jure dominii, fructus ex melioratione percepti non ex re, poſſeſſoris amplius pro-pria, ſed plane aliena, nati & acquiſiti ſunt. Etenim corpo-rum quidem per meliorationem adjectorum, velut inædifica-torum aut implantatorum, dominium naturali ratione do-mino ſoli ceſſiſſe, non eundem inficias; ſed, quia corporum iſtorum æſtimatio poſſeſſori bonæ fidei reddenda eſt, juris in-terpretatione & effectu ita ſe res habet, ac ſi dominium non eſ-ſet domino fundi quæſitum, quamdiu meliorationis æſtimatio necdum fuerit reſtituta. Pari fere modo, quo id in rerum venditione contingit: quarum dominium per traditionem a venditore factam naturali ratione in emtorem tranſire, verius eſt, licet neque pretium ſolutum ſit, nec de eo fides habita, cum propoſitum in mente retentum, non in tradendo declara-

tum,

tum, naturali ratione nihil operetur; ſed juris civilis interpretatione ita conſideratur, ac ſi dominium non tranſiviſſet, adeo ut & rei traditæ vindicatio tali in caſu venditori permiſſa ſit. *& venditae 41. Inſtit. de rerum diviſ. l. procuratoris 5. §. ſed ſi dedi 18. ff. de tributor. act.*

TITVLVS II.

DE PVBLICIANA IN REM ACTIONE.

SVMMARIA.

1. *Quotuplex ſit actio Publiciana; quid ſit ea, quae ad exemplum rei vindicationis inducta fuit?*
2. *Hujus actionis fundamentum eſſe jus poſſeſſionis; & quid diſtet jus poſſeſſionis a naturali poſſeſſione, ac quod jure noſtro notum ſit* jus poſſeſſionis *plenius adſtruitur.*
3. *An vero domino Publiciana detur?*
4. *Ut haec actio detur, non requiritur, ut pretium numeratum ſit, nec ut eo tempore, quo agitur, agens in bona fide ſit, ſed ſufficit, quod ab initio adfuerit.*
5. *An Publicianam habeat, qui emit a furioſo, quem putabat ſanae mentis eſſe?*
6. *Datur contra omnes jure debiliori poſſidentes, & illos, qui juris interpretatione pro poſſeſſoribus habentur; non contra poſſidentem aequali jure, ſive ab eodem ſive a diverſis non dominis res utrique tradita ſit, nec hic potior eſt is, cui priori res eſt tradita, cujus contrarium erat in rei vindicatione.*
7. *Non poſſident aequali jure, cum alter ex oneroſo titulo poſſedit, alter ex lucrativo poſſidet.*
8. *Non datur regulariter contra verum dominum; recenſentur tamen caſus excepti.*
9. *Petuntur hac actione res corporales & incorporales, ſi modo uſucapi vel praeſcribi longo tempore poſſint; non furtivae, per teſtatorem vel legem alienari prohibitae, & quae nunquam poſſeſſae.*
10. *Reſpectu fructuum & impenſarum idem hic, quod in rei vindicatione.*
11. *Actio Publiciana adhuc hodie in uſu eſt.*

Publiciana actio, (ita dicta a Publicio prætore) duplex eſt; alia, qua prætor fingit, uſucaptum non eſſe id, quod revera uſucaptum fuit; qua intentata, ſic priſtino domino rem uſucaptam reſtitui jubet, quaſi uſucapta non fuiſſet, reſciſſa ſcili-

cet usucapione jam impleta. *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act. l. mandatum distrahendorum 57. ff. mandati.* de qua in titulo *ex quibus causis majores 25. annis restit.* alia, qua prætor fingit usucaptum jam esse illud, cujus tamen usucapio vere necdum impleta est; *ff. sed istae 3. in fine, & §. 4. Inst. de action.* quæque ad exemplum rei vindicationis dari dicitur, *d. l. in honorariis 35. ff. de obligat. & act.* & in qua omnia eadem esse, quæ in rei vindicatione, Ulpianus notat *l. sed & si 7. §. in Publiciana 8. ff. h. t.* Quæ & ipsa hujus tituli materia est; ac non inepte describi potest, quod sit actio prætoria in rem arbitraria, qua quis rem, cujus possessionem justo titulo & bona fide nactus erat, ac rursus casu amiserat antequam usucepisset, recuperat a quovis jure debiliori possidente. *d. §. 4. Instit. de action.* junct. *l. 1. & ult. ff. h. t.*

2. Actionis hujus fundamentum est fictum dominium, vel (quod eodem redit) jus possessionis, quod ex bono & æquo descendens prætorem movit, ut dominum fingeret eum, qui hoc jure possidendi instructus erat. *d. §. 4.* Adipiscitur autem unusquisque hoc jus possidendi ex traditione per non dominum facta, concurrente justo titulo & bona fide accipientis, sic ut usucapiendi potestatem nactus sit. Scilicet, uti re per verum dominum ex justa causa tradita, jus dominii acquiritur accipienti; ita si a non domino res tradita fuerit, ex justo titulo ac bona fide, jus possessionis accipienti censetur quæsitum. Et ut verus dominus amittendo naturalem rei possessionem, non excidit propterea jure dominii, sed potius ex eo jure rei, apud quemcunque existentis, vindicationem habet, ad recuperandam, quam amiserat, naturalem detentionem: ita &, qui jus possidendi semel nactus est, amittendo naturalem possessionem, quæ facti est, non amittit ipsum possidendi jus, sed magis ex eo jure adhuc retento per hanc actionem persequitur ipsam illam naturalem possessionem, quam sine sua amiserat voluntate factoque. Et hoc ipsum est, quod in *l. bona fides 136. ff. de reg. juris.* traditum fuit, *bonam fidem tantundem praestare possidenti, quantum veritas quoties lex impedimento non est: veritate* ibidem pro *vero dominio* posita, ad oppositionem dominii ficti & juris possidendi, ex bona fide justoque titulo profluentis: quodque Ulpianus in *l. in hac actione 3. §. Pomponius 12. ff. ad exhibendum* scripsit, unius rei plures ad exhibendum agere posse; forte, *si homo primi fit* (id est, si primus rei dominium

um habeat) *ſecundi in eo uſusfructus ſit; tertius poſſeſſionem ſuam contendat;* id eſt, contendat ſe habere poſſidendi jus, ex quo cum intentare poſſit publicianam actionem, merito quoque rei mobilis, forte non apparentis, exhibitionem ſibi fieri deſiderat. De naturali ſane poſſeſſione quo minus Ulpianum accipiamus, dum dicit, *tertius poſſeſſionem ſuam contendit*, ipſa natura actionis ad exhibendum manifeſto evincit; quippe quæ non illis, qui poſſident, ſed potius non poſſidentibus contra poſſeſſores ac detentores data eſt. Et quamvis non adeo frequentata in jure ſit denominatio *juris poſſeſſionis*, atque quidem *juris dominii;* non tamen ignota prorſus, ſed ſimul cum jure dominii propoſita in *l. qui agros 8. C. de omni agro deſerto.* ubi, cum permiſiſſent Imperatores, agros deſertos per quemvis occupari ac coli, priſtinis tamen agrorum poſſeſſoribus ſervarunt licentiam recuperandi intra biennium agros illos ab alio jam occupatos cultosque; ſed ſi biennii fuerit tempus emenſum, *omni poſſeſſionis & dominii carituram jure qui ſiluit*, ab iisdem ſancitum eſt. Adeoque, ſive dominus fuerit, carebit dominio; ſive bonæ fidei poſſeſſor, carebit jure poſſeſſionis: neque enim illic de naturali poſſeſſione ſeu detentione ſermo erat; quippe quam & antea propria deſertione deſierant habere priſtini poſſeſſores. Confirmat quoque jus hoc poſſeſſionis Marcianus in *l. qui coetu 5. §. 1. ff. ad leg. Jul. de vi publica*, ubi a D. Pio decretum ait, ut, *ſi de vi & poſſeſſione vel dominio* quæſtio ſit, *prius de vi quaeratur, quam de jure dominii ſive poſſeſſionis;* indigitans ſcilicet (uti plenius explicui *titulo de judiciis*) ſi quis vi de poſſeſſione rei dejectus ſit, & judicio poſſeſſorio ac petitorio experiri cupiat, prius debere ſpoliatum reſtitui, adeoque momentaneæ poſſeſſionis quæſtionem per interdictum *unde vi* prius terminandam eſſe; tum deinde petitorium tanquam principale oportere tentari, ſive de *jure dominii* quæſtio per intentatam rei vindicationem ventilanda ſit, ſive de *jure poſſeſſionis* per hanc Publicianam in rem actionem. Nec huic juri poſſeſſionis, tanquam actionis Publicianæ fundamento, obloquitur Ulpianus in *l. ſed & ſi 7. §. Publiciana actio 6. ff. h. t.* dum aſſerit, *Publicianam actionem ad inſtar proprietatis, non ad inſtar poſſeſſionis, reſpicere*: cum non aliud hisce indigitet, quam quod Publiciana actio non ſit judicium aliquod præparatorium, temporariam reſpiciens poſſeſſionem, uti pleraque interdicta; ſed quod ſit judicium principale, totam litem

finiens, ad inſtar actionum aliarum proprietatis cauſam concernentium; quodque (ut Hermogenianus loquitur) *ad exemplum vindicationis* detur, *l. in honorariis 35. ff. de obligat. & act.* Minus urget, quod hac actione quandoque agant & illi, qui poſſeſſionem nunquam fuerunt adepti. *l. cum ſponſus 12. §. 1. l. ſi ſervus 15. ff. h. t.* quod enim attinet *l. 15.* per ſervum noſtrum in fuga exiſtentem, & ab alio non poſſeſſum, naturalem quidem poſſeſſionem nobis haud acquiri verum eſt; eo quod nec ipſum fugitivum naturaliter poſſidemus: & de tali poſſeſſione agit *d. l. 15.* interim, uti animo noſtro retinuimus ſervi talis poſſeſſionem, ita & per eum adipiſcimur poſſeſſionem civilem, quæ animo proprio, corpore & miniſterio alieno apprehenditur. *l. rem 15. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Ratio vero, cur jure ſingulari heres, licet necdum poſſeſſionem rerum nactus, Publiciana experiri poſſit, in *d. l. 12. §. 1.* non alia eſt, quam hæc, quod heres, uti ex jure ſucceſſionis dominium adipiſcitur, cujus vi rei vindicationem habet adverſus poſſidentem; ita quoque jus poſſeſſionis, quod penes defunctum fuit: dum is rem alienam juſto titulo & bona fide nactus erat cum uſucapiendi facultate, ex quo jure poſſeſſionis & defunctus ipſe poſſeſſionem naturalem Publiciana perſequi potuit, & eo defuncto heres, in omnia ſuccedens defuncti jura.

3. Cum autem hac actione perſequamur rem nondum uſucaptam, merito inde inferri poteſt, verum dominum non deſideraturum eſſe hanc actionem honorariam, cum habeat civilem, *l. 1. §. 1. ff. h. t.* & ſi maxime deſideraret, non eſſe audiendum, niſi in probatione dominii deficiens, ad hanc confugiendum cenſeat, atque (dum paria ſunt in jure non eſſe & non apparere) non dominium ſed bonam fidem, juſtumque titulum, & rei necdum uſucaptæ amiſſionem alleget. Præſertim, cum & is, qui prius in rei vindicatione mota ſuccubuerat ob dominii non probati defectum, deinceps ad Publicianam poſſit actionem tranſire. *l. minor 39. §. ſi ſervus 1. ff. de evict.*

4. Ut huic actioni locus ſit, non intereſt, utrum actor pretium numeraverit, cum ex cauſa emtionis rem nactus eſſet, nec ne: licet enim rei venditæ ac traditæ dominium in emtorem non tranſeat, ac proinde nec rei vindicatio emtori danda ſit, niſi pretio numerato, vel fide de eo habita. *§. venditae vero 41. Inſtit. de rer. diviſ. l. quotiens 15. C. de rei vindicat.* quin tamen

tamen poſſeſſio ſine pretii numeratione transferatur, dubium non eſt: quod ipſum ſufficit, ut Publicianæ actioni locus fiat. *l. de pretio 8. ff. h. t.* Similiter nec intereſt, utrum tempore litis conteſtatæ actor in bona an in mala fide ſit: id quod ſignificare videtur JCtus in *l. ſed etſi 7. §. Publiciana 14. ff. h. t.* dum ait, *Publiciana tempus emtionis continet; & ideo neque quod ante emtionem* (coeptam ſcilicet & traditione conſummatam. arg. *l. pen. ff. de uſurpat. & uſucapion.*) *neque quod poſtea dolo malo factum eſt, in hac actione deduci, Pomponio videtur.* Imo, eo ipſo, quo quis Publiciana experitur, fateri videtur, ſe dominum non eſſe, atque ita malam fidem ac conſcientiam alienæ rei vel agnoſcit ipſe, vel ſaltem ſupponit: ſed hoc unum inſpicitur, an initio bona fides adfit cum cæteris ad uſucapionem inchoandam requiſitis. *l. ſed etſi 7. §. pen. & ult. ff. h. t.* Scilicet, ut mala fides ſuperveniens non interrumpit uſucapionem, ita nec Publicianæ actioni impedimento eſt; unde & heres ejus, qui bona fide rem nactus eſt, ut uſucapere poſſit, hac actione recte experitur, licet ipſe in dolo ac mala fide ſit. *d. l. 7. §. in hac actione 12.* arg. *l. pro emtore 2. §. ſi defunctus 19. ff. pro emtore. §. diutina poſſeſſio 12. Inſtit. de uſucapion.* nec continuatio uſucapionis impeditur ſcientia heredis, ut ait Papinianus in *l. heres ejus 43. ff. de uſurpat. & uſucapion.* ubi pro *continuatione* rectius legi *continuatio*, ſuadet ſenſus legis, ac Gothofredus in notis obſervat; Haloandri editione etiam iſtam lectionem firmante. Quibus non adverſatur Ulpianus in *l. ſi ego emi 11. §. interdum 3. ff. h. t.* requirens, ut, ſi hac contendere velim actione de partu ancillæ furtivæ, *eo tempore, quo experiar, matrem ejus furtivam ignorem.* Etenim cum Cujacio emendationem adhibendam exiſtimo, ut pro *experiar*, legatur, *ea pariat;* cum ex aliis conſtet juris partibus, uſucapi non poſſe partum ancillæ furtivæ, niſi conceptus fuerit ac editus apud bonæ fidei poſſeſſorem. Sic Julianus verbis prope iisdem autor eſt, partum uſucapi, *ſi apud eum* (bonæ fidei poſſeſſorem) *conceptus & editus eo tempore fuerit, quo furtivam eſſe matrem ejus ignorabat, l. non ſolum 33. ff. de uſurpat. & uſucap.* Et licet ille, qui in mala jam fide poſitus eſt, ac Publiciana poſſeſſionem recuperat, neque ex priore poſſeſſione, quippe jam interrupta, uſucapionem implere poſſit, neque ex poſteriore per Publicianam recuperata, quia initium ſecundæ poſſeſſionis vitio non caret. *l. qui fundum 7. §. ſi bona fide*

4. ff.

4. ff. pro emtore. non tamen ei actio prorsus inutilis est, cum recuperata possessio saltem ad longissimi temporis præscriptionem prosit, ad quam bona fides necessaria non est.

5. Quodsi a furioso quis emerit, quem sanæ mentis esse putabat; quamvis summo jure nec usucapere rem emtam, nec Publiciana eam vindicare potuerit, *l. pro emtore 2. §. si a furioso 16. ff. pro emtore.* ex æquitate tamen utrumque potest. *l. sed etsi 7. §. Marcellus 2. ff. h. t.*

6. Datur hæc actio contra quemvis possessorem sive bonæ sive malæ fidei, qui jure debiliori possidet, aut dolo malo possidere desiit, litive se obtulit quasi possideret, ad exemplum rei vindicationis; cum in Publiciana actione eadem omnia dicantur esse, quæ & in rei vindicatione obtinere, dictum est. *d. l. sed etsi 7. §. in Publiciana 8 ff. h. t.* Quodsi non debiliore, sed æquali jure possessor rem teneat; non dubium, quin pari in causa melior esse debeat possidentis, quam petentis conditio, ac ob id possessor absolvendus sit; arg. *l. sive autem 9. §. si duobus 4. in fine ff. h. t. l. in pari causa 128. ff. de reg. juris.* veluti si bonæ fidei emtor, amissa possessione, adversus alium itidem bonæ fidei emtorem ac possessorem experiretur; sive possidens reus & non possidens actor ab eodem non domino rem nacti fuerint, sive a diversis; cum illa diversitas non plus aut minus juris præstet possidenti, aut possessionis prærogativas in actione Publiciana tollere queat vel diminuere; quod & a Neratio observatum in *l. si ea res 31. §. ult. ff. de Act. emti.* Licet enim ab Ulpiano scriptum sit, eum, qui dominium in fundo habuit, id tradendo transferre; si non habuit, nihil ad eum, qui accipit, transferre, *l. traditio 20. ff. de acquir. rer. domin.* id tamen non nisi quantum ad dominii translationem intelligi potest; cum ex notissimis juris principiis in aperto sit, per traditionem a non domino factam jus usucapiendi fructusque percipiendi, jus denique ipsum possessionis acquiri. Nec est, quod quis existimet, potiorem debere haberi eum, cui priori res tradita est; quasi in Publiciana idem obtinere debeat, quod in rei vindicatione, ad cujus exemplum Publiciana adinventa est, quamque imitatur *l. sed & si 7. §. in Publiciana 8. ff. h. t.* in rei autem vindicatione ita juris sit, ut potior sit, cui priori res tradita est pretio numerato aut fide de eo habita. *l. quotiens 15. C. de rei vindicatione.* Dispar etenim hac in parte rei vindicationis & Publicianæ actionis causa est. Potior scilicet

ſcilicet eſſe debebat in rei vindicatione is, cui priori res tradita eſt, quia is ſolus dominus erat; non item is, cui poſtea res eadem ex cauſa emtionis tradita fuerat, ſed tantum ad ſummum bonæ fidei poſſeſſor, quem a vero domino ex jure dominii conveniri poſſe, in confeſſo eſt. At cum de Publiciana quæſtio eſt, ubi uterque a non domino rem nactus fuit, neuter dominus dici poteſt, ſed uterque tantum bonæ fidei poſſeſſor; atque adeo ejusdem uterque juris ac poteſtatis, & pari in cauſa conſtitutos; cui conſequens erat, ut, poſita pari cauſa melior poſſidentis conditio eſſe debuerit, quam petentis: juxta *d. l. 128. ff. de reg. jur.* Nec obſtat, quod in *d. l. 9. §. 4. ff. h. t.* dicitur, ſi quidem ab eodem non domino ſeparatim duo emerint, *potiorem fore eum, cui priori res tradita eſt.* Penitius namque legem intuenti patebit, agi ibidem de ea facti ſpecie, qua duobus quidem res vendita fuerat, verum non utrique, ſed uni tantum tradita; reſpondet enim Ulpianus ad quæſtionem ita propoſitam; *quis magis Publiciana uti poſſit, utrum is, cui priori res tradita eſt; an is, qui tantum emit;* ut proinde mirum non ſit, potiorem eſſe eum, cui res tradita eſt, cum ſine traditione jus poſſidendi, quod actionis hujus fundamentum eſt, non poſſit videri acquiſitum. Et quamvis id non adeo dubium videri poſſit, tamen & minus dubia & certa quoque jura legibus definiri, abunde conſtat. Interim, quod in *d. l. 9. §. 4.* Jurisconſultus diſtinguit, quaſi aliud obtineret, ſi ab eodem, aliud ſi a diverſis non dominis duo ſeparatim emiſſent (quam etiam diſtinctionem in re aliena duobus oppignorata habet. *l. ſi non dominus 14. ff. qui pot. in pignore*) ejus rationem ab aliis reddi video, ſed ſufficientem aſſequi me non poſſe libens profiteor: imo eam omni ratione deſtitui quantum ad hanc Publicianam, ex ſuperius adductis ratiociniis & Neratii autoritate demonſtratum opinor: atque adeo in id quoque proclivis ſum, ut in diſtinctionis rejectione Neratium in *d. l. 31. §. ult. ff. de act. emt.* a Jurisconſultis cæteris diſſenſiſſe credam. De cætero nec Neratium aliud ſenſiſſe puto, quam quod poſſeſſoris potior eſſe debuerit conditio in pari cauſa: quod enim ille in *d. l. 31. § ult.* eum ait potiorem eſſe, *cui prius res tradita eſt;* ita intelligendum eſt, *ſi etiam poſſideat:* id quod ex eo colligi poteſt, quod *tuendi* verbo uſus eſt, *is* inquit *ex nobis tuendus eſt &c.* Tuemur autem proprie & accurate loquendo eum, qui etiamnum in poſſeſſione conſtitutus

tus est, ac per alium actione intentata vel violentia illata patitur turbationem. Confer Cujacium *lib. 18. observat. 31.* Hilligerum *Donell. enucleat. lib. 20. cap. 8. lit. Z.* Ant. Fabrum *rational. ad d. l. 9. §. 4. ff. h. t.* aliter sentientes.

7. Non tamen par possidentis & petentis causa videtur, si reus ex titulo lucrativo nunc possideat, actor vero ex oneroso titulo, velut emtionis aut permutationis, ante possederit: cui proinde & Publiciana contra possidentem titulo lucrativo danda foret: cum de damno evitando agat, potioremque jura jubeant esse in pari causa conditionem contendentium de damno evitando, quam eorum, qui de lucro captando agunt. arg. *l. quod autem 6. § simili modo* 11. *ff. quae in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

8. Contra verum dominum hæc actio non competit; quippe qui, etsi non possideret, contra possessorem justo licet titulo & bona fide munitum rei vindicationem habiturus esset; dum jus dominii fortius atque potentius est, quam ullum possessionis jus. Nisi tamen rem a non domino propter damnum illatum noxæ datam dominus inceperit possidere: tunc enim ei, qui læsus fuerat, cuique erat facta noxæ deditio, prætor Publicianam pollicetur contra dominum, litis æstimationem haud offerentem *l. & generaliter 28. ff. de noxal. action.* Vel nisi dominus litis æstimationem ab eo, qui rem culpa possidere desierat, acceperit, ac postea rei istius possessionem fuerit consecutus: cum enim litis æstimationem præstans, dominium eo solo non acquirat, deficiente traditione vera aut ficta. arg. *l. ejus rei 46. l. 47. ff. de rei vindic.* (licet emtoris loco habeatur) nec facile permittendum sit ei, qui litis æstimationem accepit, pecuniam restituere; & tamen solventi litis æstimationem prætor contra dominum accommodet in rem actionem. *l. si culpa 63. ff. de rei vindicat. l. si propter 22. ff. de act. rer. amotar.* vix est, ut aliam, quam hanc Publicianam existimemus in *d. ll.* denotatam. Nam &, si a Titio fundum quis emisset, qui Sempronii erat, isque ei traditus fuisset, mox Titius Sempronio heres existens fundi illius possessionem fuisset adeptus, Publicianam emtori contra venditorem nominatim ab Ulpiano tributam constat: in quantum venditor quidem naturaliter dominus esse non desiit ex venditione ac traditione, quæ dominii acquisitionem antecessit, & ita antiquior est dominio

minio acquisito; sed tamen prætor fingit, rem venditam acquisito postmodum per venditorem dominio ex bonis ejus recessisse, emtorique adjectam esse. *l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de doli mali & metus except.* Adde *l. si quis rem 24. ff. de except. rei judicatae.* & *l. sed & si 7. §. si petenti mihi 7. ff. h. t.* in quibus propter jurisjurandi aut rei judicatæ autoritatem prætor fingit, dominum esse, qui se talem esse juraverit, aut judicis sententia fuerit declaratus; & ideo contra veros dominos hisce Publicianam censuit concedendam esse.

9. Petuntur Publiciana non res tantum corporales, sed & incorporales, veluti servitutes sive reales sive personales. *l. si ego 11. §. si de usufructu 1. ff. h. t.* si modo res tales sint, quarum procedere potest usucapio, *l. sed & si 7. §. ult. l. sive autem 9. §. pen. ff. h. t.* vel præscriptio, quæ in emphyteusi & vectigali agro ac superficie, usucapionem proprie dictam secundum jus Pandectarum respuente, locum habet. *l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus 2. & §. 3. ff. h. t.* junct. *l. si finita 15. §. sed in vectigali 27. ff. de damno infecto.* Rævardus *libr. 1. varior. cap. 5.* uti & in servitutibus, præscriptione potius quam usucapione acquirendis. arg. *d. l. 11. §. 1. ff. h. t.* junct. *l. servitute 14. ff. de servitutibus. l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vindic.* Proinde nec in furtivis locum hæc actio invenit. *l. sive autem 9. §. pen. ff. h. t.* Nec in rebus per legem aut per testatorem alienari prohibitis, utpote quarum usucapio non est. *l. cum sponsus 12. §. si res 4. ff. h. t.* arg. *l. ult. §. sin autem 3. C. communia de legatis.* Nec denique in iis, quæ neque vere neque ficte sunt tradita, etiamsi talia essent, quorum fictum dominium sine traditione posset transire; veluti res legatæ & necdum traditæ aut sine vitio occupatæ: arg. *l. pen. ff. pro legato.* cum utique usucapiendi potestas in hac actione necessaria sit, nec sine possessionis acquisitione ea procedat, aut habeat initium. Suffecerit autem vel momento possedisse, ut hac liceat actione experiri. *l. cum sponsus 12. §. ult. ff. h. t.* Ratione tamen singulari eum, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hereditas, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti Publiciana posse, supra dictum est. *l. cum sponsus 12. §. is. cui 1. ff. h. t.*

10. De cætero, respectu fructuum, impensarum, & similium, eadem in Publiciana, quæ in rei vindicatione servanda sunt. arg. *l. sed & si 7. §. in Publiciana 8. ff. h. t. l. in hono-*

honorariis 35. ff. de oblig. & act. l. in speciali 73. ff. de rei vindicat.

11. Nec abolita usu fori censenda est hæc Publiciana actio: licet enim non semper actionum nomina in judiciis nunc exprimi soleant; nulli tamen dubium, quin actionum singularem in judicium deducendarum termini, quibus a se mutuo distant, etiamnum supersint; atque adeo hæc quoque Publiciana in praxi vigeat, usque adeo, ut a pragmaticis disputari videas, utrum cum rei vindicatione hæc Publiciana possit cumulari Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 62. num. 5.* Mynsingerus *ad §. 4. Inst. de act. num. 36. & seqq.* Sim. van Leeuwen *cens. forens. part. 1. lib. 2. cap. 11. num. 5. in fine.* parens p. mem. Paulus Voet *ad §. 4. Inst. de action. num. 3.*

TITVLVS III.

SI AGER VECTIGALIS, ID EST, EMPHYTEVTICARIVS PETATVR.

SVMMARIA.

1. *Agri emphyteuticarii directum & utile dominium quis vindicet, & contra quos? Non differt ager vectigalis ab emphyteuticario.*
2. *Differt tamen a prediis tributariis & stipendiariis; uti & a praediis elocatis.*
3. *Emphyteusis variis modis accipitur. Si sumatur pro contractu, consensu perficitur, nec scriptura ad substantiam, sed probationem pertinet.*
4. *Cum accipitur pro jure in re, quibus tunc modis illud jus in re constitui possit; conventionibus; ultima voluntate; praescriptione.*
5. *Quanto temporis spatio hodie acquiratur per praescriptionem? an praesumatur emphyteusis in dubio, si quis longissimo tempore uniformem annuam, vel diformem seu variantem praestiterit pensionem?*
6. *Qui dare in emphyteusin possint, an minores, praelati ecclesiae rem ecclesiae an habens beneficium ecclesiasticum fundos istius beneficii ultra tempus, quo ipse frui potest? Qui accipiant in emphyteusin?*
7. *Conceduntur in emphyteusin solae res immobiles, non mobiles. An domus? An molendina? an annui reditus tales, qui solent in immobilium classem referri?*

8. *Canon*

8. *Canon an etiam in certa fructuum ponderatione consistere possit?*

9. *Emphyteusis vel secularis est vel ecclesiastica. Ad quos olim & jure novo ecclesiastica transive potuerit?*

10. *Emphyteusis hodie vel simpliciter conceditur, vel certae familiae certisve personarum gradibus. Quid inter haec duo intersit?*

11. *Habet emphyteuta commoda fere omnia, quae fructuarius. Amplius ei cedit utilitas insulae ante fundum emphyteuticum natae, uti & thesaurus in eo fundo repertus.*

12. *Fert etiam onera eadem, quae fructuarius, nisi circumstantiae aliud suadeant.*

13. *An habens emphyteusin ecclesiasticam exemtus sit oneribus illis, quibus & ecclesia in emphyteusin concedens exemta est?*

14. *Perit emphyteusis lapso tempore, ad quod concessa, deficiente familia aut gradu cui concessa. An tunc dominus directus cogi possit, ut rem ad se reversam ipsis rursus illis emphyteutis, vel proximis eorum agnatis, in emphyteusin det, aut eos tantundem offerentes extraneis praeferat; & quid juris in Hollandia?*

15. *Si lapso tempore dominus directus anni sequentis canonem acceperit: an tacite repetita censeatur emphyteusis?*

16. *Perit totali interitu rei, non partiali: canon non diminuendus ob partis interitum, nisi per singula jugera canon constitutus sit; vel in definienda canonis quantitate fructuum ratio habita sit.*

17. *An emphyteuta possit emphyteusin derelinquere, si fructus fundi, qui pro parte periit, non sufficiant ad canonem, nec dominus eum velit pro parte remittere?*

18. *Derelinquere nequit, si a fisco in emphyteusin acceperit, vel emphyteuticaria res per manifestam emphyteutae negligentiam pro parte perierit. Si emphyteuta fructus non perceperit a tertio vi dejectus aut aliter impeditus, non ideo minus canonem solvere debet.*

19. *Canonis remissio peti non potest ob insolitam sterilitatem, incursum hostium, tributa graviora imposita; nisi canon fructibus proportionatus sit.*

20. *Potest tamen peti remissio, si totus ager emphyteuticarius per hostes captus, & ita hostium factus sit.*

21. *An etiam propter inundationem?*

22. *Perit alienatione, quae facta est non facta domino directo denunciatione, idque pro ea parte, quae alienata est; sive a fisco sive a privato emphyteusis concessa sit. Quid hic moribus obtineat? An dominus directus sine denunciatione emphyteutae facta, jus suum alienare possit?*

23. *An & poena commissi locum habeat, si venditio nulla sit; vel conditionalis; vel traditio necdum facta?*

24. *Sub alienatione, non sine denunciatione facienda, non con-*

tinetur oppignoratio, aut ſervitutis impoſitio; & haec non nocent domino directo.

25. *Non etiam donatio, permutatio, legatum, heredis inſtitutio.*

26. *Sive denunciatio neceſſaria ſit, ſive non, domino directo debita per emtorem pretii pars quinquageſima, in Hollandia duplicatus canon: & vulgo* laudemium *dicitur.*

27. *Cui laudimia praeſtanda & denunciatio facienda, ſi emphyteuta per* contractum libellarium *emphyteuſin ſuam alteri rurſus in emphyteuſin dederit, & ſecundus emphyteuta alienet?*

28. *Ad quid teneatur emphyteuta, ſi apud emtorem diſſimulaverit laudimiorum onus?*

29. *An ſi poena debeatur ob moram in praeſtandis laudimiis, etiam ignorantes in eam incidant?*

30. *Si emphyteuſi reditus annuus ſit impoſitus, & emphyteuſis vendatur cum illo reditus onere, ſors reditus iſtius pretio addi debet, ut quinquageſimae ratio ineatur.*

31. *An duplicata laudemia ſolvenda ſint, ſi emphyteuſis vendita cum pacto de retrovendendo, poſtea per venditorem redimatur?*

32. *Quid juris ſit circa laudemia, ſi emphyteuſis vendita redhibeatur ob vitium, vel redeat ex addictione in diem vel lege commiſſoria, vel retractus fiat? remiſſive.*

33. *Si emtori emphyteuſios poſt ſoluta laudimia lis a tertio movetur, & transactio ſequatur, non iterato debentur laudimia, licet in actorem emphyteuſis ex transactione tranſeat; niſi fraus domino directo fiat, vel is probet, eum, qui ceſſit emphyteuſi, vere emphyteutam fuiſſe.*

34. *Si quis alieno nomine emerit, non bis ſed ſemel laudimia ſolvenda, ſive mandatum habuerit, ſive non, ſecus, ſi ſuo nomine emiſſet, & poſtea alium ſuo loco ſubſtitui faciat, licet tunc ab initio inſtructus fuerit mandato emendi pro illo tertio.*

35. *Nec denunciatione opus eſt, nec laudimia ſolvenda, ſi diviſio vel adjudicatio fiat per judicia diviſoria: ſecus, ſi poſt diviſionem aut adjudicationem alter alteri partem ſuam aut totam emphyteuſin adjudicatam vendat.*

36. *Perit emphyteuſis non ſoluto canone intra tempora legitima. An mora iſta jure civili, canonico, aut moribus purgari poſſit? an contra poenam commiſſi reſtitutio impetrari? qualis poena morae hodie frequentior ſit?*

37. *Si pars tantum canonis ſoluta ſit, ſive per unicum emphyteutam, ſive per unum ex pluribus unius emphyteutae heredibus, tota emphyteuſis in commiſſum cadit.*

38. *An non canon per partes ſolvi poſſit, cum emphyteuta partem vendidit, & onus canonis pro rata diviſit? & an idem obtineat in emphyteuſi fiſcali, quod in privata?*

39. *An emphyteuta interpellandus ſit ad ſolutionem? an ſufficiat ſola oblatio canonis intra legiti*

legitimum tempus ad evitandam poenam commissi, si desit depositio? An canon per compensationem solvi possit, si ea oblata non sit? an per alium pro emphyteuta canon solvi sine mandato? an in antecessum canon invito domino solvi?

40. *An mora abbatis vel oeconomi noceat monasterio vel ecclesiae? An mora mariti noceat uxori ex jure Hollandico & Trajectino?*

41. *An emphyteuta fructus anni quarti perceptos reddere teneatur, si dominus demum post eorum perceptionem declaraverit animum avocandi emphyteusin?*

42. *Cessat poena commissi ob moram, si dominus eam remiserit. An censeatur remisisse, si sciens acceperit vel exegerit canonem anni quarti?*

43. *An & remisisse censeatur si triennii solius canonem receperit, sine caducitatis declaratione, & an postea caducitatem declarare possit?*

44. *An tacite fiat remissio poenae commissi, cum alia poena conventionalis in casum non soluti canonis apposita est?*

45. *An ob non solutum canonem jus commissi per heredem aut contra heredem exerceri possit, si defunctus non declaraverit avocandi voluntatem, aut ea contra defunctum declarata non sit?*

46. *An ob insignem deteriorationem ac corruptionem dolo malo vel manifesta lata culpa emphyteutae factam etiam secularis emphyteusis adimi possit?*

47. *Finitur etiam praescriptione. Non tamen praescripsisse censeatur, qui tantum cessavit in canonis solutione per tempus praescriptioni necessarium, si non actu aliquo sese pro domino pleno gesserit.*

48. *An dominus directus avocare possit emphyteusin ob ingratitudinem emphyteutae, vel quia re indiget ad proprios usus?*

49. *An etiam ob inficiationem juris emphyteutici?*

50. *Emphyteusis finita redit ad dominum directum, sive privatum, sive fiscum, etamsi fiscus generaliter omnes reditus fiscales una mercede publicano elocasset; quia commissum tale reditus fiscalis non est.*

51. *Finita emphyteusi dominus directus emphyteutam non privata, sed judicis autoritate, expellere debet; & ad id non possessorio sed petitorio judicio contendere.*

52. *Finita emphyteusi, an, & quales impensas ac meliorationes emphyteuta repetere possit?*

53. *Posita facultate repetendi meliorationes, quid juris sit, si impensa vel major sit, vel minor, quam est ipsa melioratio?*

54. *De Censu, & libellario contractu; remissive.*

Actio in rem utilis, seu utilis rei vindicatio, etiam datur emphyteuticarium aut vectigalem agrum habentibus, ut dictum *tit. primo*, adversus quosvis possessores, etiam ipsos municipes aliosque similes in emphyteusin dantes, si necdum tempus constitutum elapsum fuerit, & vectigal seu canon solvatur. *l. 1. 2. 3. ff. h. t.* Ut tamen ipsi in emphyteusin concedentes directum possint vindicare dominium, sic ut directi quidem domini in vindicando dominio directo potiores emphyteutis sint; emphyteutæ vero in utili potiores domino directo, ac emphyteutæ utile dominium etiam a dominis directis jure sibi vindicent; directi domini directum ab ipsis emphyteutis. Nec differre videtur fundus vectigalis & emphyteuticarius, nisi quod frequentius municipia in emphyteusin concedentia *vectigal* dicantur percipere; quod, si privati pro emphyteusi accipiant, *canon* appellatur. arg. *l. sciendum est 15. §. 1. ff. qui satisd. cog.* Quod & satis innuit nostri tituli inscriptio, *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, cum tamen nulla de agris per privatos in emphyteusin concessis mentio occurrat in ulla hujus tituli lege.

2. Differt tamen ab agro vectigali seu emphyteuticario prædium stipendiarium aut tributarium, eo quod stipendiaria aut tributaria prædia erant ea, quæ ab hostibus capta pristinis possessoribus seu colonis fuerant relicta, tributo impositio. Theophilus & DD. vulgo *ad §. per traditionem 40. Instit. de rer. divis.* de quibus latius *tit. de acquir. rer. domin.* Distat quoque emphyteusis multifariam a locatione agrisque conductis, quatenus emphyteuta utile habet dominium, utilem in rem actionem, canonem solvit non proportionatum quantitati fructuum, ad meliorationes tenetur, remissionem canonis ob sterilitatem aliudve damnum particulare petere nequit. Quæ aliter in locatione obtinere, ex juris nostri principiis certum est. Ut proinde non nisi abusive emphyteutæ dicantur fundum habere *in perpetuum aut ad tempus conductum* in *d. l. 1. & 3. ff. h. t.* nisi dicamus, tempore autorum *d. l. 1. & 3.* emphyteusi per Imperatorem Zenonem a locatione necdum separata, Jurisconsultos promiscue conductione & emphyteusi usos esse, illos saltem, qui emphyteusin ad locationem maluerunt, quam ad emtionem referre.

3. Occa-

3. Occasione hujus actionis in rem de agro vectigali subnectanda plenior emphyteusios tractatio, tanquam juris in re: quam alii ob magnam ejus cum locatione affinitatem putant in titulum *locati* conjiciendam, tunc eam ut contractum considerantes. Emphyteusis enim vel ipsam rem in emphyteusin datam denotat, vel contractum emphyteuticarium, vel denique ipsum jus in re constitutum. Si tanquam contractus consideretur, commode describi potest, quod sit contractus juris gentium, bonæ fidei, nominatus, consensu constans, quo prædium alicui fruendum conceditur in perpetuum, aut ad tempus non modicum, sub lege meliorationis & præstationis annui canonis. Qualis conventio nostra lingua *Erfpacht* dicitur, licet aliquando in antiquis instrumentis reditus irredimibiles appellati inveniantur *Pachten* & *Erfpachten*, ut notatur in *Respons. Jurisc. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 331. (revera) 231. pag. 662.* Quod autem emphyteusis sit bonæ fidei, juris gentium, consensu constans, id vel inde recte collegeris, quod veteres omnes emphyteusin vel ad emtionem vel ad locationem reduxerint; cumque ea tum de emtione tum de locatione extra controversiam posita essent, nulli etiam dubium esse potuit, quin illa, quæ emtioni locationique communia erant, optimo quoque jure ad emphyteusin fuerint transferenda. Erroneum proinde est, a Zenone Imp. primitus hunc contractum adinventum fuisse; cum & ante Zenonis tempora soliti fuerint domini agros suos, squallidos præsertim & incultos aut longe dissitos, in emphyteusin concedere. Neque aliud a Zenone præstitum, quam quod illam sustulit inter jurisconsultos disputationem, qua alii emphyteusin emtioni, alii locationi contendebant accensendam esse, & propriam hujus contractus constituit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; cum varias animadverteret inter hanc conventionem & emtionis locationisque contractum diversitates; intacta de cætero relicta emphyteusios natura, ac in nullo innovata. *§. adeo autem 3. Instit. de locat. conduct. & l. 1. C. de jure emphyt.* Et quamvis in *d. l. 1.* scripturæ mentio fiat, dum sancitum, ut omnia, *quae pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque custodiantur*, ac inde communiter antiquioribus placuerit scripturæ necessitas, teste Carpzovio *defin. for. part. 2. constit. 39. def. 7. num. 5. 6. 7. 8.* Julio Claro *§. emphyteusis quaest. 4.* eam tamen non

ad contractus hujus ſubſtantiam, ſed evidentiorem tantum geſtorum, & in perpetuum ac immemoriale aut ſaltem longum tempus vim habiturorum, probationem pertinere, verius eſt, tanquam fideliſſimam memoriæ cuſtodem & adjutricem; ne alias lapſu temporis geſta excidant, & vacillare incipiat contractus fides, dum labilis hominum memoria eſt, atque etiam deficit teſtium mortalitate: & hoc convenienter aliis legibus, generatim dictantibus, ſolitas fieri ſcripturas, ut quod actum eſt facilius per eas probari poſſit; valere autem & ſine his quod actum eſt, ſi modo habeat probationem. *l. contrahitur 4. in fine ff. de pign. & hypoth. l. in re 4. ff. de fide inſtrument.* Radelantius *Curiae Ultraject. deciſ. 24.* Ant. Matthæus *de obligat. diſp. 22. num. 2.* Chriſtinæus *vol. 3. deciſ. 119. num. 5.* Vinnius *ad §. 3. Inſtit. de locatione num. 8.* Parens p. m. Paulus Voet *ad d. §. 3. num. 1.* verſ. *an conſenſu.* Hugo Grotius *manuduct. ad juriſprud. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 16. 17.* perperam notatus ob id a Sim. van Leeuwen, contendente *in cenſur. forenſ. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 23.* ſcripturam hodie ſaltem eſſe neceſſariam, in quantum nullum jus in re immobili conſtitui poteſt, niſi coram lege loci, de ea autem conſtitutione ſcripturam fieri. Quid enim, obſecro, contractui commune cum translatione juris in re? etiam rei immobilis venditæ dominium non niſi coram lege loci transferri apud nos certum eſt; nec tamen ullus ad emtionis ſubſtantiam propterea ſcripturam neceſſariam eſſe opinatus eſt. Conſtat potius & emtio & emphyteuſis ſolo conſenſu, ac ſine ſcriptis perficitur, efficax futura ad actionem producendam, & impetrandum implementum eorum, quæ conſenſu placuerant; adeoque ad faciendam ſolennem coram loci lege traditionem.

4. Quod ſi emphyteuſis conſideretur ut ipſum jus in re, emphyteuſæ reſtitutum, & utile dominium vel jus dominio proximum interpretibus appellatum; acquiri poteſt non tantum per contractum emphyteuticum, accedente traditione; eaque ex noſtris moribus ſolenni, coram lege loci. ſecundum jus noſtrum commune in immobilium alienationibus receptum, ſed & per alios contractus ac pactiones, quibus ſervitutes conſtitui poſſunt: per ultimam inſuper voluntatem, ac denique per longi temporis præſcriptionem, arg. *l. ult. in fine C. de longi temp. praeſcript.* ſive quis rem alienam ut emphyteuticariam poſſederit non vi clam vel precario. arg. *l. ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſervitus vindic.*

dic. Carpzovius *defin. for. part. 1. conſt. 38. defin. 15.* ſive rem ſuam propriam longo tempore tenuerit tanquam emphyteuticariam, altero canonem acceptante, & ita exercente dominii directi jura: ſive ei a non domino emphyteuſis conſtituta ſit: ſive denique conſtitutam a vero domino emphyteuſin a non domino acquirat emtionis, donationis, legati, aliove titulo, ad uſucapiendum ſufficiente. arg. *l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus 26. & 27. ff. de damno infecto.* Neque turbare nos debet, quod a Palo traditum eſt, vectigalia prædia uſucapi non poſſe. *l. cum ſponſus 12. §. in vect. 2. ff. de public. in rem.* Etiamſi enim uſucapio, quæ tunc biennio implebatur in immobilibus, in hisce prædiis vectigalibus non proceſſerit; proceſſit tamen longi temporis præſcriptio, ſecundum *d. l. 15. §. 26. 27.* Nec id diffitetur, ſed magis innuit ipſe Paulus, dum Publicianam in his admittit, ſi modo bona fide tradita ſint; quæ admittenda non fuiſſet, ſi non proxima uſucapioni præſcriptio in his fuiſſet a jure probata. Habentque hæc jure novo minorem hæſitationem, ex quo longi temporis præſcriptio & uſucapio immobilium exæquata fuit in *l. unic. C. de uſucap. transformanda l. ult. C. de longi temp. praeſcript.* Longiſſimum tamen annorum quadraginta ſpatium in fundis Cæſaris patrimonialibus exigitur, ut emphyteuticarii ex temporis poſſeſſione fiant, aut contra. *l. ult. C. de fundis patrimonial.*

5. Apud nos præſcriptione tertiæ partis centum annorum acquiri emphyteuſin teſtatur Grotius *manuduct. ad juriſpr. Holland. lib. 2. cap. 40. num. 19* Ant. Matthæus *paroem. Belgarum JCtor. 9. num. 12.* Et, ſi tanto temporis ſpatio uniformem quis præſtiterit annuam ſolutionem pro prædii uſu, in dubio præſumendum eſt, eum jure emphyteuticario rem poſſediſſe, ſic ut ad annuum illud in poſterum exſolvendum paratus, expelli nequeat, niſi prædii dominus non jure emphyteuſios, ſed locationis, illud annuum ſe recepiſſe probet: quod & abunde cenſeri debet probaſſe, ſi vel ante centum annos illum fundum majoribus ejus, qui nunc jure hereditario eum colit, elocatum fuiſſe doceat: tunc enim magis eſt, ut ex continuato per utriusque ſilentium locationis titulo, juxta *l. item quaeritur 13. §. ult. ff. locati*, ſolutio annua credi debeat interveniſſe, nec præſcriptioni utilis aut directi dominii locus eſſe poſſit. arg. *l. male agitur 2. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* Idemque eſt, ſi in quantitatis annuæ præſtatione variatum ap-

pareat, dum aliis annis minor, aliis major penſio ſoluta eſt; etſi tunc ne de locationis quidem titulo interpoſito dominus fundi docere poſſit: cum enim canonis annui obligatio in emphyteuſi eadem ſemper maneat, quamdiu durat emphyteuſis, nec augeri minuive ſoleat, magis eſt, ut ex illa variatione pro locatione identidem renovata præſumendum ſit. Hieron. Pantſchmannus *part. 1. quæſt. 22. numer. 40.* Menochius *de præſumt. lib. 3. præſ. 108.* Berlichius *part. 2. concluſ. pract. 48.* Carpzovius *defin. for. part. 2. conſtit. 40. defin. 1. 2.* Waſenaar *pract. judic. cap. 7. numer. 11. & ſeqq.*

6. In emphyteuſin concedere poſſunt & eccleſiæ, & municipia, & privati liberam habentes rerum ſuarum adminiſtrationem ac alienandi facultatem. Non ergo minores 25. annis ſine decreto, arg. *l. non ſolum 4. C. de præd. & aliis reb. minor. ſine decreto non alienand.* nec aliter prælatus eccleſiæ rem eccleſiæ, quam ex conſenſu capituli, vel majoris partis ejus; adhibitis iis, quæ ad rerum eccleſiaſticarum alienationem ex jure civili vel canonico requiſita ſunt. *DD. ad tit. juris Canonici extra, de reb. eccleſ. non alienandis.* Zoeſius *ad tit. ff. locati n. 58. in fine.* Covarruvias *2. variar. reſolut. cap. 17. n. 5.* Nec quisquam fundum beneficii eccleſiaſtici ultra tempus, quo ipſe illo beneficio fruitur; ſic ut, mortuo illo beneficii poſſeſſore, prædium liberum ab omni emphyteuſios onere tranſeat in beneficii ſucceſſorem. Reſponſa JCtor. Holland. *part. 4. conſil. 23.* Accipiunt in emphyteuſin omnes illi, qui contrahendo ſe poſſunt obligare; adeoque etiam pupilli autore tutore, etſi decretum magiſtratus deſit; cum ita nulla fiat immobilium alienatio, ſed ſola obligatio ad annuam pecuniæ ſeu canonis ſolutionem naſcitur.

7. Dantur in emphyteuſin res ſolæ immobiles, non item mobiles; tum quia nuspiam in legibus mobilium mentio eſt; tum quia res mobiles non ita recipiunt meliorationem per inſitionem, implantationem, ſimilemque culturam. Parens p. mem. Paulus Voet *tract. de mobilib. & immobilib. cap. 22. n. 2.* Et primam quidem emphyteuſios originem a fundis ſeu ruſticis prædiis incepiſſe, ſatis ipſa evincit denominatio, & inſcriptio hujus tituli *ſi ager vectigalis &c.* ad urbana tamen prædia ipſaque ædificia uſum emphyteuſios fuiſſe porrectum, vix eſt ut dubitemus; nam & ruinas domorum in emphyteuſin perpetuam dari poſſe ad reædificationem, patet *ex auth. ſi quas ruinas*

nas C. de ſacroſanct. eccleſ. novell. 120. cap. 1. §. ult. & cap. & hoc quidem 6. §. 2. & domuum vectigalium mentio eſt in *l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus 26. ff. de damno infecto.* ac licet per domum vectigalem etiam improprie intelligi poſſit *ſuperficiaria* in alieno fundo ex conſenſu aut ratihabitione domini ædificata, cujus nomine *ſolarium*, quod & *vectigal* appellatur, exſolvendum eſt, *l. 2. § ſi quis nemine 17. ff. ne quid in loco publico fiat;* tamen nulla juris ratio obſtat, quominus etiam ædes vectigales in ſenſu proprio pro emphyteuticariis accipiamus, maxime, cum in dubio a propria vocabulorum ſignificatione haud videatur recedendum. arg. *l. non aliter 69. ff. de legatis 3.* Cujacius *ad nov. 7.* Ant. Matthæus *de obligationib. diſp. 22. n. 2.* atque ita molendina in noſtra Hollandia in emphyteuſin concedi, certum eſt. *Inſtructie voor de Heeren van de rekeninge der domeynen van Holland. 27. Martii 1593. art. 92. vol. 3. placitor. Holland. pag. 732.* In annuis reditibus illis, quos immobilibus rebus accenſeri placuit (de quibus *tit. de rerum diviſione*) emphyteuſin conſtitui, non patitur propria emphyteuſios natura, requirens ſcilicet legem melioracionis, qualis melioratio incorporalibus nequit rebus adhiberi. Mantica *de tacitis & ambig. lib. 22. tit. 6. n. 8.* Zoeſius *ad tit. ff. locati n. 60.*

8. Solvendus in emphyteuſi canon annuus domino directo, in reſervati dominii agnitionem & argumentum: qui utrum in numerata pecunia, an vero in fructibus pendatur ex conventione, parum refert; cum utique agriculturæ promovendæ cauſa potiſſimum emphyteuſin adinventam conſtet, adeoque eadem hic quoque ratio militet, quæ in prædiorum locatione penſionem in certa fructuum menſura vel ponderatione dari permiſit. *l. ſi olei 21. C. de locato.*

9. Eſt vero emphyteuſis vel ſecularis, quæ in rebus ſecularibus, vel eccleſiaſtica, quæ in rebus eccleſiaſticis conſtituitur: &, an ſecularis an eccleſiaſtica dicenda ſit, non ex accipientium vel dantium perſona, ſed ex ſola rei datæ conditione æſtimandum eſt. Ac olim quidem eccleſiaſtica tantum ad tertiam usque generationem utriusque ſexus conſtitui potuit, ſic ut primus acquirens eandem haberet cum liberis ac nepotibus; his autem defunctis, aut deficientibus, res iterum ad eccleſiam, unde profecta, rediret, excluſis in univerſum primi acquirentis heredibus extraneis, excluſa & ipſa ejus uxore, niſi nominatim in contractu emphyteuticario uxoris aut mariti mentio

facta esset. *novell. 7. cap. emphyteusim 3. in pr.* Sed jure novissimo etiam rerum ecclesiasticarum emphyteusin in perpetuum posse constitui, sic ut ad cujuscunque gradus heredes sive cognatos sive extraneos devolvatur, sancitum est, solis ecclesiæ Constantinopolitanæ rebus exceptis. *novell. 120. cap. & hoc quidem 6.*

10. Obtinuit insuper usu inductum, ut emphyteusis vel simpliciter concedatur, quodque eodem redit, *pro se & heredibus*, vel certæ familiæ certarumve personarum aut graduum intuitu. Illa ad quosvis etiam extraneos heredes transmittitur: hæc familiam aut personas designatas non egreditur: illa in materia successionis & similibus allodiis cæteris similis est; hæc magis feudalibus comparata, sic ut & multis in locis individua sit, & non omnibus ejusdem gradus, sed primogenituræ jure uni cedat, feudorum exemplo, atque etiam renovatio quædam investituræ petenda sit, sub pœna caducitatis; in quibus tamen admodum variant regionum mores, ut suo loco in materia successionis ab intestato latius dicendum erit. Videatur interim Ant. Matthæus *in paroemiis Belgar. Jurisconf. paroem. 2. n. 37.* Hugo Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holland. l. 2. cap. 40. n. 2. 3. 4. 7.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. 1. & 13.* Rodenburch *de jure conjugum in tract. prælimin. de statutor. diversit. tit. 2. cap. 2. n. 1. pag. mihi 33.* Respons. JCtor. Holland. *part. 3. vol. 1. consil. 45.* Zoesius *ad Pand. tit. locati n. 64. & multis seqq.* Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. n. 4. 5. 6.*

11. Juris emphyteutici constituti effectus est, quod emphyteuta plenissimum habeat fruendi jus, adeoque ad eum omnia fere pertineant, quæ ad fructuarium pertinere, libro sequenti trademus, ut puta, venationum, piscationum, aucupiorum commoda, alluvionis utilitas; modo in his omnibus ut bonus paterfamilias versetur. arg. *l. item 9. pr. & §. 1. 4. 5. 6. l. usufructuarium 62. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Et quamvis ad fructuarium neque thesaurus in fundo repertus pertineat, neque usus fructus insulæ ante fundum fructuarium natæ, *d. l. item 9. §. huic vicinus 4. ff. de usufructu.* arg. *l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. soluto matrimon.* emphyteutæ tamen plus juris hac in parte asserendum, haud dubito: cum enim eundem omne particulare damnum gravet, & ad integri canonis præstationem devinctus maneat, non obstante interitu partis majoris, *l. 1. C. de jure emphyteut.* fas est, ut & augmenta

ei

ei jure emphyteuſios accedant, adeoque & emphyteuſis inſulæ ante fundum emphyteuticarium enatæ; ut ita commoda rei habeat, quem & incommoda ſequuntur. *l. ſecundum naturam 10. ff. de regulis juris.* Anton. Matthæus *de obligation. diſput. 22. n. 4.* Nec animadverto, quid virum doctiſſimum commoverit, ut *in d. diſp. 22. n. 5.* in theſauro reperto aliud, quam in inſula ante fundum nata, ſtatueret; cum non magis inſula talis, quam theſaurus, in fructu ſit, nec minus quam theſaurus, jure dominii in fundo competentis, acquiratur; domini autem nomine is quoque veniat, qui agrum emphyteuticarium, & ejus exemplo, feudalem habet: nam & dominos fundorum talium eſſe emphyteutas, aſſeritur, *l. poſſeſſores 12. C. de fundis patrimonial.* &, cum ex catalogo illorum, qui bonorum immobilium poſſeſſores dicebantur, eliminati eſſent tum creditores hypothecarii, tum uſumfructum prædii habentes; contra, bonorum immobilium poſſeſſoribus, id eſt, dominis accenſiti, qui vel plenam vel nudam habebant proprietatem, vel vectigalem, id eſt, emphyteuticarium agrum poſſidebant, ac propterea a ſatisdatione de ſiſtendo erant immunes: *l. ſciendum eſt 15. pr. & §. 1. ff. qui ſatisd. cog.* quibus adde, theſaurum eſſe fortunæ donum, *l. ſi is, qui 63. §. ſi communis 1. ff. de acquir. rer. domin.* quæ vero felicitate aut infelicitate fortunæ contingunt, ad emphyteutam ſpectant. *d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Placuitque hæc de Theſauro ſententia Argentræo *ad conſuetud. Britann. art. 53. not. 2. n. 6.* Coraſio *ad l. 1. C. de emphyt. n. 17.* Roſenthalio *ſynopſi feudali cap. 5. concluſ. 93.* Burgundo *ad conſuetud. Flandriae tract. 12. n. 15.* Vinnio ad *§. theſaurus 39. Inſtit. de rer. diviſ. n. 3.* Parenti p. m. Paulus Voet *ad d. §. theſaurus num. 5.* Non tamen emphyteutæ licitum, effodere ex agro emphyteuticario terram fictilem figulinæ exercendæ cauſa, aut terram combuſtibilem, longeque minus metallifodinas aut lapicidinas lapidum haud renaſcentium inſtituere vel exercere. Quamvis enim hæc fructuario conceſſa ſint, *l. ſi cujus rei 13. §. inde eſt 5. ff. de uſufructu & quemad. quis utat. l. veluti 6. ff. de ſervitut. praed. ruſtic.* in quantum pretio rutorum cæſorumque utitur fructuarius quodam quaſi uſusfructus jure, ſed cum onere & ſub cautione de eo reſtituendo poſt uſusfructus finem, ut dictum in *tit. de uſufructu n. 24.* tamen ad emphyteutam id extendendum non eſt; quippe qui vel ſub lege meliorationis rem in emphyteuſin accipit, vel ſaltem eam ſecundum mores hodier-

diernos deteriorem efficere nequit: deteriorem vero redderet, pretiique minoris, per metallorum & terræ fictilis ſimiliumque eductionem. Nec hic ita quaſi emphyteuſis in numerata pecunia, ex rutis & cæſis redigenda, concipi aut fingi ſine lege poteſt, uti quidem quaſi uſusfructus ſenatusconſulto inductus fuit. Reſponſa Jurisc. Holl. *part. 2. conſil. 165.*

12. Ex oppoſito, onera quoque emphyteutam fructuarii exemplo ferre nomine rei emphyteuticariæ, neceſſe eſt; quem in finem huc reducenda, quæ plenius *tit. de uſufructu*, tanquam propria ſede, traduntur: niſi canonis indictionisque magnitudo ſuadeat, onus inter emphyteutam & dominum directum dividendum eſſe; uti poſt Jul. Clarum §. *emphyteuſis quaeſt. 46.* Hug. Grotium *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib. 3. cap. 18. n. 14. & ſeqq.* aliosque obſervat. Anton. Matthæus *d. diſput. 22. n. 8. de obligationibus.* Reſponſa Jurisc. Holland. *part. 3. vol. 2. conſil. 331. (revera) 231. pag. 662.*

13. Poſito autem, quod res eccleſiaſticæ oneribus fiſcalibus, domino temporali (ut loquuntur) ſolvendis, exemtæ ſunt, etiam oneribus hisce exemtum fore emphyteutam nomine fundi ab eccleſia in emphyteuſin conceſſi, defendit cum aliis Fachinæus *controverſ. lib. 1. cap. 91.* & hæſitanter Chriſtinæus *vol. 3. deciſ. 120. n. 6.* ea potiſſimum moti ratione, quod ubicunque aliquis rem poſſidet ſui natura immunem ab hujusmodi tributis & penſitationibus, ipſe quoque easdem ſolvere non ſit compellendus; quodque in caſibus, quibus dominus directus ab oneribus huiusmodi publicis immunis eſt, emphyteuta quoque ab eo cauſam habens immunitate eadem debeat gaudere. arg. *l. privatae rei 10. C. de excuſation. munerum.* Adde Tuldenum *ad tit. C. de emphyteuſi n. 6.*

14. Extinguitur emphyteuſis variis modis, puta, lapſo tempore, ad quod conceſſa eſt; vel deficiente familia aut gradu, cui & cujus contemplatione conſtituta fuerat: adeo ut nec poſt finitum tempus emphyteuta ipſe, nec proximiores ultimi poſſeſſoris agnati, qui vi primæ conceſſionis haud admittendi erant, cogere dominum invitum poſſint, ut is emphyteuſin apertam, & ad ſe reverſam, rurſus iis ſub ejusdem canonis lege concedat, & aliis idem forte offerentibus anteponat. Licet enim nonnullis placuerit, inter deſcendentes ultimi poſſeſſoris & collaterales diſtinguere, & illis quidem, at non his, tribuere talem præ aliis prælationem, ut videri poteſt apud Jul. Clarum

rum §. *emphyteuſis quæſt. 43.* vix tamen eſt, ut ex noſtri juris ratione opinio iſta defendi queat: cum utique fas ſimul & æquiſſimum videatur, ut unusquisque ſuo arbitratu de re ſua pleno jure ad ſe reverſa diſponat, & voluntate libera quærat vel probet, uti emtorem ac conductorem, ita & emphyteutam; nec rei ſuæ deſinat arbiter ac moderator eſſe, dum de re ſua cogeretur aliquid facere invitus, arg. *l. pen. C. de contrah. emt. l. in re mandata 21. C. mandati. l. ne cui liceat. 32. C. de locato.* Nec adverſatur *l. congruit pen. C. de locatione praedior. civilium*, cum jus ſingulare comprehendat in utilitatem veterum poſſeſſorum prædiorum civilium idem offerentium: ut commodo hoc penſetur incommodum, quod publicani, qui publico fruuntur, etiam quandoque inviti in conductione ultra conſtitutum tempus retinentur. *l. cotem* 11. §. *ult. ff. de publicanis.* Andr. Gayl. *lib. 2. obſerv. 148. n. 3.* Zoeſius *ad Pand. tit. locati n.* 115. Fachinæus *controverſ. lib.* 1. *cap.* 100. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num. caeterum* 14. Et hæc ita, niſi contrarium conſuetudine inveterata firmatum ſit; Andr. Gayl. *d. n. 3.* uti de eo jure, quaſi per Hollandiam recepto in caſu deficientis familiæ aut gradus, non item temporis elapſi, teſtatur Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 40. n. 23.* & ibi Grœnewegen *in not.* Quo tamen caſu non aliter iſta coacta renovatio videtur admittenda, quam ſi res adhuc integra ſit, dum necdum in alterum rei iſtius emphyteuſis collata eſt; & intra annum, ex quo quis ſcit emphyteuſin extinctam eſſe, renovatio petatur; ac denique dominus directus rem nolit pro ſe retinere, ſed alteri rurſus in emphyteuſin concedere. Vide Jul. Clarum §. *emphyteuſis, quaeſt. 43. num. 3.*

15. Quodſi, finita emphyteuſi temporali, dominus directus anni ſequentis canonem acceperit, ex eo ſolo, quaſi tacito conſenſu, repetita cenſeri non debet in dubio emphyteuſis; etſi in locatione id ita obtinere conſtet ex *l. item quaeritur 13. §. ult. ff. locati.* & Menochio *de praeſumt. libr. 3. praeſumt. 85.* Neque enim a locatione ad emphyteuſin hac in parte argumentum duci poteſt; cum in locatione tantum de temporis brevioris uſu, adeoque minore domini præjudicio agatur, conductione tantum in annum in ruſticis prædiis ex tacito conſenſu continuata: *d. l.* emphyteuſis contra non niſi ad minimum in longum tempus deberet videri repetita. Quo majus ergo appareret domini præjudicium, eo difficilius in illud tacita voluntate

te conſenſiſſe præſumendus eſt. Treutlerus *vol. 1. diſput. 29. th. 10. lit. B. ibique* Bachovius *in not.* Fachinæus *controverſ. lib. 1. cap. 84.*

16. Interitu inſuper rei perit emphyteuſis, & eo quidem totali, non vero partiali: adeo ut ne pars quidem canonis diminuenda veniat, etiamſi fundi pars major perierit: cum tanta requiratur clades, *quae prorſus ipſius rei, quae per emphyteuſin data eſt, faciat interitum.* ut ait Imp. in *d. l. 1. C. de jure emphyteut. §. adeo autem 3. in fine Inſtit de locat. conduct.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 36.* Coraſius *ad l. 1. C. de emphyteuſi num. 15.* Carpzovius *def. for. part. 2. conſtit. 38. defin. 19.* Si tamen canon per ſingula jugera conſtitutus ſit, etiam pro jugerum ex agro emphyteutico pereuntium numero ſeu quantitate canon diminuendus eſſet, eo quod tunc tot diverſæ videntur eſſe emphyteuſes, quot jugeribus prædium emphyteuticarium in prima emphyteuſios conceſſione diviſum eſt. arg. *§. quotiens plures 18. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Jul. Clarus *§. emphyteuſis, quaeſt. 8. num. 8.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 32. & 33.* Idemque ſtatuendum, ſi appareat, in determinanda canonis quantitate habitam fuiſſe fructuum rationem. Etſi enim emphyteuſis originem traxiſſe videatur ab incultis & ſterilibus agris, qui colonum non reperientes mercedem fructibus ſperatis congruam offerentem, in longiſſimum tempus aut in perpetuum, modicæ tantum penſionis annuæ, ad conſervandam veri domini memoriam ſolvendæ, lege concedebantur; conſtat tamen, poſtmodum etiam cultiſſimos ac fertiliſſimos fundos incepiſſe in emphyteuſin concedi, canone majore in conventionem deducto pro fundi bonitate ubertateque; cum potiſſimum in finem, ut diligentius colerent, ac curarent impenſius emphyteutæ, ſcientes ſe in ſuam impendere utilitatem; dum canonem ſolventes non ita metuere debebant dejectionem, atque quidem coloni, quippe poſt finitum modicum locationis tempus locatoris arbitrio depellendi, atque ita non ſibi ſed ſucceſſoribus opera ſua ſumtuque profuturi. Hoc ergo in caſu, uti canon annuus a mercede non diſtat, ita & ad exemplum mercedis diminutio canonis propter partis interitum haud videtur deneganda. Jul. Clarus *d. loco.* Grotius *d. manuduct. lib. 3. cap. 18. n. 7. 8. 9.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 36.* diſſent. Fachinæus *controverſ. lib. 1. cap. 89.*

17. Quodſi

17. Quodſi canon fructibus rei ab initio non reſponderit, ager tamen emphyteuticarius eousque deinceps diminutus ſit, ut pars reliqua non ſufficiat annui canonis ſolutioni; indulgendum emphyteutæ videtur, ut vel canonem arbitrio viri boni diminutum in poſterum præſtet, vel ſaltem emphyteuticum agrum in univerſum derelinquat, atque ita ſeſe annuo ſubducat oneri vectigalis. Ant. Faber *Cod. d. lib. 4. tit. 43. defin. 11. & 36. in pr.* Zoeſius *ad Pand. tit. locati num. 74. & 88.* Charondas *ad conſuet. Pariſ. art. 109. 110.* Louet *lit. D. arreſt. 41. & ibi* Brodeau. Reſponſa Jurisconſ. Holl. *part. 5. conſil. 36.* ibique alii plures citati. Sim. van Leeuwen *cenſur. forenſ. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 17.* quod & conſuetudine receptum eſſe teſtatur Tyraquellus *de retractu gentilit. §. 34. gloſſ. 1. num. 3. & 4.* Quamvis enim etiam ex conventione jus emphyteuſios inducatur, qua alter ad dominii utilis conceſſionem, alter ad canonis præſtationem ſeſe devinxit, nec obligationi ſemel conſtitutæ renunciare liceat, adverſario non conſentiente, *l. ſicut initio 5. C. de oblig. & action.* quo fundamento plures derelictioni locum non reliquerunt. Tyraquellus *de retractu gentilit. d. §. 34. gloſſ. 1. n. 1. & ſeqq.* Treutlerus *vol. 2. diſput. 29. th. 13. lit. D.* ibique Bachovius: non tamen ea tanti ſunt, ut quemquam movere debeant. Etenim, aut canonem concipimus habita fructuum ratione conſtitutum fuiſſe, & tunc fruſtra de emphyteuſis derelinquendæ poteſtate diſputatur; cum canonis remiſſio tunc impetrari poſſit ob partis interitum, ſecundum ante dicta. Aut tantum in agnitionem dominii directi canonis præſtationem impoſitam apparet; & eo caſu nihil vetat, ab emphyteuſios contractu, invito etiam domino directo, reſilire, emphyteuſin derelinquendo; cum nullam emphyteuta tunc domino injuriam faciat, ſed ita pleniſſime agnoſcat directum dominium, ut & totum utilis dominii jus cum directo efficiat conſolidatum. Emphyteuſis ſcilicet tunc potiſſimum emphyteutæ beneficium eſt, uti feudum dicitur beneficium vaſallo a domino conceſſum, licet feudum quoque militiæ & ſervitiorum onera adjuncta habeat; ac proinde jus ſuum derelinquens emphyteuta, totum beneficium ſibi a domino collatum domino reddit. Neque inſuper novum in jure noſtro, ut is, qui rei alicujus intuitu ad onus aliquod & impendia ſubeunda devinctus eſt, rem eandem pro derelicto habendo ab onere illo in poſterum liberetur. Nam & qui oneris

ris ſervitutem, adeoque ſimul parietis vel columnæ refectionem ſuo vicino debet jure ſervitutis, pactionibus & ſtipulationibus aut aliter conſtitutæ, rei ſervientis derelictione poteſt evitare reficiendi neceſſitatem. *l. & ſi forte 6. §. etiam 2. ff. ſi ſervit. vindic.* Nec minus fructuarius, cui dudum incubuerat rei fructuariæ reficiendæ onus, ſi ad refectionem a proprietario jam judicio conventus fuerit, vel ob impenſam a negotiorum geſtore in refectiones jam erogatam actione negotiorum geſtorum contraria interpelletur, abſolvendus eſt ab omni etiam præteritæ refectionis cura ſumtuque, ſi uſumfructum derelinquere paratus ſit. *l. ſi abſente 48. l. cum fructuarius 64. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.*

18. Si tamen prædium emphyteuticarium non a privatis, aut iis, qui privatorum jure utuntur, ſed a fiſco conceſſum fuerit, jure ſingulari obtinuit, non poſſe emphyteutam liberari a canone, etſi derelinquere paratus ſit. *l. quicunque 3. C. de fundis patrimonial.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 11. in fine.* Reſponſ. JCtor. Holland. *d. part. 5. conſil. 36. in med.* Idemque eſt, ſi non caſu aliquo fortuito, ſed manifeſta emphyteutæ negligentia perierit emphyteuſis maxima ſui parte, veluti fluminis edacitate, quam emphyteuta potuiſſet ripæ munitione, boni patriſfamilias more arbitrioque facienda, impedire; vix enim eſt, ut tunc pro derelicto habendo id, quod flumen ex prædio reliquit intactum, canonis ſolutionem in poſterum ſubterfugiat: ne alioquin impunita ſit culpa aut dolus ejus, qui boni viri arbitratu debuerat re frui. arg. *l. is, cum quo 7. ff. de aqua & aquae pluviae arcendae. l. ſed cum fructuarius 65. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* Ant. Faber *Cod. libr. 4. tit. 43. defin. 37. num. 7.* Carpzovius *defin. for. part. 2. conſtit. 38. defin. 19. num. ult.* Facitque huc, quod ſancitum eſt, emphyteuta refugiente retinere rem emphyteuticam, quam dolo ſuo reddiderat deteriorem, poſſe præpoſitos loci venerabilis, ad quem directum pertinet dominium, indemnitatem venerabili loco ex reliquis emphyteutæ rebus impetrare. *novell. 120. cap. ſi vero quis 8. in fine.* Neque de injuria queri poteſt, quod fructus non percipiens ad canonem tamen obligatus maneat; cum culpæ propriæ acceptum ferre debeat, quod congruum ex re emphyteuticaria non capiat emolumentum; jure noſtro & ratione naturali dictante, illum, qui culpa ſua damnum ſentit, non intelligi damnum ſentire. *l. quod*

quis

quis ex culpa 203. ff. de regul. juris. Quibus consequens est, ut, si emphyteuta, cui vel ædificia vel molendina in emphyteusin data sunt, ea corrumpi patiatur, ac ex refectionis defectu in universum collabi, ad integri tamen canonis solutionem obstrictus maneat; sibi quippe imputaturus, quod labefactata atque ruentia non fulserit, vel alia non reposuerit in locum collapsorum, atque ita ex restitutis idem, quod ex pristinis, percipiat emolumentum. Anton. Faber *Cod. libr. 4. tit. 43. defin. 37.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. 18.* Quin &, si emphyteuta fundum emphyteuticarium possidere desierit, dum ab alio vi de possessione dejectus est, sine domini directi consensu aut facto, ideoque fructus non potuerit percipere, non tamen ideo jure canonis annui detrectat solutionem; cum vel interdictis vel ordinariis actionibus impetrare potuerit rei restitutionem, nec re carere videatur, qui actionem habet ad rem recuperandam. *l. is, qui actionem 15. ff. de reg. juris.* Jul. Clarus *§. emphyteusis quaest. 8. num. 5.* Ant. Faber *Cod. d. lib. 4. tit. 43. defin. 33.*

19. Quæ de partis interitu dicta, etiam tunc obtinent, cum insolita sterilitas, aut hostium incursus, aut extra ordinem imposita agris majora tributa atque pensitationes, solitum impendiverunt emphyteusios proventum; eo quod hæc quoque omnia damno particulari, emphyteutam, non dominum, gravanti, accensenda sunt. arg. *d. l. 1. C. de jure emphyt.* Carpzovius *defin. forens. part. 2. constit. 38. defin. 19.* Zoesius *ad tit. ff. locati num. 74.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap. 10. n. 1. 2. 3.* Nec adversatur *l. ex conducto 15. §. Papinianus 4. ff. locati.* Perperam enim verba *hoc idem & in vectigalis damno,* de sterilitate fructuum agri vectigalis plures interpretati sunt: cum potius de vectigalium conductoribus, accipienda sint, qui, si solito minora longe vectigalia receperint durante tempore suæ conductionis conductorum aliorum proprie dictorum exemplo impetrare possunt pensionis promissæ remissionem, quasi ob inexpectatam vectigalium sterilitatem. Plane, si non exiguum, sed fructibus speratis congruum canonem concipiamus constitutum, mercedi in locatione assimilandum, etiam ob sterilitatem insolitam vi divina vel hostium incursu procuratam, remissio canonis concedenda foret, eadem tunc in canone, quæ in mercede, ratione militante. Neque enim alia in locatione causa est, cur ob sterilitatem remissio impetretur, quam quia pensio

fructibus ſperatis reſpondere ſolet: ſi ergo & canon iisdem reſpondeat, iniquum eſſet diverſum ſtatuere in emphyteuſi quam locatione. Nihil in contrarium operante, quod & tunc, cum canon non modicus præſtatur, nihilominus emphyteuſis appelletur; cum non tam nomen conventionis inſpiciendum ſit, quam potius natura atque conditio negotii, quod geſtum eſt. arg. *tit. C. plus valere quod agitur quam quod ſimulate concipitur.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib. 3. cap. 18. num. 7. 8. 9.* Ant. Faber *Cod. libr. 4. tit. 43. defin. 36.* Zoeſius *ad Pand. tit. locati num. 74.* Andr. Gayl. *libr. 2. obſerv. 23. num. 24. & ſeqq.* Jul. Clarus §. *emphyteuſis quaeſt. 8. num. 6. 7.* diſſent. Fachinæus *controverſ. lib. 1. cap. 89.* Tuldenus *ad tit. C. de emphyteuſi num. 4.*

20. Quodſi per incurſum hoſtium non turbata tantum fuerit agri emphyteuticarii cultura, ſed emphyteuta in univerſum expulſus ſit, ſic ut nec colere nec fructus percipere potuerit, quia poſſidere deſierat fundum ab hoſtibus jure belli occupatum; procul dubio, durante illa hoſtili occupatione, a canone liber erit, quaſi rei interitu. Neque enim emphyteuta videri poteſt, qui rem poſſidere nequit, non injuſta privatorum quorundam invaſione occupatam (quæ per imploratam judicis autoritatem impediri vel reparari potuiſſet) ſed jure belli, plenoque adeo dominii jure ad hoſtes translatam. Agros ſane per hoſtes occupatos delinere in priorum dominorum poteſtate eſſe, & hoſtium fieri, expeditum eſt ex iis, quæ vulgo ab interpretibus ad §. *17. Inſtit. de rer. diviſ.* & *ad tit. ff. de captiv. & poſtlim. reverſis* traduntur. Fachineus *controverſ. lib. 1. cap. 90.* Jul. Clarus *d.* §. *emphyteuſis quaeſt. 8. num. 6.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 40. n. 27.* & *lib. 3. cap. 18. n. 8.* Zoeſius *ad tit. Pand. locati n. 89.* Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num. 12.* Carpzovius *defin. for. part. 2. conſtit. 38. defin. 19. n. 8. & ſeqq.* Ant. Matthæus *de obligat. diſput. 22. th. 10. in fine.* Leuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. 21.* Abr. a Weſel *de remiſſ. mercedis cap. 10. n. 3. & ſqq.*

21. Simile de inundatione agri emphyteuticarii judicium eſto; non breviore illa, qua aqua torrentium fluminumve ſubito intumeſcens detumeſcensque annuam non omnino impedit fructuum perceptionem, ſed diuturniore, in annum integrum longiusve tempus continuata, omnemque interim utendi fruendi facultatem denegante. Quamvis enim, aqua deincep iterum

iterum recedente, & proprietario proprietas, & fructuario usufructus, & eorum exemplo emphyteutæ quoque suum restituatur emphyteusios jus, *l. si ager 23. l. 24. ff. quib. mod. usufr. amitt.* inundatione tamen durante, possessio penes emphyteutam non potest videri constituta. arg. *l. cum unus 12. §. ult. ff. de reb. autor. jud. possid. l. possideri 3. §. Labeo 17. l. qui universas 30. §. item, quod mari 3. ff. de acquir. vel amitt. poss.* maxime, si cogites, ab utilitate percipienda potissimum emphyteutam utilem dominum appellari, quæ utilitas inundationis tempore non modo penitus impedita est, sed & omnis commodi interim percipiendi spes; quæ aliter se habent, ubi possessio ac cultura fundi libera fuit, sed conceptam agricolæ spem inopinatus elusit sterilitatis eventus. Wesel *de remissione mercedis cap. 10. num. 3. & seqq.*

22. Præterea emphyteusis finitur, si emphyteuta suam emphyteusin alienaverit, non facta domino directo denunciatione. *l. ult. C. de jure emphyteut.* in totum quidem, si tota, pro parte vero, si pars alienata fuerit: res enim talis est aut jus tale, quod divisionem recipit, eo modo, quo & usufructus jus dividuum est, ideoque pro parte amitti pro parte retineri potest. *l. excepta 14. ff. quib. mod. usufr. amitt.* Quo facit & argumentum a feudo desumtum, quod in totum amittitur, si in totum, pro parte vero, si pro parte tantum alienatum sit. *lib. 2. feudor. tit. 38. de vasallo qui contra constit. Loth. Reg. benefic. alienav.* Et quamvis verum sit, non in omnibus a feudo ad emphyteusin ratiocinium procedere; in hoc tamen tertio cum eadem ratio sit, & alienationis illicitæ pœna in amissione rei alienatæ utrobique consistat, nihil impedit quo minus idem in emphyteusi observetur, quod de feudo manifeste cautum. Jul. Clarus *§. emphyteusis quæst. 13. num. ult.* Tyraquellus *de retractu gentil. §. 23. gloss. 1. num. 28.* Besoldus *delibatis juris ad Pand. h. t. num. 8. pag. 105.* differt. Sande *de prohibit. alienat. part. 1. cap. 4. n. 14. 15.* Ant. Matthæus *de oblig. disp. 22. th. 16.* Wissembach. *ad Pand. vol. 1. disp. 18. num. 37.* Adde quæ in *seqq. h. t.* de parte canonis non soluta. Inductum autem fuit hoc denunciationis requisitum novissima Justiniani constitutione, si non aliud pactis emphyteusi adjectis cautum sit. *l. ult. C. de jure emphyteut.* nulla inter emphyteusin a fisco aut privatis concessam distinctione adhibita, quam quidam admittendam credidere, putantes, emphyteutis fiscalibus remansisse

alienandi potestatem sine denunciationis necessitate; ut videri potest apud Ant. Matthæum *de auction. lib. 2. cap. 6. num. 18. & seqq.* cum potius verum sit, ante Justiniani constitutionem omnibus emphyteutis, & a privato & a fisco emphyteusin tenentibus, potestatem competiisse emphyteusin alienandi, nulla imposita denunciationis necessitate, §. *adeo 3. Instit. de locat. conduct. l. 1. ff. h. t.* arg. *l. 1. C. de fundis patrimonial.* Vinnius *select. quaest. lib. 2. cap. 2. in pr.* sed id in omni emphyteusi fuisse mutatum. Cæterum illud antiquum jus apud nos hodiernis moribus iterum reductum est, alienatione nunc rata existente sine hac denunciationis solennitate; salvo tamen dominis directis circa rem emphyteuticam alienatam jure retractus faciendi intra tempora consuetudine recepta. Neostadius *Curiae supr. decis. 39.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 8. 9. 10.* Carpzovius *defin. forens. part. 2. constit. 38. defin. 13.* Groenewegen *ad l. ult. C. de emphyteusi.* Ant. Matthæus *paroem. Belgarum Jurisconsi. 2. num. 37.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 5.* Adde *d' Instructie voor de Heeren van de rekeninge der Domeynen van Holland 27. Martii 1593. art. 91. in fine vol. 3. placit. Holl. pag. 732.* Quemadmodum ex adverso dominus directus, tum Romano tum hodierno jure, dominium directum in alium transferre potest, etsi emphyteutam propositi sui non reddiderit certiorem; cum lex nulla civilis hujus denunciationis habeat mentionem. Ant. Matthæus *paroem. Belgar. Jurisconsult. 2. num. 39.* Hartmannus Pistoris *lib. 3. quaest. 22. num. 17.* Carpzovius *defin. forens. part. 2. constit. 39. defin. 10.*

23. Posita autem Romani juris observantia circa denunciationis necessitatem in alienatione per emphyteutam facienda, dicendum videtur, poenae commissi locum non esse, si venditio nulla sit ob solennitatum defectum; eo quod odiosa in dubio restringenda sunt, ac pœnæ minuendæ, *l. pen. ff. de poenis.* &, quod nullum est, nullos potest effectus, adeoque nec caducitatem emphyteusios, producere, dominio scilicet apud emphyteutam eundem remanente. Nec aliud dicendum, si conditionalis sit venditio; quippe qua dominium non transit. *l. 2. in fine. l. 3. l. 4. ff. de in diem addict.* vel res vendita quidem, sed traditio nondum facta; cum ne sic quidem res alienata dici possit. arg. *l. traditionibus 20. C. de pactis.* Zoesius *ad Pand. tit. locati n. 97.* Ant. Matthæus *de obligat. disp. 22. n. 14.*

24. Sed

24. Sed nec ſub alienationis appellatione oppignoratio hic comprehenſa eſt; cum jure veteri emphyteuſis æque ac ſuperficies pignori dari potuerit, ſine ullo denunciationis talis requiſito, *l. tutor 16. §. ult. ff. de pignorat. act. l. lex vectigali 31. de pignor. & hypothec. l. etiam 15. ff. qui pot. in pignore*, nec ulla per Juſtinianum in *d. l. ult. C. de emphyteuſi*, mutatio circa pignus facta appareat: quippe quæ de illa loquitur emphyteuſios translatione, quæ pretio interveniente contingit. Neque eadem pignoris, quæ venditionis, ratio eſt; dum ex pignoris conſtitutione fieri quidem poteſt, ut alienatio deinceps ſubſequatur, de præſenti tamen nulla juris emphyteutici translatio fit, nec alius emphyteuta in locum prioris ſuccedit. Julius Clarus §. *emphyteuſis quaeſt. 18.* Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 59.* Radelantius *Curiae Ultraject. deciſ. 17. num. 17.* Idemque de ſervitutum prædialium impoſitione dicendum eſt: nam & ſuperficiario licet ſine domini conſenſu ſervitutes imponere; & ipſi quoque vaſallo; cui alioquin difficilius, quam quidem emphyteutæ, alienatio permiſſa eſt. *l. 1. §. ult. ff. de ſuperficiebus. lib. 2. feudor. tit. 8.* verſ. *rei autem.* Jul. Clarus *d. §. emphyteuſis quaeſt. 21.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 38. defin. 14.* Zoeſius *ad tit. ff. locati num. 109.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 14. 15.* Neque tamen ea pignoris conſtitutio vel impoſitio ſervitutis, domino directo damnoſa eſt; cum, emphyteuſi in commiſſum cadente, pignoris quoque aut ſervitutis jus evaneſcat, juxta vulgatum illud, reſoluto jure dantis jus quoque accipientis reſolvi. *d. lib. 2. feud. tit. 8.* verſ. *rei. l. lex vectigali 31. in fine ff. de pignor. & hypothec.* Zoeſius, Clarus & Carpzovius *d. locis.*

25. Non etiam donatio, aut permutatio, aut legati datio, aut inſtitutio heredis, ad alienationem non ſine denunciatione faciendam referenda; ad id ſcilicet, ut dominus directus donatarium, legatarium, heredem, aut ex permutatione tenentem, oblato juſto emphyteuſios pretio, depellere poſſet, ſibique rem revocare; eo quod in *d. l. ult. C. de jure emphyteut. venditionis, comparationis, pretii, ejusdem quantitatis praeſtandae*, ſimiliumque, a donatione inſtitutione ac legato alienorum, mentio eſt: atque inſuper legibus anterioribus, tum legatum, tum donatio circa rem emphyteuticam permiſſa fuit, ſalvo domini directi jure. *l. 1. C. de fundis patrimonialibus. l. in con-*

ventionibus 219. ff. de verbor. signif. l. si domus 71. §. ult. ff. de legatis 1. Præterea in permutatione quidem insignis ei, qui ex permutatione emphyteusin nanciſci voluit, injuria inferretur, dum fruſtraretur non tantum prædio emphyteuticario, ſed & ſuo proprio in emphyteutam ex permutatione translato, quod forte nunquam venditurus fuiſſet, neque juſto neque duplicato aut majore pretio, emphyteuticarii tamen fundi obtinendi cauſa carere voluit, emphyteuticum ſuo antèponens, ex affectione, qua multis variisque de cauſis in rem quandam mortales duci conſtat. In legato vero & donatione atque inſtitutione per dominum directum, oblato pretio, infirmanda, iniquitas haud abſimilis eſt; dum non modo donatarius vel legatarius, præcipuo ſæpe privaretur commodo donationis, ubi in acceptanda liberalitate qualitatem agelli emphyteuticarii, ſitum, uſum ſibi neceſſarium, aliaque affectionem in rem provocantia, conſideravit magis, quam modicum ac forte ſpernendum ſibi valorem ejus; ſed & is, qui liberalitatem exercet, ſine ſuo excideret, qui eſſe poterat, ut in emphyteuticario prædio perenne extaret liberalitatis in donatarium ſimilesque collatæ monumentum, qualis beneficii memoria in pretio, re fungibili, facile expendenda, aliisve miſcenda, non ita ſolet aut poteſt conſervari. Et hanc ſententiam poſt Donellum *lib. 9. comment. jur. civil. cap. 14.* Manticam *de tacit. & ambig. lib. 22. tit. 28. num. 56. & ſeqq.* Tuldenum *ad tit. C. de emphyteuſi num. 8.* Coraſium ad *l. 3. C. de emphyteuſi n. 9.* Bronchorſt *cent. 1. aſſert. 80.* tuetur Vinnius *ſelect. quaeſtion. lib. 2. cap. 2.*

26. Sive autem denunciatio neceſſaria ſit ſive non, illud ſane inter plerosque conſtat, per donatarium, legatarium, heredem, imo & emtorem, qui ab emphyteuta, liberam habente alienandi poteſtatem ex ſpeciali pacto conſtitutioni emphyteuſios appoſito, comparavit emphyteuſin, præſtandam eſſe, in dominii directi agnitionem, quinquageſimam pretii aut æſtimationis partem: dum enim in *d. l. 3. C. de jure emphyteut.* pretii vel *aeſtimationis* mentio eſt, probabile, pretium ad emtionem, æſtimationem ad donationem, legatum, permutationem, & alia, pretium proprie non recipientia, debere referri. Jul. Clarus *§. emphyteuſis quaeſt. 23. num. 2. 3.* Coraſius *ad d. l. 3. C. de emphyteuſi n. 9.* Vinnius *d. l. 2. quaeſt. ſelect. cap. 2.* Et ſane, cum omnibus his in caſibus emphyteuta novus ſubintret in locum prioris, æquum fuerit, ut is, in quem emphyteu-

ſis

ſis alienata eſt, non autem alienans, quinquageſimam aut aliam, pro vario uſu, pretii partem domino exſolvat, atque ita directum agnoſcat rei dominum, ne videatur pleno velle jure fundum poſſidere: qualis præſtatio *laudimiorum* aut *laudemiorum* venit appellatione; ac apud nos in Hollandia loco quinquageſimæ partis ex pretio, in duplicati canonis ſolutione plerumque conſiſtit. Jul. Clarus *d. quaeſt. 23. num. 4.* Coraſius *d. loco.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 40. num. 12.* Mollerus *lib. 4. femeſtrium cap. 4. in pr.* Carpzovius *defin. part. 2. conſtit. 39. defin. 13. 33.* parens p. mem. Paulus Voet *ad §. 3. Inſtit. de locatione n. 6.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. 5.* Groenewegen *ad l. ult. C. de jure emphyteut. in fine.*

27. Habet vero hæc laudemiorum præſtatio etiam tunc locum, cum emphyteuta ſuam emphyteuſin rurſus alteri in emphyteuſin conceſſit (qualis conceſſio in jure feudali *per libellum* aut *libellario nomine* facta dicitur, & *contractus libellarius* ab interpretibus appellatur) ſi ſecundus emphyteuta ſuam deinceps emphyteuſin vendat: eoque caſu magis eſt, ut non emphyteutæ primo, ſed primo domino directo cedere debeat, quicquid ab emtore velut laudativum ſolvi debuit in dominii directi agnitionem: nam & primo domino directo denunciatio facienda fuit; ut, ſi velit, jus ſuum protimeſios exerceat, ſibique eodem pretio rem habeat emtam; ne alioquin emphyteuta plus juris tranſtuliſſe videretur in emphyteutam ſecundum, quam ipſe habet, idque cum domini directi, laudemiis ita fraudandi, damno. Vide Jul. Clarum §. *emphyteuſis quaeſt. 20. & ibi in notis*

28. Si tamen venditor in emphyteuſios venditione diſſimulaverit laudimiorum onus, æquum fuerit, emtori adverſus venditorem regreſſum dari in id, quod eo nomine domino præſtare obligatus fuit; cum videatur illud onus latentibus rerum venditarum vitiis accenſendum, ob quæ quanti minoris actio ex ædilitio edicto comparata eſt; ac probabile ſit, emtorem, ſi illud onus ſciviſſet, tanto minorem pretii nomine quantitatem fuiſſe oblaturum. arg. *l. quotiens 61. ff. de aedilit. edict.* Carpzovius *d. part. 2. conſtit. 39. defin. 33. in fine.*

29. Quod ſi in prima emphyteuſios conſtitutione id actum ſit, ut pœna debeatur, laudemiis ob alienationem intra certum temporis ſpatium non ſolutis, emtores quidem ſimilesque id

ipsum scientes & solutionem consulto negligentes in pœnam incidere, expeditum est: ignorantibus tamen, quibus fundus ut liber distractus donatusve fuit, & ob id in laudimiorum solutione cessantibus, venia danda, si comperto errore præstare ea parati sint; neque enim facti ignorantia probabilis, quæ & prudentissimos fallere potest, cuiquam nocet. *l. 2. 6. 8. 9. ff. de juris & facti ignorant.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 13. num. 16.*

30. De eo dubitatum fuit, si laudimium pro rata pretii solvendum sit, emphyteuta vero, cum annuum reditum emphyteusi imposuisset, emphyteusin cum illo annui reditus onere divendat, an pretio promisso accenseri debeat sors annui reditus, qui manet impositus, ut ita laudimium majus præstetur? affirmandum id merito censuit Argentræus *ad consuetud. Britann. art. 61. not. 1. num. 6. 7.* Anton. Matthæus *d. tract. de auctionibus lib. 1. cap. 13. num. 12. 13.* cum eo ipso, quo emtor tale onus suscepit, etiam majus pretium videatur solvisse. Cui accedit, quod supra dictum fuit, emphyteutam posse onus rei imponere, ut sibi, non ut domino directo noceat; cui tamen nociturus esset, si ob impositum reditum annuum minoris distracta emphyteusi, non quinquagesimam veri pretii, sed minimæ sæpe partis (dum annuus reditus gravis est) toties penderet emtor, quoties identidem cum illo onere emphyteusis distrahitur. Ex quo etiam conficitur, iniquum non esse, quod ejusdem reditus nomine sic sæpius domino directo laudimium solveretur; neque enim reditus consideratur tunc qua talis, sed magis sors ejus, tanquam justi pretii pars. Ut ergo absurdum non est, pro repetita sæpius alienatione quinquagesimam sæpius solvi pretii partem; ita non injustum, pendi quoque pro ratione reditus impositi laudimium; quia sine adjecta reditus annui impositi sorte justum & proportionatum emphyteusi distractæ pretium non posset videri constitutum. Parumque adeo intererit, utrum pro reditus ipsius prima impositione laudimium domino pro more regionis exsolutum fuerit, nec ne: uti pro irredimibili reditu, illud deberi, non item pro redimibili, Ant. Matthæus *d. loco* observat ex Argentræo *ad consuetud. Britann. art. 16. not. 1. n. 6.*

31. Quia vero pro alienationum numero laudemia totidem quoque solvi necesse est; casus nonnulli non satis expediti sunt. Quid enim, si cum pacto de retrovendendo prædium

um emphyteuticarium diſtractum fuerit, ac redemtio deinceps vi pacti ſequatur? Laudemium quidem pro prima deberi venditione, minus dubium eſſe poteſt, eo quod inficias iri nequit, quin talis venditio perfecta & pura ſit, & accendente traditione dominium a venditore recedens in emtorem transferatur, adeoque vera ſit alienatio, quæ laudemii obligationem inducit, ſeu ejus præſtandi cauſa eſt. Ant. Theſſaurus *deciſ. Pedemont. 75.* Tyraquellus *de retractu convention. §. 6. n. 19. 20.* Dan. Mollerus *ſemeſtr. lib. 4. cap. 3. n. 1.* Zoeſius *ad Pand. tit. locati n. 99. in fine.* Sed pro redemtione poſtmodum interveniente non eſſe rurſus alterum laudimium exſolvendum, pluribus arriſit; quia tunc res emphyteutica magis reddita, quam noviter acquiſita videtur, ac retrovenditio facta ex neceſſitate, & in executionem pacti primæ venditioni adjecti; cui cum dominus ſemel aſſenſum præbuerit, de novo conſenſu ejus opus non eſt. Tyraquellus *d. loco.* Pinellus *ad l. 2. C. de reſcind. vend. part. 2. cap. 3. num. 36.* Mollerus *d. loco num. 2. 3.* Quorum tamen opinioni vix eſt, ut acquieſcas: etſi enim demus, rem magis redditam quam de novo acquiſitam eſſe, in executionem pacti adjecti, ac in illud dominum jam tum primæ venditionis tempore conſenſiſſe, viciſſim tamen & nobis dandum puto, redditionem illam ex nova profluxiſſe cauſa, nova ſcilicet venditione, quæ, licet ex præcedente pacto fiat, a prima tamen venditione etiam ante redemtionem perfecta, & dominii translationem operata, diverſa prorſus eſt; nec quemquam negaturum exiſtimem, quin nova alienatio ac duplicata dominii translatio appareat; altera, qua res a venditore primo in emtorem tranſiit, altera, qua primus emtor mutata quaſi ſcena venditoris partes obtinet, & in redimentem jus illud transfert, quod ipſe prius ſibi pleniſſime paraverat. Alioquin enim, ſi nudam diceres fieri venditionis prioris reſolutionem, & omnia ſic conſideranda eſſe, ac ſi res ab initio manſiſſet inemta; futurum eſſet, ut ne ſemel quidem laudemia deberentur, quaſi deficiente in univerſum alienatione. Cum ergo re ipſa duplex alienatio ſit, ac cujusque intuitu dominus directus agnoſcendus veniat, non poteſt non ad duplicis quoque agnitionis ſignum, id eſt duplex laudemium, jus domino directo videri quæſitum. Quibus accedit, quod in id omnes conſentiunt, venditorem primum citra ſpeciale pactum de retrovendendo redimentem, teneri rurſus laudemium exſolvere. Pinellus *d. loco num. 36.*

quo posito, non animadverto, cur pactum tale primæ venditioni additum, conditionem domini deteriorem redderet, aut jus duplicis perceptionis diminutum; cum pacto tali nulla duplici alienationi mutatio accedat, adeoque nec duplicis laudimii causa tollatur; sed id unum agatur, ut alienatio secunda certior expeditiorque sit, & ad eam faciendam emtor invitus cogi possit, qui, pacto omisso, voluntate arbitrioque suo fuisset distracturus. Nec consensus domini in pactum illud de retrovendendo primæ venditioni adjectum impedimento est duplici laudimiorum solutioni: nam quamvis uno actu consensus in venditionem redemtionemque interponatur, quia tamen in duas alienationes diversis temporibus faciendas conceptus est, tot separatæ considerari debent dominii directi comprobationes, quot alienationes distinctæ sunt, ad quas consensus relationem habet; eo modo, quo tot stipulationes separatæ intelliguntur, quot sunt in stipulatum deductæ res, etiamsi una fuerint verborem conceptione comprehensæ. *§. quotiens 18. Instit. de inutil. stipulat.* Et si a feudis hic argumentari libuerit, cui obsecro, isthoc in jure versato ignotum est, posse dominum directum actu uno assentire vasallo non institutionem tantum, sed & substitutionem fideicommissariam facienti: neque tamen dubium quin laudimia aliaque similia tributa toties exsolvenda veniant, quoties feudi possessor mutatur; utcunque uno consensus instrumento institutiones pariter substitutionesque, quorum necdum extiterat dies aut conditio, firmatas constet. Hanc de laudemio duplici ob redemtionem præstando sententiam defenderunt olim Baldus aliique, ut videre est apud Tyraquellum *de retract. convention. §. 6. gloss. 2. num. 7. & seqq.* Sim. van Leeuwen *censura forens. part. 1. lib. 4. cap. 20. num. 14.*

32. Quid in retractu gentilitio, in redhibitione ob morbum vitiumve, in addictione in diem legeque commissoria juris sit circa laudemiorum simplicem aut duplicatam præstationem, vel restitutionem, ad *tit. de lege commissoria*, & *de aedilit. edicto* dicetur.

33. Quod si emtori emphyteusios post solutum laudemium controversia de emphyteusi per tertium moveatur, ac ab ea deinde discedatur transigendo, laudimia domino directo præstanda iterato non sunt. Sive enim emtor pecuniam adversario dederit, ut is a lite desistat, atque ita penes emtorem res emphyteutica remanserit, nulla videri potest alienatio facta sed tan-

tantum confirmata penitius ei, in quem ex præcedente cauſa habile cum domini directi agnitione, per laudemii ſolutionem facta, jus emphyteuſios translatum fuerat. Tyraquellus *de retract. gentilit. gloſſ. 14. n. 63.* Chaſſanæus *ad conſuet. Burgund. rubric. 11. des cenſes §. 1.* in verbo, *retenue, fere in fine* verſ. *adverte.* Ant. Matth. *de auctionibus lib. 1. cap. 13. num. 15.* Sive ex adverſo actori ceſſerit emtor, &, accepto aliquo transactionis cauſa, poſſeſſionem in eum transtulerit, ea ratione dominii utilis ſeu juris emphyteuticarii alienationem contigiſſe, dici nequit; ne alioquin paratam concordiæ litibusque ſopiendis viam præcludamus, duram adeo atque ſeveram veris emphyteutis legem imponendo, ut vel ex pervicaci poſſeſſoris injuſti contumacia graviores litis moleſtias ſumtusque ad definitivam usque ſententiam ſubire neceſſe habeant; vel modico ad vexam redimendam & poſſeſſionem ab iniquo poſſeſſore recuperandam ſoluto, quaſi novi emtores obnoxii efficiantur laudemiorum præſtationi. Quæ ſetſi Anton. Matthæus *d. loco* tum demum admittat, cum perſpicua & plana prorſus eſt cauſa ejus, qui transactione interveniente poſſeſſionem recuperat, ad eumque caſum reſtringat generaliora Chopini & Argentræi ibidem allegati aſſerta; idem tamen & in caſu, quo dubium penitus incertumque actoris ac rei tranſigentis jus eſt, ſtatuendum puto. Cum enim laudimium pro alienatione debeatur, quo, obſecro, colore alienatum dici poteſt, quamdiu non conſtat, utri ante transactionem vere competierit emphyteuſios jus. Nec juvat diſſidentium ſententiam, quod alienationis appellatione transactio quoque comprehenſa invenitur in *l. non ſolum 4. C. de praediis & aliis reb. minor.* Etenim id ita, ſi de prædiis minoris quæſtio ſit, quæ ne temere aut fraudulenter a tutoribus in pupillorum necem in alios tranſirent, non ad venditiones tantum aliasque alienationes proprie dictas decretum magiſtratus ex oratione Imp. Severi accedere debuit, ſed & ad ea, quæ non niſi improprie & latiori ſenſu alienationis veniebant appellatione, inter quæ procul dubio eſt & de lite dubia transactio. Qua ratione etiam ſervitutum prædialium conceſſio aut remiſſio inter alienationes in præjudicium minorum non ſine decreto permiſſas numeratur, *l. ſed ſi pecunia 3. §. nec uſusfructus 5. ff. de reb. eor. qui ſub. tut. vel cura ſunt, ſine decreto non alienand.* neque tamen ideo pro prædialis ſervitutis impoſitione vel remiſſione laudemii petendi jus domino directo natum eſſe, manifeſtum eſt. Argentræus *tract.*

de

de laudemiis §. 30. Si tamen manifesta collusione id agant litigantes, ut dominum suo laudemiorum jure defraudent, tanta quantitate transactionis nomine data, quanta emphyteusios litigiosæ pretium posset conficere, nulli dubium erit, quin laudemia solvenda sint, dum plus valere debet quod agitur, quam quod in necem alterius simulate concipitur, *tit. C. plus valere quod agitur &c.* Idemque erit, si dominus directus, in tali collusionis probatione deficiens, docere possit, eum, qui per transactionem cessit adversario emphyteutici prædii possessionem, vere emphyteutam esse: quippe quo probato, probata pariter est juris emphyteutici in alium translatio; ad quam laudimiorum præstationes subsequi necesse est.

34. Illud constat, duplicati laudimii obligationem non nasci, si quis alieno nomine emphyteusin emat, cum una tantum alienatio sit, ac una emtio, ex qua ei, pro quo procurator emit, utilis emti actio comparata est, *l. Julianus 13. §. si procurator 25. ff. de action. emti.* sive ipse emtionis tempore nomen domini, cujus mandato emit, expresserit, sive incerto emens nomine secundum mores quorundam intra breve tempus ab emtione celebrata computandum (forte triduum apud nos, exemplo eorum, quæ de parte pretii quadragesima ex rerum immobilium venditione fisco pendenda placitis ordinum cauta sunt *placit. de nummo 40. 16. Aprilis 1671. art. 29. vol. 3. pag. 1011.)* significaverit eum, cujus nomine emta est. Nec distinguendum puto, utrum procurator mandatum exhibeat emtione antiquius, an recentius; ut, si antiquius sit emtione mandatum, non nisi unum debeatur laudativum; sin posterius, duplex; uti vult Ant. Matthæus *de auction. libr. 1. cap. 13. num. 14.* post Argentræum *ad consuet. Britann. art. 71. not. 1. n. 3.* sed nimis anxie, ut opinor, ac scrupulose: si consideres, mandatum solo consensu interponi, sic ut tempus mandati vere interpositi non possit sæpe aliis quam soli mandanti ac mandatario notum esse; & publicam mandati scripturam in hoc casu ne mores quidem nostros exigere; unde facile cuivis foret, in privata scriptura prælato die mandatum fingere emtione antiquius. Et, si maxime doceretur mandatum emtione recentius esse, non tamen ideo duplicem esse emtionem recte dixeris; cum is, qui se alieno aut incerto nomine emere ab initio professus est, se utique noluerit ut emtorem obligare. arg. *l. multum interest 6. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nom.* Aliter, si statim in ipso

ipso emtionis contractu se suo nomine comparare profiteatur, ac brevi post alium suo loco substitui desideret; tunc enim, sive mandatum emendi emtione recentius sive antiquius sit, duplex re ipsa emtio esset, cum nihil vetet, procuratorem mandato emendi pro alio instructum, neglecto mandato, sibi ipsi acquirere, sic ut mandanti ad id quod interest, tunc obnoxius futurus sit, arg. *l. 1. §. per procuratorem 20. ff. de acquir. vel amitt. possess.* duplici autem venditione posita, duplicatum laudemium praestari convenit; frustra dissentiente, circa hanc speciem Argentræo *ad consuet. Britann. d. art. 71. not. 1. num. 3.*

35. Cessat in universum praestatio laudemiorum, nec consensu domini aut denunciatione opus est, si judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo prædium emphyteuticarium uni ex pluribus heredibus consortibusve cedat, reliquis partium suarum pretia pro rata recipientibus. Etsi enim adjudicatio talis emtionem partium includat; tamen, quia hujusmodi alienatio sive adjudicatio necessaria prorsus est, dum ab emphyteusios communione, æque ac cæterarum rerum, recedi quidem suadet discordiarum & negligentiæ periculum, sed abstinendum fuit ab agri vectigalis per regiones divisione, ne canonis praestatio in partes dividatur, *l. communi dividundo 7. pr. ff. communi dividund.* ideoque hactenus hæc judicia divisoria in emphyteutico agro locum sibi vendicant, ut adjudicatio uni fiat, *l. idem praedia 10.* junct. *l. 11. & 12. ff. famil. erciscundae.* consequens est, ut ob eam, ex necessitate factam, laudemia non praestet is, cui in solidum emphyteusis cessit. Costalius *ad d. l. 10. ff. famil. erciscund.* Besoldus *delibatis juris ad Pand. h. t. num. 8. post med.* Argentræus *tract. de Laudemiis cap. 53.* Bronchorst *enant. cent. 1. assert. 85.* Si tamen divisione (casu quo illam mores permittunt) vel adjudicatione facta, unus coheredum deinceps suam partem aut rem adjudicatam in alios iterum transferret coheredes, non dubium, quin laudimiorum obligatio nascatur; cum ita simplex tantum alienatio, extra omnis divisionis considerationem contingat, nec referat, an in coheredem an in extraneum transeat emphyteutæ jus; ut recte observatum ab eodem Argentræo *d. cap. 53*

36. Adhæc extinguitur emphyteusis mora in solvendo canone commissa, triennii quidem in seculari, biennii vero in ecclesiastica. *l. 2. C. de jure emphyteut. novell. 7. cap. emphyteusin 3. §. scire 2.* sive privati in emphyteusin acceperint, sive ecclesiastici

cle-

cleſia, cum lex non diſtinguat. Radelantius *curiae Ultraject. deciſ. 38.* Zoeſius *ad Pand. tit. locati num. 77.* & licet jure canonico mora, ſi non nimia ſit & cum contumacia ac contemtu conjuncta, purgari poſſit, *cap. ult. extra, de locato.* moræ tamen purgationem Romani juris principia non admittunt. arg. *tit. ff. de lege commiſſoria l. Celſus 23. ff. de receptis qui arbitr. recepcr. l. trajectitiae 23. ff. de obligat. & act. l. qui ob rem 35. ff. de condict. indeb.* Fachineus *controverſ. lib. 1. cap. 98.* Vinnius *quaeſt. ſelect. lib. 2. cap. 3. fere in pr.* eo excepto, quod minor, ſi ceſſaverit in canonis ſolutione, reſtitutionem ex capite minorennitatis haud difficulter impetraturus ſit, cum hic non de conventionali ſed legitima præſcriptione agatur; poſito, quod ex lege municipali minoribus præſcriptio currere potuit; quam jure noviſſimo non cucurriſſe minoribus, magis quippe ipſo jure tutis, dictum *tit. de minor. 25. annis.* Quin imo, moribus hodiernis rarior eſt hæc ob canonem non ſolutum commiſſi pœna, frequentiusque vel alia pœna pacto expreſſa, vel duplicati canonis ſolutio annorum neglectorum intuitu moratori imponitur; qua in re regionis cujusque uſus explorandi obſervandique. Vid. Groenewegen *ad l. 2. C. de jure emphyteut.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 11. num. 20.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 26. 27.* Quicquid ſit, quibus in locis pœnam caducitatis adhuc obtinere, probatum eſt, facile tamen ipſis quoque majorennibus venia datur, feſtinatam intra breve tempus ſolutionem offerentibus, convenienter juri canonico *cap. ult. extra, de locat.* vel ſaltem adverſus negligentiam reſtitutio conceditur, quoties nulla apparet in dominum directum contumacia vel contemtus; maxime, ſi probabilis quædam concurrat ignorantia: alioquin contemtu apparente, dum forte emphyteuta etiam interpellatus canonem ſolvere diſtulit aut detrectavit, caducitatis pœnam in ipſa quoque Hollandia alibique locum habere, judicatum eſt, *Sententien van den Hogen en Provincialen Rade 37. 54. 57.* Jac. Coren *obſervat. 22.* Hugo Grotius *manuduct. ad Juriſprud. Holland. lib. 2. cap. 40. num. 27. & ſeqq.* Jul. Clarus *§. emphyteuſis quaeſt. 8. num. 9.* Radelant. *Cur. Ultr. deciſ. 38.* Bugnion *de legib. abrog. lib. 1. ſatyr. 224. ibique* Chriſtinæus *in notis.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 25. in fine.* Berlichius *concluſ. pract. parte 2. concl. 46. n. 16.* Andr. Gayl. *lib. 2. obſervat. 48. n. 4.* Carpzovius *de-*

fin.

fin. for. part. 2. conſtit. 38. defin. 11. Leeuwen *cenſur. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 11. 12.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 2. num. 14. & ſeqq.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 2. conſil. 5.* niſi ſpeciali pacto conſtitutioni emphyteuſios appoſito id actum ſit, ut canone intra certum tempus non ſoluto, emphyteuta cadat jure ſuo; tunc enim, quia pœna non tam legitima, quam potius conventionalis eſt, non inquirendum, interſit, nec ne; ſed id unum, quid circa pœnam conventum ſit. *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri 17. ff. de verb. oblig.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 27.*

37. Si pars tantum canonis ſoluta ſit, non pars emphyteutici prædii, ſed tota emphyteuſis in commiſſum cadit; ſive unus tantum emphyteuta ſit, ſive plures unius emphyteutæ heredes: nam uno quidem ad integri canonis ſolutionem obſtricto, uti nemo alius, ita nec dominus directus particularem tenetur ſolutionem admittere. arg. *l. tutor. 41. §. Lucius 1. ff. de uſuris.* pluribus vero heredibus uni emphyteutæ ſuccedentibus, licet vulgo obtineat, ſingulos non ultra ſuam partem hereditariam ad ſolvendum obſtrictos eſſe, actionibus ſcilicet hereditariis ipſo jure inter coheredes pro rata diviſis; *l. pro hereditariis 2. C. de hereditar. act.* arg. *l. 2. in fine. l. 3. & 4. ff. famil. erciſc.* fallit tamen illud in obligationibus natura ſua individuis; quippe in quibus ne heredes quidem pro parte ſolvendo liberari poſſunt, nec conditio obligationis ex perſona heredum immutari, *l. ſtipulationum 2. §. 1. & 2. ff. de verbor. obligat.* ac proinde, ut unus ex pluribus heredibus dando fundi partem non liberatur a pœna, cum fundum ſe daturum ſub pœna promiſiſſet, *l. in executione 85. §. item ſi 6. ff. de verbor. obligat.* aut præſtando partem debiti non poteſt recuperare partem pignoris; aut denique ſolvendo partem pretii per defunctum debiti, venditorem adigere, ut emtæ rei partem tradat, quia res vendita pro pretio quaſi pignoris jure retineri poteſt; pignoris autem cauſa, atque ita contractum ex emtione quoque æs alienum, individua eſt; *d. l. 85. §. 6. l. fiſtulas. 78. §. 1. ff. de contrah. emt.* junct. *l. Julianus 13. §. offerri 8. ff. de action. emti. d. l. 2. C. de hereditar. action. l. 1. 2. C. de luit. pignor.* ita quoque heredum unus ſuam ſolvendo ex canone partem, impedire nequit, quo minus cum reliquorum ceſſantium partibus pars quoque ſolventis in commiſſum cadat; cum conſtet, individuam eſſe

vecti-

vectigalis præstationem. *l. communi dividundo 7. pr. ff. communi dividundo.* Nec est quod quis excipiat, dividuam esse inter plures coheredes pecuniæ præstationem, in qua annuus canon consistit. *l. stipulationem 2. §. & harum 1. l. in executione 85. §. prima species 1. ff. de verbor. obligat.* Nam & pretii solutio & æris alieni præstatio dividua est: sed uti ipsa nihilominus pignoris causa individua est, ita quoque domini directi agnitio, quæ canonis solvendi finis ac scopus est, divisionem non æque admittit. *d. l. 7. ff. communi dividund.* Minus obstat *l. fraudati 8. §. 1. ff. de publican. & vectigal.* cum diversus plane istac in lege casus sit, ac agatur de re communi per unum ex coheredibus surrepta, fraudandi vectigalis causa; ubi non mirum, solam surripientis partem in commissum cadere, si consideres, nuspiam in jure nostro cautum inveniri, ut unus ex pluribus ejusdem mercis importandæ vel exportandæ dominis integrum teneatur vectigal exsolvere, aut individua sit vectigalis præstatio; uti ex adverso canonis solutionem individuam esse, supra probatum est. Nec refragatur denique, quod pars tantum in commissum cadat, si pars sine denunciatione, domino facienda, alienata sit. Etenim parte alienata solius partis amissio contingit, quia palam est, quæ pars alienata sit, ac per consequens, in qua fuerit parte peccatum; at sola parte canonis exsoluta, non apparet, cujus partis intuitu canonis solutio neglecta sit. Pro hac opinione stat Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 2. cap. 40. n. 29.* Zoesius *ad Pand. tit. locati num. 78.* Tyraquellus *de retractu convention. §. 4. gloss. 6. num. 26.* Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num. sed quid si 19.* Berlichius *parte 2. conclus. pract. 46. n. 21. & 28. & seqq.* Ant. Matthæus *de obligat. disput. 22. n. 6.* dissent. Carpzovius *defin. for. part. 2. constit. 38. defin. 4. 5.* Fachineus *controvers. lib. 1. cap. 97.* Jul. Clarus *§. emphyteusis quaest. 8. n. 4.* Mantica *de tacitis & ambig. convent. lib. 22. tit. 27. n. 16. & seqq.*

38. Quod si emphyteuta partem prædii emphyteuticarii distraxerit, & onera diviserit pro rata parte, ne tum quidem ullum domino præjudicium fit, quominus totus canon, non pars, ei invito obtrudatur; aut quominus ille ab uno eorum, qui partem tenet, solidi canonis faciat exactionem: cum verum utique sit, dividi non debere invito domino vectigalis præstationem. *d. l. 7. ff. communi dividund.* Hugo Grotius *manuduct.*

duct. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 40. n. 11. & 29. Neoſtadius *ſupr. Curiae deciſ. 39.* Leeuwen *cenſur. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. 14.* Eoque facit, quod & tunc, cum annuus reditus fundo impoſitus eſt, diviſio aut alienatio partis iſtius fundi non impedit, quo minus is, cui reditus debetur, unum ex poſſeſſoribus in ſolidum conveniat pro reditus exſolutione. Neoſtadius *Curiae Holl. deciſ. 4.* Neque hic aliud in emphyteuſi fiſcali, quam ea, quæ a privatis conceſſa fuit, ſtatuendum puto; etſi ab Ant. Matthæo *de auctionibus lib. 2. cap. 6. n. 22.* poſt alios traditum videam, in emphyteuta fiſcali ſingulare eſſe, quod alienando emphyteuſios partem poſſit domino directo imponere neceſſitatem dividendi, ac per partes pro rata accipiendi canonis ſolutionem. Laborat enim ſententia illa fundamento erroneo, quod ſcilicet ſine denunciatione ſeu conſenſu domini talis emphyteuta rem alienare poſſit; quæ baſis in ſuperioribus ſubducta, ac contrarium demonſtratum fuit.

39. Usque adeo autem neceſſaria eſt in emphyteuſi canonis ſolutio intra tempora lege vel conventione definita, ut ne interpellatione quidem per dominum directum facienda opus ſit, eo quod dies ſatis interpellat pro homine. *l. 2. C. de jure emphyteut. cap. ult. in fine extra, de locato.* arg. *l. magnam 12. C. de contrah. & committ. ſtipulat.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 15.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. penult.* Quod ſi emphyteuta debito modo realem fecerit intra illud tempus canonis oblationem, ſufficere ea videtur ad evitandam caducitatis aut aliam pœnam, etſi conſignatio ac depoſitio pecuniæ ſubſecuta non ſit. arg. *l. Celſus 23. §. ult.* junct. *l. 24. ff. de receptis.* Et ſane, ſi ſola oblatio moram jam ante commiſſam purget, *l. ſi ſervum 91. §. ſequitur 3. ff. de verbor. obligat. l. qui decem 72. ff. de ſolution. l. interdum 73. §. ult. ff. de verbor. obligat.* quidni longe magis impediat, ne ab initio videatur debitor in mora eſſe. Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 43. defin.* 22. Jul. Clarus *§. emphyteuſis quaeſt. 8. n. 10.* Nec his obloquitur Imp. *in l. 2. C. de jure emphyt.* Quamvis enim dicat, emphyteutam pecunias offerentem, iisdem non acceptatis, ac ob id conſignatis & ſecundum legem depoſitis, minime dejectionis timere periculum; non tamen ad excluſionem nudæ oblationis, ſed quia per depoſitionem indubitata ſecuritas emphyteutæ parata erat. De cætero ſolam quoque oblationem ſufficere, lex illa non negat, & generalia aliarum legum fun-

damenta evincunt: ſic ut ob id fruſtra diſſentiat Coraſius *ad l. 2. C. de emphyt. n. ult.* Nuda tamen non poteſt ſufficere compenſatio, quæ ipſo jure contingit, dum emphyteutæ ad canonem obligato viciſſim dominus directus pecuniam ex alia liquida cauſa debet; eo quod agnitio directi dominii, & conſervatio memoriæ domini directi præcipua canonis ſolvendi ratio eſt; eamque ipſo jure citra factum emphyteutæ interveniſſe dici nequit; adeoque, cum obligatio emphyteutæ non tantum ad debiti pecuniarii præſtationem, ſed & ad facti implementum pertineat, dominii ſcilicet agnitionem, conſequens eſt, idoneos deeſſe terminos compenſationis, ſola quantitatum ſeu rerum fungibilium, non item factorum, debita perimentis. Plane ſi emphyteuta compenſationem domino obtulerit ſolutionis loco, oblatione tali ſatis dominum directum videtur agnoviſſe. Zoeſius *ad Pand. tit. locati n.* 80. 81. Simili ratione, etſi regulariter non ipſe tantum debitor, ſed & alius quilibet pro eo vel jubente, vel ignorante, vel invito, ſolvere poſſit, ut liberatio contingat, *pr. Inſtit. quib. mod. tollitur obligat. l. ſolvere 53. ff. de ſolution.* non aliter tamen hic emphyteuta a caducitatis pœna liber erit, quam ſi vel ipſe ſolverit, vel alius ex mandato ejus. Cum enim dominii directi agnitio voluntatis & animi ſit; non recte dixeris, agnitum eſſe ullo modo dominum directum ab emphyteuta, pro quo ignorante aut repugnante canon ab alio ſolutus eſt. Ant. Matthæus *de auction. libr. 1. cap.* 11. *n. 15.* Quin imo, quamvis in diem debita ante diem creditori etiam invito exſolvi queant, dum dies plerumque in gratiam debitoris adjici conſuevit, qui proinde juri pro ſe introducto recte renunciat, *l. quod certa die 70. ff. de ſolution. l. cum tempus 17. ff. de reg. juris. l. continuus 137. §. cum ita 2. ff. de verb. obligat.* vix tamen eſt, ut emphyteutæ permittatur annorum plurium futurorum canonem in anteceſſum domino directo invito obtrudere: quippe cujus intereſt, ſingulis magis annis, aut ſaltem intra unumquodque triennium, canonis ſolutionem fieri; ne interrupta longiore tempore præſtatio induceret forte dominii directi & emphyteuſios oblivionem, & emphyteuta aut ſaltem ſucceſſores ejus rem teneant ut pleno jure ad ſe pertinentem: ſic ut dies hic potius in creditoris quam debitoris gratiam cenſeatur appoſitus. Jul. Clarus §. *emphyteuſis quaeſt. 12. n. 2.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. holl. lib. 3. cap. 18. n. 12.*

40. Cæter-

40. Cæterum mora in ſolvendo canone per abbatem commiſſa, aut per œconomum, monaſterio vel eccleſiæ nocet, cui emphyteuſis conceſſa fuerat; ſic ut tantum adverſus œconomum eccleſia regreſſum habeat. Molinæus *ad conſuet. Pariſ. tit. 1. des fiefs §. 43. gloſſ.* 1. in verb. *qui denie le fief. n. 63. 73.* Radelantius *Curiae Ultraject. deciſ. 38.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 4. conſil. 172.* verſ. *wat belangt.* Nec minus mariti mora in canone ſolvendo ex prædio uxoris emphyteuticario, uxori damnoſa eſt, non in Hollandia tantum, ubi ampliſſima mariti in res uxorias poteſtas eſt, ſed & Ultrajecti, ſi forte maritus improlis, qui immobilia uxoris illic alienare ſine uxoris conſenſu non poteſt, hanc moram commiſerit, cum hæc alienatio non veniat niſi ex conſequentia actus, & mala adminiſtratione mariti: ſic ut nec reſtitutione uxor adverſus hanc læſionem videatur juvanda. Rodenburch *de jure conjug. parte priore tit. 2. cap. 3. n. 13. pag. 227.* poſt Louet *en ſes arreſts lit. F. arreſt. 15.* ibiq. Brodeau.

41. Poſita autem caducitate emphyteuſios ob moram triennii, dubitatum, an emphyteuta fructus anni quarti, ante declaratam domini directi voluntatem de emphyteuſi avocanda perceptos, reſtituere teneatur? Non teneri, ſuadet invicta juris ratio: fructus enim rei cujusque domino acquiri, præſertim, ſi & rei ſuæ poſſeſſionem habeat, certum eſt; *l. qui ſcit 25. ff. de uſuris.* arg. *l. bonae fidei 48. ff. de acquir. rer. domin. §. item ea 19. Inſtit. de rer. diviſ.* retinet autem emphyteuta dominium tamdiu, donec dominus directus voluntatem declaraverit de utendo jure commiſſi adverſus ipſum in mora ſolvendi hærentem. *l. 2. C. de jure emphyteutico.* Neque in contrarium faciunt deſumta a rerum poſſeſſoribus ac fructuariis argumenta, qui finito uſufructu, vel mala fide ſuperveniente, mox deſinunt ſuos facere fructus rerum fructuariarum aut ab initio bona fide poſſeſſarum; *l. qui bona fide 23. §. tamdiu 1. l. bonae fidei 48. §. in contrarium 1. ff. de acquir. rer. domin. l. ſi fundum 17. C. de rei vindicat. l. ſi pater 5. C. de uſufructu & habit.* cum diverſa plane fructuarii vel malæ fidei poſſeſſoris, quam veri domini, circa fructuum acquiſitionem ratio ſit; emphyteuta autem dominio non excidat ante factam a domino voluntatis declarationem. *d. l. 2. C. de emphyt.* Fachinæus *controverſ. libr. 1. cap. 94.* Molinæus *ad conſuet. Pariſ. tit. 1. des fiefs §. 43. gloſſ. 1.* in verb. *qui denie le fief. n. 34.*

35. 49. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num. accedit quod 15.* Berlichius *concluſ. practi. part. 2. concluſ. 46. n. 48. & ſeqq.* Mynſingerus *cent. 6. obſerv. 83.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 38. defin. 12.*

42. Ceſſat caducitatis, ſeu commiſſi, pœna, ſi dominus directus eam remiſerit. Remiſſio vel expreſſe fit, quod expeditum; vel tacite, veluti ſi dominus poſt lapſum triennii ſciens receperit vel exegerit canonem anni quarti, cum ita non poſſit non videri continuaſſe emphyteutæ jus emphyteuticum, dum canon ſine emphyteuſi eſſe nequit, nec viciſſim caducitatis declaratio conſiſtere ſimul cum canonis exactione. arg. *l. Celſus ait 23. pr. ff. de receptis qui arbitr. recep. l. poſt diem 7. ff. de lege commiſſoria.* Eoque facit, quod res in commiſſum cadit eam præcipue ob cauſam, quod dominus, qui canonis ſolutione agnoſci debuerat, ex mora tali ſpretus ac injuria affectus eſt; injuria autem diſſimulatione aboletur. §. *ult. Inſtit. de injuriis. l. non ſolum 11.* §. *injuriarum 1. ff. de injuriis.* Jul. Clarus §. *emphyteuſis quaeſt. 10. n. 1.* Fachinæus *controverſ. lib. 1. cap. 99.* Beſoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. quaeſt. 10. in med.* Ant. Faber *Cod. libr. 4. tit. 43. defin. 16.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 38. defin. 6. & 7.* Menochius *de praeſumtion. libr. 3. praeſ. 112. n. 19. 20. 21.* Neque his contrarium eſt, quod ſupra traditum, non videri repetitam emphyteuſin, ſi dominus directus finito tempore, ad quod ea conceſſa fuerat, anni ſequentis canonem receperit. Etenim peribat eo caſu emphyteuſis ex conventione, ac apparebat ex prima conceſſione voluntas domini, finem emphyteuſi poſt tempus adjectum imponentis. At hic per modum pœnæ emphyteuſis extinguitur, qualis pœna, tanquam odioſa, facile remiſſa præſumitur; ac præterea necdum erat hic manifeſta voluntas domini de emphyteuſi finienda, ſed adhuc declaranda erat: atque adeo illic jam finita erat per lapſum temporis, ideoque difficilius redintegranda: hic demum per declarationem domini finienda erat, ac propterea facilius continuatio ejus videbatur admittenda. Adde Fachinæum *d. lib. 1. controverſiar cap. 84. in fine.*

43. Quod ſi nil præter triennii ipſius præteriti canonem anno quarto dominus directus acceperit, ſi quidem nulla caducitatis mentione habita, aut reſervato per proteſtationem commiſſi jure, magis eſt, ut & tunc remiſſa cenſeri debeat com-

commiſſi poena, & emphyteuſis ob non declaratam in contrarium domini directi voluntatem continuata. Sed ſi prius caducitatem ſibi placere declaraverit, tum deinde triennii præterlapſi canonem exigat, emphyteuſin ſemel vi declaratæ voluntatis ademtam, renovaſſe eo modo credendus non eſt; præſertim, cum nulla pugna intercedat inter jus commiſſi in futurum, & exactionem canonis ratione temporis illius, quo emphyteuſis duravit, fructusque jure utilis dominii per emphyteutam percepti ſunt. *novell. 120. cap. ſi vero quis* 8. Aug. Barbosa *Collect. Cod. ad l. 2. de jure emphyteut. num. 22.* Menochius *de praeſumt. libr. 3. praeſ. 112. num. 18.* Jul. Clarus *§. emphyteuſis quaſt. 10. n. 2.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 31.* Vinnius *ſelect. quaeſt. lib. 2. cap. 3.* Chriſtinæus ad Bugnion *de legib. abrog. lib. 1. ſatyr. 224.* Nec eſt, ut cum Fachineo *lib. 1. contr. cap. 99. in med.* quis exiſtimet, in emphyteuſi ſeculari exactionem aut acceptationem canonis triennii præteriti omni in caſu ac ſine diſtinctione involvere caducitatis remiſſionem, neque ſimul commiſſi poenam & triennalis canonis exactionem poſſe conſiſtere; cum contrarium evidenter pateſcat ex *d. nov. 120. cap. 8.* & fruſtra excipiatur, illic de ſola agi emphyteuſi eccleſiaſtica, in eaque id ſingulare eſſe, quia jus quæſitum ex caducitate prælatus remittere non debet in præjudicium ipſius eccleſiæ, ut ait Fachineus *d. loco.* Etſi enim emphyteuſis eccleſiaſticæ mentio ſiat in *d. nov.* non tamen ad excluſionem ejus, quæ ſecularis eſt. Eccleſiaſticæ mentio eſt, quia Juſtiniani tempore frequentata magis erat; de cætero eadem in ſeculari ratio eſt, ac proinde idem quoque jus. Quod enim obtenditur ſingularis ratio emphyteuſios eccleſiaſticæ, quia prælatus non poteſt remittere caducitatis jus in eccleſiæ præjudicium, gratis aſſumitur, ac liquido falſum eſt, cum magis ex voluntate præpoſitorum id dependere dicat *novell. 7. cap. 3. §. 2.* verſ. *& volentibus praepoſitis ſacrarum domuum licebit praedia aut domos &c.* & manifeſtius in *nov. 120. cap. 8.* ubi licentia datur venerabili domui ejicere de emphyteuſi; ſi vero noluerint expellere emphyteutam, emphyteuta rem ad tempus definitum retinere dicitur, &, quæ placita ſunt, dare.

44. Tacite inſuper remiſſa cenſeri debet caducitatis poena, ſi poena pecuniaria, aut alia, in conventionem deducta ſit tempore conſtitutæ emphyteuſios, in caſum canonis ſuo

tempore non ſoluti. Tollit etenim proviſio hominis proviſionem legis, quoties proviſio legis tantum facta eſt in ſubſidium, ſeu defectum proviſionis hominis. arg. *l. ult. C. de pactis conventis.* Vide Aug. Barboſam *axiomat. juris uſufrequent. 195.* verbo, *proviſio.* Poenam autem caducitatis demum tunc locum habere, cum alia conventio interpoſita non eſt, apparet ex *l. 2. C. de jure emphyteut.* ubi, cum in principio ſancitum fuiſſet, pactiones in emphyteuticis inſtrumentis conſcriptas, etiam in caſum ſolitarum penſionum non præſtitarum, debere ſervari, ſubjungitur; *ſin autem nihil ſuper hoc capitulo fuerit pactum, ſed per totum triennium neque pecunias ſolverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere.* Eodem modo, quo & poena amiſſionis, ob venditionem emphyteuſios ſine denunciatione factam, tum demum obtinet, cum nulla pactio de alienatione concepta eſt, juxta *l. 3. d. tit. C. de jure emphyt.* Neque adverſatur hisce, quod ſtipulationes poenales non adjiciuntur, ut obligatio fiat infirmior, ſed ut firmetur; quodque per ſubjunctam poenæ ſtipulationem nulla prioris obligationis novatio inducitur. *l. praedia 28. ff. de act. emti. l. apud Celſum 4. §. Labeo ait. 7. ff. de doli mali & met. except. l. pacto convento 15. & 16. ff. de tranſaction. l. reſcriptum 10. §. 1. ff. de pactis.* Quo moti plurimi contrariam ſententiam amplexi ſunt, inter quos Jul. Clarus *§. emphyteuſis, quaeſt. 8. num. 12.* Zoeſius *ad Pand. tit. locati n. 83.* Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. n. quare improbanda 25.* Ant. Matthæus *de obligat. diſput. 22. n. 14.* Etenim etſi per poenæ ſtipulationem non fiat novatio obligationis principalis, ſed ex ea nihilominus ſuperſit agendi poteſtas, tamen id non impedit, quo minus per poſteriorem poenæ ſtipulationem tollatur obligatio ad poenam priorem, quæ vel ex lege vel ex conventione fuerat conſtituta principalis negotii firmandi cauſa. Neque dicam, nullam hoc caſu novationem eſſe, quippe quæ aliud debitum antecedens requirit. *l. 1. pr. & §. 1. ff. de novation.* at vero obligatio ad poenam caducitatis ne nata quidem unquam fuit, ſed demum fuiſſet naſcitura, ſi nulla pactione poenali in canonis non ſoluti eventum fuiſſet proviſum. Ut proinde non tam nova ſubintret poenæ obligatio in locum prioris, ex lege debitæ, quam potius per poenæ conventionalis conſtitutionem impediatur nativitas obligationis ad poenam legalem.

45. Quia

45. Quia vero declaratio domini directi requiritur, ad id, ut exerceat adversus emphyteutam moratorem jus commissi, *l. 2. C. de jure emphyteut.* verbo *volenti ei.* consequens huic est, ut, si dominus directus ipse rem non avocaverit ab emphyteuta ob moram in solutione canonis admissam, nec heres ejus id ipsum possit, si heredis intuitu nulla mora facta sit. Præterquam enim quod pœna commissi est vindicta injuriæ domino illatæ, qui spretus ac contemtui habitus videtur eo ipso, quod non fuit agnitus oblata tempestive canonis solutione, qualis injuriæ persecutio nec in heredem competit, nec datur heredi, §. *1. Instit. de perpet. & temporal. action.* atque etiam concessio in emphyteusin quædam donationis & liberalitatis species est, cujus revocatio ob atrocem injuriam donanti a donatario illatam in primis tantum personis constitit, nec heredi donantis, nec in donatarii heredem tributa, *l. his solis 7. post med. l. ult. in fine Cod. de revocand. donationibus.* certum insuper est, ea, quæ voluntatem alicujus, seu voluntatis declarationem, desiderant (quod & hic desideratur) evanescere morte ejus ante voluntatis manifestationem contingente. arg. *l. si ita expressum 69. ff. de condit. & demonstrat. l. si ita legatum 65. §. illi 1. ff. de legatis 1.* Sed & ex iisdem fontibus ab injuriæ actione ac donationis revocatione petitis profluit, heredi moratoris litem ex mora defuncti non esse movendam ad exercendum commissi jus, si heres ipse in mora non sit. Mynsingerus *cent. 3. observ. 97.* Perezius *ad tit. Cod. de jure emphyteut. n. accedit quod 15.* Carpzovius *defin. forens. part. 2. constit. 38. defin. 9.* Wassenaar *Pract. judic. cap. 2. n. 19.* Responsa JCtor. Holland. *part. 2. consil. 5. in fine.* dissent. Zoesius *ad tit. ff. locati n. 92.*

46. Præterea inter modos, quibus emphyteuta jure suo emphyteusios cadere, aut saltem exui potest, numerata quoque insignis deterioratio, corruptio & abusus enormior rei in emphyteusin datæ, dum arbores frugiferæ exscinduntur aliis haud repositis, terra paludosa effoditur, aliudve simile detrimentum notabile infertur, scienter dolo malo, aut culpa lata. Quod quidem in ecclesiastica extra dubitationem positum est, *d. novell. 120. cap. 8. auth. qui rem C. de sacrosanct. eccles.* sed tamen ad secularem idem quoque non male produxeris; præsertim si emphyteuta, spreta domini directi prohibitione, contumaciter perseveret: non ea quidem ratione, quod & conductor, si male utatur re conducta, expelli ante tempus possit. *l. aede, quam 3.*

C. de locato. Vix enim est, ut a conductore jura debiliora habente, & pensionem fructibus convenientem retinente post expulsionem, argumentum procedat ad emphyteutam, jure fortiori dominii utilis, & nata inde in rem actione munitum, quin & graviorem ex ademtione læsionem subiturum, ut mox plenius dicam. Sed potius, quod ex contextu *d. nov.* 120. *cap.* 8. non appareat, jus illud expellendi emphyteutam ob deteriorationem in ecclesiastica emphyteusi singulare esse, aut peculiariter ob favorem piæ causæ introductum; sed (ut & ante observatum) ecclesiasticæ emphyteusios mentio passim in novellis fiat, quia Justiniani tempore frequentius pia loca, quam privati, solebant in emphyteusin dare, & oborientes de hisce dubitationes constitutionibus Justinianeis præcipue causam præbebant: ut proinde, eadem ratione militante in emphyteusi seculari, quæ est in ecclesiastica, idem quoque jus admittendum sit. Quibus non obest, quod fructuarius ob solum rei fructuariæ abusum ante tempus regulariter expelli nequeat, ut latius dicam *tit. quib. mod. ususfr. amitt. n. 5.* Cum enim proprietario regulariter per cautionem fructuariam adversus omnem corruptionem & deteriorationem abunde provisum sit, necesse haud fuit, amissionis pœnam corruptioni rerum fructuariarum proponere: at nulla talis cautio per emphyteutam interponenda fuit; cui consequens erat, ut amissionis metu absterreretur emphyteuta ab emphyteusios deterioratione, dum cautionis remedio, ad diligentiam in emphyteusi conservanda adhibendam non poterat moveri. Et hanc opinionem, aliis licet argumentis inducti, tuentur Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 60. in med.* Christinæus *ad Leg. Mechlinienses tit. 2. art. 18. n. 4.* Ant. Faber *Cod. libr. 4. tit. 43. defin. 52.* Zoesius *ad Pand. tit. locati n. 110.* Ant. Matthæus *de obligation. disp. 22. n. 18.* Responsa JCtor. Holland. *part. 2. consil. 165.* Wassenaar *pract. jud. cap. 2. n. 18. 20.* & vulgo DD.

47. Præscriptione denique extingui potest emphyteusios jus, dum vel dominus directus definito per leges aut municipalia jura tempore directi & utilis adeoque pleni dominii jure possedit: vel emphyteuta domino directo jus emphyteusios denegavit, a domino interpellatus, aut rem ut liberam & pleno jure suam transtulit in alium, & ex tempore translationis vel abnegati juris emphyteutici præterierit præscriptioni implendæ sufficiens spatium. Nam si tantum illo tempore (veluti

apud

apud nos triente ſeculi) ſimpliciter ceſſaſſet emphyteuta in canonis ſolutione, nec ſibi de cætero plenum actu aliquo arrogaſſet dominium, liberari quidem poſſet per præſcriptionem a canonis præſtatione reſpectu annorum tertiam ſeculi partem excedentium, ſed plenum dominium acquiſiviſſe, cum non ſuo ſed alieno nomine rem emphyteuticam tenuerit, dici nequit. arg. *l. 2.* junct. *l. cum notiſſimi 7. §. ult. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* Ant. Theſſaurus *deciſ. 179.* Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ. 39.* Hugo Grotius *manud. ad juriſprud. Holland. lib. 2. cap. 40. n. 24. & ſeqq.* Ant. Matthæus *paroem. Belgar. JCtor. 9. n. 12.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 3. defin. 17. & conſtit. 38. defin. 15.* Leeuwen *cenſur. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. 25.*

48. Porro, ob ingratitudinem ab emphyteuta in dominum directum commiſſam emphyteuſis revocari nequit; nec ob id, quod dominus directus re emphyteuticaria indigeat ex inopinata cauſa ad proprios uſus: cum id neutro de caſu uſpiam cautum ſit, nec juris analogia id ſuadeat, nec procedat argumentum a locatione ex *l. aede, quam 3. C. de locato* ad emphyteuſin; quippe quæ magis donationi quam locationi hac in parte aſſimilanda eſt, licet non ſit ſimplex donatio. Atque ita difficultatibus in utraque hac quæſtione facile occurritur. Scilicet, donatio ſimplex non eſt; & ideo revocari nequit ob ingratitudinem, cum revocatio talis in ſolis ſimplicibus donationibus, non quibusvis liberalitatis ſpeciebus, locum habeat. Rurſus ad donationem magis quam locationem hac in parte accedit, dum canonis modici ſolutione defungi poteſt emphyteuta, majorem ſperans fructuum annuorum proventum, canoni debito non reſpondentem; & ideo revocari nequit, ubi ipſe dominus incipit re ad proprios uſus indigere.

49. Sed nec ob inficiationem juris emphyteutici, dum ſe emphyteutam eſſe negat, jure ſuo privandus eſt; cum nuſpiam talis emphyteutæ propoſita inveniatur inficiationis pœna, ideoque regulæ locus eſſe debeat, dictanti, *neminem ex his, qui negant ſe debere, prohiberi etiam alia defenſione uti, niſi lex impediat, l. nemo 43. ff. de reg. juris.* adeo ut ne poſſeſſione quidem emphyteuſios ob talem inficiationem, licet dolo factam, videatur ſpoliandus, eaque in dominum directum transferenda, uti ſine fundamento ſtatuit Zoeſius *ad Pand. tit. locati n. 112.* poſt Manticam *de tacitis & ambig. convent. lib. 22. tit. 31.* Neque enim illud probatur per *l. ult. ff. de rei vind.* aut *per nov.*

18. cap. illud quoque 10. cum neutro textu generaliter inficiationis pœna dicatur esse possessionis amissio. Etenim in *l. ult.* solummodo spoliandus est possessor sua possessione, si se possidere neget, rei vindicatione conventus; neutiquam, si alia ratione mendacii convincatur; nec mirum, ei id adimi, quo se sua propria exuit professione. Adde *tit. de rei vind. n. 25.* In novella vero decima octava *cap. 10.* de iis agitur, qui, cum pignorum possessores essent, ac a creditoribus hypothecariis convenirentur, negant rem ejus esse, cujus actor eam esse asseverat; quo probato, cum probata sit actoris intentio, jubentur possessionem in actorem transferre, nulla exceptione opponenda, se jure aliquo potiores esse; qui longe diversus a nostro casus est; ideoque, si lex ibi prohibeat alia defensione uti, in nostro tamen casu cum id non pateat, regulæ superiori standum est.

50. Finita emphyteusis ad dominum directum revertitur, sive a privato, sive a fisco res in emphyteusin data sit, etiamsi forte fiscus generaliter omnes reditus fiscales una mercede publicano elocasset. *Non enim*, (ut Ant. Matthæi verbis utar *tract. de auction. lib. 2. cap. 4. n. 14.*) *commissum tale reditus fiscalis est, sed obventio quaedam ex contractu originem habens, cum proprietate consolidanda. Pensio quidem fisco quotannis praestanda ab emphyteutis et vasallis, est reditus fiscalis; sed commissum feudum vel emphyteusin nemo in reditu computat. Consolidatio illa est proprietatis et ususfructus; vel, ut DD. loquuntur, directi & utilis dominii, quam placuit fieri hac ratione, ne inutilis sit domino proprietas. Foret autem inutilis domino proprietas, vel potius interciperetur ei, si commissam emphyteusin interciperet conductor fiscalium redituum.* Ut tamen fructuum ex prædio emphyteutico commisso percipiendorum commodum conductori redituum fiscalium durante conductione assignandum omnino sit. *Etenim* (ut rursus ejusdem viri doctissimi verba mea faciam) *negari non potest, fructus, quos dominus singulis annis ex commisso percepturus erat, reditum quendam fiscalem esse. Unde, si reditus fiscales locaverit, ad conductorem hi fructus pertineant necesse est. Deinde, antequam committeretur emphyteusis, utique canon emphyteuticus ad conductorem pertinebat: aequum ergo, ut commissa emphyteusi pro canone fructus percipiat, ne delicto emphyteutae fiat deterior conditio conductoris.* Vide plenius eundem,

dem, etiam dissentientium argumentis satisfacientem. *d. tract. de auction. lib. 2. cap. 4. n.* 14. 15. 16.

51. Non tamen potest dominus directus emphyteusi finita emphyteutam propria expellere autoritate. arg. *l. si cujus 13. §. sed si 3 ff. de usufructu et quemad. quis utat. l. non est singulis 176. ff. de R. J.* Eoque facit, quod & creditoribus hypothecariis, qui nominatim pacti sibi erant licentiam ingrediendi possessionem in casum pecuniæ non redditæ, non aliter quam autoritate præsidis possessionem adipisci permissum fuit; *l. creditores 3. C. de pignor. & hypoth.* nec dotis possessionem soluto matrimonio apprehendere sine judicis competentis auctoritate possunt uxoris heredes, *l. dotis actione 9. C. soluto matrimon.* quodque dominii jure excidunt quicunque privata autoritate res suas ab iniquis possessoribus, etiam furibus ac prædonibus, detentas rapere ausi fuerint. *§. 1. Instit. de vi bonor. raptor. §. recuperandæ 6. Inst. de interdictis. l. si quis in tantum 7. C. unde vi.* Ut proinde civiliter accipiendum sit, quod in *l. 2. C. de jure emphyteut.* dicitur, volenti domino directo licere emphyteutam a prædiis emphyteuticariis repellere; de ea scilicet repulsione, quæ, secundum præcepta legum autoritate publica interveniente fit. Fachineus *controverf. lib. 1. cap. 95.* Ant. Faber *Cod. lib. 8. tit. 3. defin. 2.* Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib. 2. cap. 40. n. 30.* Zoesius *ad tit. Pand. locati n. 93.* Perezius *ad tit. Cod. de emphyteusi num. hinc non existimo 16.* Groenewegen *ad l. 2. C. de emphyteusi.* & alii ibidem citati. Usque adeo autem judicis autoritate opus est, ut & petitorio judicio agi oporteret, nec possessorium admittendum esse, decisum fuerit; ut ita lis apud ordinarium judicem agitetur, quæ apud supremum ventilanda esset, si possessorio judicio licuisset experiri, ut argumentatur Coren *observat.* 4.

52. Impensas quod attinet & meliorationes ab emphyteuta emphyteusi durante factas, distinctione opus est. Aut enim secundum primam emphyteusios constitutæ legem melioratio facta est; aut ultra id, quod ex prima emphyteusios conventione impendendum ac in statum meliorem reducendum erat, alia utiliter erogata sunt. Priore casu sine ullo refusionis onere penes dominum directum eas remanere, rationis est, sive culpa

culpa emphyteutæ, ſive ſine culpa ejus, lapſu temporis, aut generationis defectu, emphyteuſis extincta ſit: cum eas ex conventione & natura rei emphyteuta fecerit, adeoque neceſſitate obligationis urgente; ſic ut veluti canonis mercedisve pars eſſe videantur, canone ſcilicet viliore impoſito, propter adjectam meliorationis conditionem, qua omiſſa potuiſſet juſta merces in pactionem deduci. arg. *l. fundi partem 79. ff. de contrah. emt. l. ſi venditor 6. §. 1. in fine ff. de ſervis export.* At caſu poſteriore deducere eas, emphyteuſi finita, emphyteuta prohibendus non eſt, ſive ſine culpa ejus emphyteuſis evanuerit, ſive ob alienationem aut moram in ſolvendo canone commiſſam utili dominio emphyteuta ceciderit; cum nuſpiam hæc culpæ pœna inveniatur propoſita, ſed magis ea, quæ in emphyteuſios amiſſione conſiſtit: neque æquum eſt, bis eum pœnam luere, rem amittendo ſimul & meliorationem, qui ſemel quidem deliquit rem alienando, canonemve non ſolvendo; ſed impendendo in rem, cujus dominium utile impendii tempore habebat, nullius potuit videri culpæ reus. Qua ratione multis aliis in caſibus receptum fuit, impendia repeti poſſe in rei meliorationem per eos facta, qui ex conventione non fuerant ad ea devincti, ne contingeret, alium cum jactura alterius reddi locupletiorem: nam & colono ad meliorandum haud obligato repetitio data eſt. *l. dominus 55. §. 1. & l. pen. ff. locati cond.* Et commodatario ac creditori in rem commodatam aut pignus expendenti. *l. in rebus 18. §. poſſunt 2. ff. commodati. l. ſi neceſſarias 8. ff. de pignorat. act.* Vaſallo quoque domum in prædio feudali ædificanti, ſecundum ſcriptas feudorum conſuetudines, *lib. 2. feud. tit. 28.* verſ. *ſi vaſallus.* denique fructuario & fiduciario heredi impenſas graviores in rem fideicommiſſariam aut fructuariam facienti. *l. domus 58. ff. de legatis 1. l. qui exceptionem 40. §. ſi pars 1. ff. de condict. indeb. l. eum, ad quem 7. C. de uſufructu & habit.* Quibus conſequens eſt, ut dicamus, ea, quæ de meliorationibus haud repetendis in caſu, quo per culpam jure ſuo emphyteuta ceciderit, traduntur in *l. 2. C. de jure emphyteutico*, ad eas reſtringi debere, ad quas ex contractu emphyteuſios emphyteuta devinctus erat. Fachineus *lib. 1. controverſ. cap. 92.* Bronchorſt *miſcellan. cent. 1. aſſert. 45.* Befoldus *delibat. juris ad lib. 6. ff. h. t. quaeſt. 11.* Zoeſius *ad tit. Pand. locati*

locati num. 114. Perezius *tit. C. de jure emphyteut. num. quibus verbis 21.* diſſent. Sande *decif. Friſic. lib. 3. tit. 6. defin. 6.* & plures ibidem allegati.

53. In recuperandis autem meliorationum impenſis videndum, utrum impenſa gravior ſit, quam melioratio, quæ inde provenit; an ex adverſo melioratio major fuerit, quam quantum eſt id, quod vere impenſum eſt; eodem modo, quo id in bonæ fidei poſſeſſore obtinere, ſupra *tit. de rei vindicat. num. 36.* probatum eſt; cum nulla inter emphyteutam & bonæ fidei poſſeſſorem ratio differentiæ hac in quæſtione appareat. Adde Abrah. a Weſel *de connub. ſociet. tract. 2. cap. 2. num. 169. 170. 171. 172. 173.*

54. Emphyteuſios occaſione, quæ de contractu cenſuali ac cenſu dici poſſent, tractanda magis in *lib. 50. tit. de cenſibus.* Et de libellario contractu, plura forte dicenda, ubi feudorum jura enarrabo.

LIBER SEPTIMUS.

TITVLVS PRIMVS.

DE VSVFRVCTV, ET QVEMADMODVM QVIS VTATVR FRVATVR.

SVMMARIA.

1. *Quid ſit ſervitus in genere, & quotuplex; an detur ſervitus, qua perſona ſervit rei?*
2. *Servitus perſonalis, uſusfructus, uſus & habitatio an in realem degenerare ex conventione poſſit?*
3. *Defenditur diviſio uſusfructus generaliter conſiderati in* caufalem & formalem. *Quando uſusfructus ſit, vel non ſit, dominii pars? licet ſit pars dominii, non tamen eſt pars fundi.*
4. *Quis ſit in praxi uſus hujus diviſionis in cauſalem & formalem, maxime, poſito ſtatuto, ne conjuges ſibi invicem legent ultra bonorum uſumfructum?*
5. *Conſtituitur uſusfructus pure, in diem, ſub conditione. Rendente die vel conditione, proprietarius uſumfructum habet. Si quis alteri leget uſumfructum in quinquennium, & eo lapſo uſumfructum, vel plenum rei dominium Titio cedere jubeat, quis uſumfructum habet, fructuario maturius moriente? quis, ſi teſtator uni pure proprietatem, alteri uſumfructum ſub conditione, vel etiam inutiliter ac contra leges reliquerit?*
6. *Quibus in caſibus acquiratur uſusfructus ex legis diſpoſitione?*
7. *Quomodo per praeſcriptionem, adjudicationem in judiciis diviſoriis, conventionem, aut ultimam voluntatem?*
8. *Si Titio fundus legetur, Maevio ejusdem fundi uſusfructus, quid Maevius ſit habiturus jure Romano & moribus?*
9. *Non ſolus uſusfructus, ſed plena proprietas data creditur, ſi domus certa ad inhabitandum, fundus ad alimenta legetur; vel ſi fructuarius gravatus ſit onere reſtituendi ex fideicommiſſo res fructuarias tertio.*
10. *Idem eſt, ſi legans uſumfructum addiderit prohibitionem alienationis, vel fructuario injunxerit, ut rei fructuariae ſervitutem imponeret.*
11. *Idem, ſi uſusfructus legetur cum libera alienandi poteſtate, quo caſu ad dodrantem usque alienatio permiſſa eſt: ſecus, ſi tantum alienandi poteſtas in caſu neceſſitatis vel indigentiae adjecta ſit. Si tamen*

men non usufructus, *sed* bona *legentur, & addatur prohibitio alienationis, vel licentia alienandi in casu necessitatis, proprietas cum onere fideicommissi legata videtur.*

12. *Quid juris sit secundum juris rigorem, & secundum aequitatem, si testator Titium in omnium suorum bonorum usufructu instituerit, vel legati titulo ei dederit, & adjecerit, se post Titii obitum instituere heredem Maevium?*

13. *Quid differat quantum ad effectus juris, utrum alicui nudus ususfructus intelligatur relictus, an vero proprietas cum onere fideicommissi?*

14. *In quibus rebus ususfructus constitui possit? etiam in sterilibus; etiam in feudalibus, adhibitis requisitis; etiam in omnibus bonis, modo nihil fiat in praejudicium legitimae, aut falcidiae, aut l. 6. C. de secund. nupt.*

15. *Quae contineantur sub usufructu omnium bonorum; an & calendarii? an rerum demum post conditum testamentum quaesitarum? an rerum, quarum testator nudam habebat proprietatem, si post ejus obitum ususfructus prior demum ad proprietatem revertatur?*

16. *An, & quousque id, quod ex memoriali tabellionis scriptura post ejus obitum redigi potest, si tabellio legaverit usumfructum?*

17. *An ususfructus rei alicujus singularis, alteri simpliciter legatae ante vel post legatum omnium bonorum usumfructum?*

18. *An bonorum feudalium?*

19. *Non rerum per testatorem ex fideicommisso restituendarum extraneo, vel ipsi heredi instituto; nisi id nominatim testator voluerit. Quod tamen cum effectu velle nequit conjux, posito statuto, ne tonjuges sibi invicem gratificentur ultra bonorum suorum usumfructum. Jus tamen plane singulare hac in parte obtinet Ultrajecti.*

20. *Constituto usufructu, proprietarius nihil agere regulariter potest in praejudicium fructuarii: an servitutem imponere rei fructuariae? aut remittere eam, quae praedio fructuario constituta est? jus tamen suum circa proprietatem exercere potest; quaedam etiam facere, quae fructuario nocent.*

21. *Qui habet usumfructum aedium, qualia commoda sentiat, an & stabulo in continenti posito & horto aedium causa parato uti possit? quid praeterea facere vel non facere? an tollere ea, quae non jure fecit, vel fructuarius vel proprietarius?*

22. *Recensentur plurima, ei cedentia, qui fundi vel horrei usumfructum habet: ubi & de caedenda arundine vel lignis ex sylva caedua, deque arboribus grandioribus ex sylva non caedua caedendis; de arboribus infrugiferis non exstirpandis, ut frugiferae reponantur, aliisque similibus.*

23. *De alluvione fundi fructuarii, & insula ante fundum fructuari-*

ctuarium nata; deque reditu venationum, piscationum, aucupiorum, & in quo proprie hi reditus constiterint? & quo sensu in fructu sit venatio?

24. *Quid juris circa fundi fructuarii metalla & lapides, metallifodinas jam apertas vel aperiendas, lapicidinas, in quibus lapides renascuntur, vel non? & an fructuarius fundo fructuario casam aut aedificium imponere possit?*

25. *Quantum cedat fructuario, cui reditus vitalitii ususfructus competit? Quid juris in usufructu navis, vestis, jumenti?*

26. *Plenius enarratur, quid percipiat, quidve possit, qui usumfructum servi, jumenti aut pecoris habet, quibus ministeriis aut operis addicere? &c.*

27. *In usufructu castri vel territorii cum appendentiis, quid capiat fructuarius, an habeat jus patronatus, collationem honorum & munerum, & an vis collationis per eum factae evanescat morte ejus? quid de mulctarum poenarumque, census, canonis, laudimiorum, & aliis compendiis, bonis vacantibus, publicatis, bonis hominum adscriptitiorum seu talliabilium, ac ipsis praediis talliabilibus, & emphyteuticariis ad dominum revertentibus?*

28. *Quando fructuarius fiat dominus fructuum; quando bonae fidei possessor? & quae sit ratio differentiae inter hos? qua occasione de fructibus, qui tempore inchoati ususfructus, vel ejusdem finiti, pendebant, sed maturi; & an impensae in sationem & similia tunc refundendae sint?*

29. *An & quando fructuarius, etiam fructus immaturos a solo separare possit?*

30. *Fructus civiles, id est, pensiones & usurae anni postremi, an, & quousque cedant fructuario?*

31. *Quo tempore censeantur fructus percepti esse, ut cedant fructuario, cum de dignitatum munerumve collatione, laudimiorum, mulctarum poenarumque compendiis, tanquam fructibus civilibus, quaestio est?*

32. *Potest fructuarius petere possessionem rei fructuariae; usumfructum alteri vendere, locare, gratis concedere, pignori obligare, non tamen ultra durationem ususfructus. An & judicati exsequendi causa ususfructus pignori capi possit?*

33. *Potest & omnia arcere, quae usuifructui obsunt. An opus novum nunciare? An damni infecti cautionem exigere, & cui prosit missio ex secundo decreto ob cautionem non praestitam? An, si usumfructum omnium bonorum legatum habeat, actiones hereditarias in rem & in personam contra possessores & debitores exercere utiliter sine speciali mandato proprietarii?*

34. *Quoties agere potest contr? tertios possessores aut debitores hereditarios, etiam recte petit, sibi a proprietario edi instrumenta ad litem necessaria.*

35. *Quae onera ferat fructuarius? impensas in fructuum per-*

perceptionem, multarum exactionem, juris sui fructuarii assertionem; non item in litem, quam pro rerum fructuariarum proprietate aut debitorum exactione sustinuit; quas finito usufructu deducit.

36. *Modicam refectionem tenetur facere, non item graviorem impensam, si quae vetustate corruant. Quid juris, si fecerit tamen?*

37. *Solvere tenetur tributa, stipendia, viarum, aggerum refectiones, canonem, censum, solarium; an & annuos reditus personales aut reales? an alimenta debita ab eo, qui usumfructum legavit? an annua a defuncto relicta tertio?*

38. *An & graviora tributa hostibus soluta incendii imminentis arcendi causa? vel impendia in novum aggerem, cum agri diutius a mari fuissent occupati, an vicesimam successionis collateralis; centesimam, ducentesimam &c. ex moribus Hollandiae?*

39. *An fructuarius pensiones solvat, si testator fundos aut aedes in quinquennium conductas habens, usumfructum eorum alteri legaverit?*

40. *Fructuarius ex fructibus non solvit aes alienum defuncti, nec pensitationes, census, alia onera rei fructuariae impositа, quorum dies cesserat vivo testatore.*

41. *Quam culpam praestet fructuarius? an derelinquendo usumfructum, possit se subducere reparationi damni culpa dati?*

Cum inter judicia in rem confessoria quoque ac negatoria actio numeretur, necesse fuit, ut exactior praemitteretur discussio servitutum, quae confessoriae actionis fundamenta sunt; ac in genere dici possunt jura in re alterius alteri constituta, quibus res alteri quam domino commodum adfert contra dominii naturam. Harum aliae personales sunt, quoties scilicet res personae servit; aliae reales, quoties res servit rei, praedium praedio. Praeter quas aliae non dantur, quibus persona serviret rei: etsi enim ex Papiniani & Modestini responsis testatrix servis libertatem testamento ea potuerit lege dare, *ut monumento defunctae alternis mensibus lucernam accendant, ac solennia mortis peragant*, vel, *ut a monumento non recedant*, vel, *ut in certa civitate domicilium habeant;* adeo ut officio quoque judicis compellendi fuerint jussioni testatoris parere, jam liberi facti: *l. Maevia 44. ff. de manumissis testam. l. Titio centum 71. §. Titio centum 2. ff. de condit. & demonstrat.* non tamen inde ullum recte elicueris servitutis jus; eo quod servitutum non ea natura est, ut quis quid faciat, sed ut aliquid patiatur, aut non agat. *l. quotiens 15. §. 1. ff. de servitu-*

tibus. cum ex adverſo libertis in ſpecie dictarum legum ad factum obligatio impoſita inveniatur, & judicialis ad illud implendum conſtrictio. Atque inſuper ita ſtatuendum foret omne legatum ſub modo relictum ſervitutem in ſe comprehendere; quod abſurdum. Leve vero eſt, quod de adſcriptitiis ſervis adducitur; quippe qui, etſi glebæ addicti, tamen non tam fundo, quam potius fundi domino creduntur ſervire. arg. *l. quemadmodum 7. l. agricolarum 18. C. de agricolis & cenſitis.*

2. Perſonales ſervitutes præcipue tres ſunt, uſusfructus, uſus & habitatio. Quamvis enim haud videatur eundum inficias, quin eæ, quæ natura ſua reales ſunt, ex voluntate conſtituentium in perſonales degenerare queant, ut dicetur *tit. de ſervitutibus;* tamen, cum hæ tres ita perſonales ſint, ut ne ex conventione quidem ſpecifica fieri reales poſſint, uſufructu & uſu perſonam deſiderante, cujus oſſibus inhæreat, & natura habitationis vel juxta ſenſum communem repugnante, quominus prædio conſtituatur, merito etiam ſolæ perſonalium nomen per excellentiam ſortitæ ſunt.

3. Uſusfructus in genere eſt jus percipiendi fructus ex aliqua re, ſive propria jure dominii, ſive aliena jure ſervitutis, ut colligi poteſt ex *l. ſi cum argentum 21. §. ſi fundum 3. ff. de except. rei judicatae. l. neceſſario 8. §. ult. ff. de peric. & commodo rei vend. l. ſi is, qui* 11. *§. uſusfructus 2. ff. de pignor. & hypoth.* & a DD. recte in cauſalem & formalem diſtinguitur, ut multis docet Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap.* 1. Cauſalem dicunt, quoties jure proprietatis fructus percipiuntur, adeoque uſusfructus cum ſua cauſa ſeu proprietate conjunctus, vel, ut Julianus ait, *proprietati mixtus* eſt, *l. ſi tibi 4. ff. de uſufr. accreſc.* vel, ut Pomponius, *ex eadem cauſa, ex qua & fundus meus erat, meus eſt, d. l. 21. §. 3. ff. de except. rei judicatae.* Qualis ad ſervitutum genus haud pertinet, eo quod nemini res ſua ſervit. *l. uti frui 5. pr. ff. ſi uſusfruct. pet.* Formalem appellant, qui a proprietate ſeparatus eſt, ac definitur, jus alienis rebus utendi fruendi ſalva rerum ſubſtantia. *l. 1. ff. h. t.* Si quis *cauſalis* & *formalis* denominationem veluti horridam barbaramque non ferat, is cogitet, interpretes juris noſtri veteres docendi cauſa nomina talia rebus in jure noſtro occurrentibus impoſuiſſe, quod hæc ad exponenda animi ſui ſenſa

ſenſa & intelligenda veterum Jurisconſultorum ſcripta crediderunt aptiſſima, etſi forte non omnem redolentia elegantiam Latinitatis. Quanquam nec tanta, quantam nonnulli putant, barbaries in hisce eſt: etenim inter pretium *praeſens* & *formale* diſtinxit Ulpianus, *l. in lege falcidia 62. §. 1. ff. ad leg. Falcid. Praeſens* appellans, cum ſecundum rei veritatem res æſtimatur, adeoque pretium rem comitatur; ita ut inter rem pretiumque cum re collatum juſta proportio ex communi hominum uſu & utilitate præſente inveniatur, ac rem habens pretium intelligatur habere, dum omni tempore eam publice poteſt diſtrahere; nec pluris res valere cenſetur, quam quanti publice vendi poteſt: *formale*, cum non communi, ſed ex affectu peculiari & utilitate vel arbitrio ſingularis perſonæ, definitur; veluti ſi quis ſervum ſuum, ſimulque filium naturalem, magno æſtimet, quod eum, ſi alius poſſideret, plurimo fuiſſet redemturus. *d. l. 62. §. 1.* junct. *l. pretia rerum 63.* & *l. quod bonis 15. §. ult. ff. eod. tit.* Sicut ergo formale pretium a re diſtinctum prorſus ac ſeparatum erat, nec rei præſens, ita ad exemplum ejus, uſumfructum quoque formalem appellari, qui a proprietate ſeparatus eſt, nec quicquam cum dominii jure commune habet, quid quæſo vetat? Sed ne ulterius de nomine diſputatio protrahatur, vocabulis magis Latinis, magisque rei deſignandæ aptis hæc denotari facile patiar, ſi quis ea nobis ſuggeſſerit: illiberale enim ſcio de nominibus ſolis certamen eſſe, &, ut Cicero, *vitioſum eſſe*, *controverſiam intendere propter nominum mutationem:* dum modo viciſſim concedatur, rem ipſam, duplicem ſcilicet uſumfructum Romanæ jurisprudentiæ autoribus haud incognitum fuiſſe, alterum, qui a proprietate ſeparatus eſt, alterum, qui eandem comitatur: de quo nec dubitare ſinunt manifeſta adeo juris loca: nam & Paulus *in l. ſi ita 126. §. Titius 1. ff. de verb. oblig.* tradidit, *minus eſſe in eo uſufructu*, *quem per ſe quis promiſit* (id eſt ſeparatum a proprietate) *quam in eo*, *qui proprietatem comitatur:* & de eo, qui primitus nudum habebat uſumfructum, ac poſtea rei fructuariæ proprietatem adeptus fuit, Pomponius proponit, uſumfructum peti, *qui ex illa cauſa*, *ex qua fundus meus erat*, *meus factus eſt*, priorem alium, alium poſteriorem uſumfructum eſſe, *quoniam poſtquam nactus ſum proprietatem fundi*, *deſinit meus eſſe prior uſusfructus*, *& jure proprietatis*, *quaſi ex nova cauſa rurſus meus eſſe coepit*, *l. ſi cum argentum 21. §. ſi*

fundum 3. ff. de except. rei judic. Quibus similia occurrunt in *l. necessario 8. §. ult. ff. de peric. & comm. rei vend. l. si is, qui 11. §. usufructus 2. ff. de pignor. & hypoth.* Firmaturque id ipsum ex eo, quod ususfructus dicitur *a proprietate separationem recipere*, *§. 1. Inst. h. t.* & is, qui proprietatem habet, non habere *separatum utendi fruendi jus*, *l. uti frui 5. ff. si usufr. pet.* quæ sane ususfructus separatio præcedentem involvit ejus cum proprietate conjunctionem. Denique non leve momentum adfert, quod Paulus *usumfructum in multis casibus dominii partem esse* testatur. *l. ususfructus 4. ff. h. t.* Quod ut magis manifestum evadat, considerandum, toties usumfructum esse dominii partem, vel saltem *portionis instar obtinere*, ut Papinianus loquitur in *l. cum filius 76. §. dominus 2. ff. de legatis 2.* quoties cum proprietate conjunctus est: qui enim eundem habet cum proprietate conjunctum, plenum dicitur habere dominium, sic ut, ex quo ad proprietatem ususfructus reversus est, *nudae proprietatis dominus incipiat plenam in re habere potestatem. §. ult. Inst. h. t. l. cum in fundo 78. ff. de jure dot.* plenum autem illud dominium, duabus quasi partibus integrantibus, proprietate scilicet & usufructu constare, evincitur aperte ex *l. qui usumfructum 58. ff. de verbor. oblig.* dum is, qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis dicitur ei, *qui partem fundi stipulatur*, *deinde totum; quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur*: uti & ex *l. si tibi 6. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum. l. si alii 19. ff. de usu & usufr. legato. l. si tibi proprietas 4. ff. de usufr. accrescendo.* Atque hinc est, quod, ubi reus principalis fundum debet, fidejussor recte in usumfructum accipitur, in quem accipi non potuisset, si ususfructus non esset considerandus ut dominii promissi pars, *l. si a reo 70. §. si reo 2. ff. de fidejussor.* quodque testator, si primo *fundum legaverit, deinde vel solum possit* usumfructum adimere, proprietate nuda in legato remanente, vel vice versa adimere proprietatem, sic ut solus ususfructus in legato relinquatur; *l. fundo 2. pr. & §. 1. ff. de adimend. vel transf. legatis.* quod fieri non posset, si usufructu & proprietate, tanquam partibus, non constaret plenum dominii jus; cum adimi testamento nequeat pro parte vel in totum, nisi quod fuerit prius datum. Qua ratione, quia inter fundo debitum, non est vel proprietatis vel ususfructus pars, sed tantum nuda prædii qualitas, *l. quid aliud 86. ff. de verb.*

verb. signif. etiam fit, ut is, qui usumfructum fundi, vel nudam ejus proprietatem legat, iter adimendo non minuat legatum, sed magis nihil agat: *l. si quis ita 3. §. si loci 6. ff. de adimend. vel transfer. legatis.* Etsi autem ususfructus secundum jam dicta dominii pleni pars sit, fundi tamen pars proprie non est; cum fundus corporalis sit, ususfructus incorporalis, incorporalia vero corporum partes vere nec sint nec esse possint: quo Papinianus respexisse videtur, dum ait, usumfructum *in jure, non in parte, consistere. l. Maevius 66. §. penult. ff. de legatis 2.* & usumfructum *portionis instar* obtinere, *l. cum filius 76. §. dominus 2. ff. de legatis 2.* Ac proinde, quod Ulpianus scripsit, eum, qui fundum stipulatus est, usumfructum accepto ferendo nihil agere, quasi ususfructus non esset fundi pars, *l. & per jusjurandum 13. §. illud certum 2. ff. de acceptilat.* non tam videtur naturali niti æquitatis ratione, quam potius juris civilis subtilitate, quæ in acceptilatione, juri civili originem debente, spectatur, ne scilicet rei alterius pars accepto ferri possit, quam quæ nominatim deducta est in stipulationem; *d. l. 13. §. 2.* junct. *l. nisi consentiat 14. ff. de acceptilat.* proponitur autem in d. lege promissus nominatim fundus, non item *dominium fundi*, quippe quod magis intellectu juris, quam verbis, in fundi promissione inclusum continetur; ideoque cum ususfructus deducti in stipulationem fundi pars non esset, etsi maxime dominii pars sit, per acceptilationem ususfructus non poterat sublata pro parte videri obligatio ad fundum, cujus fundi pars non erat ususfructus accepto latus. Donellus *comment. jur. civil. lib. 9. cap. 9. circa med.* Contra, si ususfructus a proprietate separationem receperit, non dominii pars, sed servitutis est; id est, seorsim consideratur ut jus servitutis, quod juribus cæteris in re, adeoque & juri dominii, oppositum est. Quo fundamento totum fundum recte dicimus nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, *l. recte dicimus 25. ff. de verb. signif.* nec quasi plus petendo peccare quis censetur, qui simpliciter fundum petit, cum ei deducto usufructu, sola fundi proprietas veniret præstanda. *§. si cui fundus 9. Instit. de legatis.*

4. Neque inanis aut supervacua hæc de duplici usufructu, ex jure nostro jam adstructo, disputatio est: sed in ipsis causarum decisionibus insignem aliquando utilitatem præbet; inter cætera, statuto posito, quo cautum, ne conjuges ultima volun-

tate ultra bonorum ſuorum uſumfructum, & eum quidem non niſi reciprocum, ſibi invicem gratificentur, uti id dictat jus Ultrajectinum *tit. 22. art. ult.* Si enim maritus non niſi ſita in ſolo Ultrajectino immobilia habeat, uxoris omnia vel pleraque immobilia in Hollandia ſint, recte maritus uxori uſumfructum immobilium legaverit, uxor marito plenam Hollandicorum proprietatem: cum enim uſusfructus etiam ſit, qui cum proprietate conjunctus eſt, in ſtatutum impingere non videntur conjuges, modo ſuperiore ſibi mutuo gratificantes: ſed uſumfructum reciprocum ſecundum legis Ultrajectinæ diſpoſitionem reliquiſſe dicendi ſunt; quorum gratificatio nullo jure defendi poſſet, ſi nullus uſusfructus cum proprietate conjunctus daretur. Nec leve pro hac ſententia argumentum in eo eſt, quod, uti jus accreſcendi locum habet inter duos, quibus ſimul ejusdem rei uſusfructus relictus eſt; ita quoque locum inter eos habere non deſinit, ubi alter eorum proprietatem adeptus eſt, ſeu apud eum uſusfructus conſolidatus, teſte Ulpiano in *l. idem Neratius 3. §. ult. ff. de uſufr. accreſcendo.* Si enim reciprocum maneat jus accreſcendi, licet alter inſuper proprietatem nactus ſit, quidni & reciprocus valeat uſusfructus legatus, licet alteri inſuper proprietas, lege ſitus immobilium non refragante, acquiratur?

5. Conſtituitur uſusfructus, quatenus ſervitus eſt, non tantum pure, ſed & ſub conditione, *l. fundus 4. ff. ſi uſusfr. pet.* vel ex certo die, vel ad certum diem, vel ad conditionem, vel annis alternis, *l. & puto 16. §. uſusfructus 2. ff. famil. erciſc. l. uſusfructus in multis 4. ff. h. t. l. cum uſusfructus 13. ff. de uſu & uſufr. legat. l. ambiguitatem 12. C. h. t.* adeo ut die vel conditione pendente, ex qua uſusfructus datus eſt, proprietario interim fructus & emolumenta cedant. arg. *l. & poſt 12. §. ult. ff. famil. erciſcundae.* Qua ratione, ſi quis uxori ſuæ uſumfructum villæ aut rerum ſuarum legaverit in quinquennium a die mortis, addideritque, eundem uſumfructum vel etiam plenum rei fructuariæ dominium, quinquennio lapſo, ceſſurum Mævio; uxore intra quinquennium moriente, Mævius tamen non niſi decurſo pleno quinque annorum ſpatio ad uſumfructum admittendus eſt, utilitate medii temporis heredi, tanquam proprietario, ex jure dominii obveniente. *l. uxori 35. ff. de uſu & uſufr. legato.* junct. *d. l. & poſt litem 12. §. ult. ff. familiae erciſc.* & arg. *l. ſi tibi uſusfructus 8. ff. uſufr. quem-*

adm.

adm. caveat. nisi ex circumstantiis alia colligi possit voluntas testatoris. Vide Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 62. n. 7. & seqq.* Si tamen fundus, usufructu detracto, pure Titio legatus sit, & ejusdem fundi ususfructus Sempronio sub conditione, interim cum proprietate ususfructus erit, non heredi sed proprietatis legatario profuturus, ut ita ei prosit conditionis suspensio, cui etiam plenarius conditionis defectus prodesset. Licet enim placeat, tunc, cum detracto usufructu fundus legatur, apud heredem usumfructum esse; tamen, ubi paterfamilias detracto usufructu fundum legat, & alii usumfructum sub conditione, non hoc agere creditur, ut apud heredem ususfructus remaneat; quippe qui in ea facti specie interim neque ex jure dominii fructus suos facere potest, quia dominus non est, proprietate alteri pure legata; neque jure servitutis, quia verbis testamenti nullum ei reservatum aut datum apparet separatum utendi fruendique jus. *l. fundus detracto 4. ff. si ususfructus pet.* Ant. Faber *rational. ad d. l. 4. ff. si usufr. pet.* Gomezius *variar. resolut. tom. 2. cap. 11. num. 34.* vers. *tertio.* Idemque statuendum, si proprietas uni pure & recte legata sit, alteri ususfructus sed inutiliter ac contra leges: sive enim conditionis defectus impediat & infirmet ususfructus legatum, sive infirmatio ex ipsa legis dispositione contingat, constat utique, naturali ratione usumfructum in dubio proprietatem comitari, adeoque proprietario cedere oportere, quoties alteri jure servitutis datus non est, aut (quod eodem redit) inutiliter datus: nec heredem, cui testamento non apparet legatus, ullum sibi posse arrogare usumfructum, ex suo capite suaque morte aut vita metiendum, præter testatoris intentionem.

6. Acquiritur hæc servitus variis modis, ac primo quidem ipsa legis dispositione; quod accidit in conjuge ad nuptias secundas transeunte, cui, dum adimitur ex juris dispositione proprietas relictorum a conjuge prædefuncto, prioris thori liberis applicanda, ususfructus solus a lege conservatur *l. foeminae 3. l. generaliter 5. & auth. subjunctae C. de secund. nupt.* Idemque est, si post conjugis obitum mulier castitatem non servaverit. arg. *nov. 39. cap. secundum 2.* Sed & uxori inopi & indotatæ datus a lege ususfructus, partis quidem quartæ bonorum mariti defuncti, si liberi pauciores quam quatuor existant; virilis vero, si quatuor pluresve. *novell. 117. cap. quia vero 5.* Patri quoque in adventitiis filiifamilias, nisi ea condi-

tione filiof. quid datum aut relictum ſit, ne patri in eo uſusfructus acquiratur. *novell. 117. cap. 1.* vel filiusf. ſibi relicta acceptaverit, cum pater nollet in acquiſitionem conſentire, *l. fin. C. de bonis quae liberis.* aut fratri germano una cum patre ſucceſſerit ab inteſtato, *novell. 118. cap. 2.* vel filiofamilias filiæve quid a Principe vel Auguſta donatum ſit. *l. pen. C. de bonis quae liberis.* De his latius Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 3.* An autem, & quousque noſtris moribus parentes in adventitiis liberorum bonis uſumfructum habeant, dicetur plenius *tit. de peculio.*

7. Præſcriptione etiam longi temporis uſumfructum acquiri obtinuit, *l. fin. in fine. C. de longi temp. praeſcript.* prolixe Galvanus *de uſufructu cap. 12.* uti & officio judicis in judiciis diviſoriis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, ſi judex alii proprietatem adjudicaverit, alii uſumfructum, dum aliter commodior inſtitui non poteſt communium diviſio. *l. uſusfructus pluribus 6. §. 1. ff. h. t. l. ſi quis putans 6. §. officio 10. ff. communi divid. l. & puto 16. §. Julianus 1. ff. famil. erciſc.* Finge enim, adjudicationibus expediri familiæ erciſcundæ judicium, & plures eſſe res uni, quam alteri adjudicatas; abſurdum utique non fuerit, eum, cujus pars major eſt, ad id damnari, ut patiatur certo annorum ſpatio coheredem uti frui rebus quibusdam, non ei coheredi, ſed ſibi, adjudicatis; ut ita fructuum perceptione ſuppleatur, quanto minus fuit in portione ejus, cui pars minor ex adjudicato obvenit. Quod & haud obſcure indicare velle videtur Ulpianus, dum ait, uſumfructum & ex certo tempore & ad certum tempus, & alternis annis poſſe adjudicari, *l. & puto 16. §. uſusfructus 2. ff. famil. erciſc.* cum alioquin adjudicationum non temporarius ſed perpetuus effectus ſit. arg. *§. ult. Inſtit. de offic. judicis.* Ulpianus *in fragm. tit. 19. §. adjudicatione 16.* Pactionibus inſuper atque ſtipulationibus, quaſi traditione ad eas concurrente. *§. 1. Inſt. h. t. l. omnium 3. ff. h. t.* junct. *l. obligationum 3. ff. de obligat. et act. l. traditionibus 20. C. de pactis.* Confer Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 10. et 12.* Ultima denique voluntate: *d. §. 1. Inſt. h. t. d. l. 3. ff. h. t.* quo caſu quaſi traditio neceſſaria non eſt, ut ipſum jus ſervitutis naſcatur; cum ea legatorum natura ſit, ut ex fictione juris recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata, transferantur; *l. a Titio 64. in fine ff. de furtis.* niſi ſecundum antiqui juris obſervationem damnationis

tionis legato usufructus relictus fuisset; tunc enim inductione in fundum fructuarium, vel usu atque patientia, aliove simili quasi traditionis modo, opus erat; & de hujusmodi legati agit *l. omnium 3. ff. h. t.*

8. Quodsi Titio fundum testator legaverit, Mævio ejusdem fundi usumfructum, utrumque ad usumfructum concurrere, proprietatem soli Titio cedere, Romanis placuit, *l. si tibi decem 6. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum. l. si tibi 4. ff. de usufr. accresc. l. si alii 19. ff. de usu et usufr. legato. l. 1. §. si decem 17. ff. ut legat. seu fideic. serv. causa cav.* eo quod testator Titio fundum legans, & proprietatem & usumfructum in solidum credebatur reliquisse; sed cum deinde Mævio quoque fundi ejusdem usumfructum daret, Titius & Mævius cœperunt ususfructus intuitu re conjungi; ac proinde necesse fuit, ut, utroque ad ususfructus legatum concurrente, inter eos scinderetur, quod conjunctim datum erat. §. *si eadem res 8. Inst. de legatis.* Notandum interim, in *d. l. 19. ff. de usu et usufr. leg.* superfluam esse in formula testatoris ibi proposita, atque adeo delendam particulam *vel*, legendumque, *Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato.* Sed quia hæc juris civilis dispositio magis verborum atque syllabarum in testamento dictatarum aucupiis innititur, naturali autem ratione potentior esse debet mens, quam vox, dicentis: *l. Labeo 7. §. ult. ff. de supell. legata.* &, uti in legibus, ita quoque in testamentis (quæ pro lege servanda) ab ea interpretatione abstinendum est, quæ voluntati disponentis fraudem facit; *l. contra legem 29. et 30. ff. de legibus.* magis est, ut, spreta hac nimis scrupulosa ratiocinii subtilitate, moribus nostris talem non admittamus in usufructu concursum, sed uni proprietatem nudam, alteri usumfructum ex asse adjudicemus; ita suadente simpliciore ac populari loquendi usu, quo alteri fundum, alteri usumfructum ejusdem fundi testator dat; præsertim si quis ulterius consideret, ipsos jurisconsultos Romanos haud dissimulasse, decisionem suam hac in parte mero niti disputationis acumine ac summo quodam jure, re ipsa incurrere in probabilem defuncti mentem; dum Modestinus in *d. l. 19. ff. de usu et usufr. legato.* subjungit, ita decisum esse, *quia interdum plus valet scriptura, quam peractum sit;* id est, ut opinor, efficaciora interdum sunt verba & vox, quam mens, dicentis, contra regulam propositam in *d. l. 7. §. ult. ff. de supp.*

pellect. leg. Ita post alios allegatos Groenewegen *ad d. l. 19.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 39. n. 12.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 3. cap. 8. nnm. 8. 9.*

9. Dubium autem non uno in casu est, utrum ususfructus tantum legatus credatur, an vero plenum dominii jus. Quid enim, si domus certa ac suis designata confinibus situque, ad inhabitationem aut ad fruendum legata sit, aut fundus ad alimenta? non ususfructus sed magis plena proprietas legata videbitur, *l. 4. l. pen. §. qui fratris 1. ff. de aliment. vel cibar. legatis.* nisi subjuncta inveniatur clausula, *quamdiu vivit*, aliave similis, de quo plenius vide *tit. de usu & habitat. infine.* Sed &, si ususfructus inveniatur legatus, sive rei singularis sive totius hereditatis, cum onere restituendi rem aut hereditatem tertio post obitum legatarii, proprietatem magis cum onere fideicommissi, quam usumfructum in dubio dari, credendum est: neque enim ratio patitur, ut solius ususfructus legatario restitutionis onus imponatur; quippe qui morte sua sic ipso jure jus omne ususfructus amittit, ut nihil ultra, quod restituatur, superst. Firmaturque hæc opinio legum verbis satis manifestis, puta *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum. l. species 15. ff. de auro, arg. mundo &c. legatis. l. filios heredes 39. ff. de usu & usufr. legato.* atque insuper argumento a sensu contrario, ex *l. qui fructus 25. ff. de usu & usufr. legato.* nam si nullum fideicommissum maritus induxisse censeatur, cum uxori prædiorum fructus reliquisset, & addidisset, se velle, ut post mortem *ejus praedia cum reditibus ad heredes suos redirent*, imperitia lapsus, dum ignorabat evanescere morte uxoris fruendi jus, *d. l. 25.* ergo ex opposito, si formulam talem ex certa adjecerit scientia testator, proprietatis legatum cum onere fideicommissi inde profluere, respondendum est. Fachinæus *controv. lib. 5. cap. 46.* Sande *decis. fris. lib. 5. tit. 1. defin. 2.* Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 20. num. ult.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap. 30. num. 20. & seqq.* Carpzovius *defin. forens. part. 3. constit. 13. defin. 10.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. consil. 285. in fine.* & *part. 3. vol. 2. consil. 338. (revera) 238. num. 29.* dissent. Menochius *de praesumt. libr. 4. praes. 133. num. 7.* & alii ibidem allegati.

10. Adhæc si uxori vel alteri cuicunque datus sit ususfructus rei, addita alienationis prohibitione, vel tædium ususfructus sit legatus, addita clausula, si legatarius heredi promittat, se

ſe altius eas ædes non elaturum, vel aliud quid, quod ſervitutem continet, paſſurum, (ex formula legis *proculus 19. ff. h. t.*) non alia, quam proprietatis plenæ legatæ, adeoque uſusfructus cauſalis dati, conjectura capi poteſt; cum talis adjectio alienationis prohibitæ in ſolum cadere poſſit proprietarium, uſufructuario ſatis ex jure communi alienare impedito; & ſervitutis impoſitio non per alium fieri poſſit, quam per rei dominum, adeo ut ne ſocius quidem invito ſocio eandem rei poſſit communi imponere. *l. unus 2. ff. de ſervitut. l. ult. in fin. ff. commun. praedior. tam urb. quam ruſtic.* Utroque certe in caſu, adjectio facta continet dominici juris diminutionem; nam & alienationis prohibitio minuit liberum rei arbitrium jure communi dominis conceſſum, & ſervitutis imponendæ neceſſitas facit, ut minus plenum habeat dominium, qui ſervitutem imponit; ut accurate ratiocinatur Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 33.* Privatio autem præſupponit habitum, ut vulgo loquuntur, nec adimi poteſt jus dominii, vel diminui ei, qui illud non habet. Nec ludere verbis voluiſſe teſtator præſumendus eſt, ſed magis id dediſſe, quod clauſula adjecta involvit ex ſenſu communi & juris neceſſitate, argumento legum in præcedente quæſtione allegatarum. Magis ſane in dubio hæc mihi arridet voluntatis & clauſulæ additæ interpretatio, quam ut cum Fachinæo *lib. 5. controv. cap. 43. & 44.* Pinello *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. num. 41. 42.* aliisque, exiſtimem, clauſulam ſubjunctam ex earum numero habendam eſſe, quæ non neceſſariæ ſunt, dum tacite inſunt legatis, ſed a teſtatore inſeruntur, cautela abundante. Etenim, quod vulgo dicitur, ſuperflua non nocere, tunc locum invenit, cum nulla in adjectis efficacia, vis nulla deprehendi poteſt extra id, quod & ſine tali adjectione obtineret: ſed ſi ex adjectis alia probabilis conjectura voluntatis capi poſſit, & legitimo juris ratiocinio elici, non eſt, cur ad extremum illud, abundantem cautelam non nocere, recurramus. Neque in contrarium facit, quod in *l. 1. C. de bonis maternis* patri tantum datus fuit uſusfructus in maternis liberorum bonis, & tamen etiam addita alienationis prohibitio. Etenim primo quidem illo in caſu alienationis interdictionem inſeri utile fuit, quia ante illam Conſtantini legem pater non uſumfructum tantum, ſed plenum bonorum maternorum, tanquam peculii filiorumfamilias adventitii, dominium habebat, & alienandi facultatem;

quæ

quæ proinde nominatim ista lege adimenda fuit, ut tanto clarior esset atque manifestior juris mutatio, & diminutio juris ac potestatis paternæ in res liberorum. Sed & secundo, penitius intuenti legem nulla apparebit alienationis prohibitio patris intuitu expresse proposita, cum Imperator contentus fuerit, dixisse, ita res maternas in parentum potestate esse oportere, *ut utendi fruendi duntaxat habeant in diem vitae facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente*: de cætero mentio alienationis prohibitæ non de patribus concepta fuit, nec ad eos directa, sed ad creditores, & emtores, ut discant cautius mercari, præsupposita secundum jus commune denegatione facultatis alienandi: ait enim, *ita ut, si quando rem alienare voluerint, emtor vel is, cui res donatur, observet, ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat, vel ignorans: quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandocunque rem suam vindicantibus.* Longe minus supradictis adversatur, quod testator usumfructum legans, & adimens alienandi facultatem, aut servitutis alicujus impositionem ac patientiam legatario injungens, ea facit, quæ legatario ususfructus jus diminuunt, ac restringunt legatarii potestatem circa id, quod legatum est; absurdum vero sit, verba testatoris contra legatarium scripta pro legatario sic interpretari, ut plus habeat vi talis adjectionis, (proprietatem scilicet) quam habiturus fuisset, si simpliciter usumfructum testator dedisset, nulla in legatarii præjudicium subjuncta verborum conceptione, præter manifestam adeo defuncti mentem. Non, inquam, hæc turbare debent; cum principium petant, & pro fundamento substernant id ipsum, quod in quæstione est: supponunt etenim, eam fuisse testatoris intentionem, ut nil præter usumfructum legaret; de quo, an nempe nil præter usumfructum legare voluisse credendus sit, disputatur. Ac proinde regeri facile possit, absurdum ex adverso esse, ut contra testatoris mentem, quæ ex alienationis prohibitione, & jussu de servitute rei imponenda, in solos rei dominos cadente, satis apparet, imo necessario colligitur, legatario jus proprietatis denegetur. Confer Menochium *de praesumt. lib. 4. praesumt. 133. n. 12.3.* Peckium *de testament. conjug. lib. 5. cap. 14.* Responsa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 338. (revera 238.) num. 29.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 143. num. 7.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 30. num. 25. & seqq.*

11. Quodsi

11. Quod si ex adverso ususfructus legetur cum alienandi potestate; videndum, an simpliciter & absolute, an vero tantum urgente necessitate & indigentia, adeoque viri boni arbitratu, alienatio a testatore permissa sit: nam si plena, nullisque restricta conditionibus, alienandi facultas concessa appareat, dubitari vix potest, quin simul cum usufructu proprietas data censeri debeat, cum onere fideicommissi; atque adeo talis dispositio testatoris perinde habenda sit, ac si eum, cui ita ususfructus datus est, rogasset restituere quicquid post mortem rogati supererit ex testatoris rogantis re. Cui consequens est, ut & dodrantem absumere alienando possit, de solo quadrante restituendo teneatur cavere; restituturus tamen & ea, quæ supra quadrantem tempore mortis apparuerit supersesse, juxta *nov. 108.* Constat sane, consistere simul non posse nudum jus ususfructus, a proprietate separati, cum alienandi potestate, solis dominis de jure permissa, ac requirente dominium, quod alienando transferatur. *l. nemo plus juris 54. ff. de reg. juris.* Si vero alienatio demum urgente necessitate atque indigentia viri boni arbitratu concessa sit, magis est, ut nudum ac proprie dictum usumfructum eo modo dicamus relictum, proprietatis autem legatum, quod isti alienationi permissæ inclusum videri posset, non purum, sed conditionale esse, si scilicet necessitas deinceps subesse incipiat; nec ad res alias extendi, quam ad eas, quæ necessitate urgente, adeoque conditione proprietatis legatæ existente, re ipsa alienatæ sunt, manente in rebus cæteris nudo ususfructus jure, quod ab initio pure simpliciterque datum erat, idque ob defectum conditionis, in necessitate ac indigentia consistentis, sine qua, ut non competebat alienandi facultas, ita nec prærequisitum ad alienationem faciendam proprietatis jus. Atque ita sentiunt Neostadius *Curiae Holl. decis. 20.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. n. 43. in med.* vers. *tandem adverto.* Jacob. Coren *consil. 15. n. 5. & seqq.* & *observat. 10.* versu, *resteert misdien*, *pag. mihi 44. & seqq.* Carpzovius *defin. for. part. 3. constit. 13. defin. 11.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 17. 18.* Confer Sande *decis. Frisic. lib. 5. tit. 3. defin. 4.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 30.* Menochium *de praesumt. lib. 4. praes. 133. n. 4. & seqq.* Responsa JCtor. Holl. *part. 4. consil. 285.* & *part. 5. consil. 59.* Si tamen ab initio testator non dixerit, se *usumfructum*, sed se *bona* Titio relinquere, etsi postea addiderit, ea a Titio, quam-

quamdiu vixerit, poſſidenda eſſe, Titiumque aut *nullo modo*, aut *non niſi neceſſitate urgente* licentiam alienandi habiturum, clauſula illa prohibitæ alienationis, aut licentiæ alienandi in caſu neceſſitatis, non impediet, quo minus proprietas legata cenſeatur; quippe quæ ab initio data (dum *bona* relinquebantur) videri non poteſt ademta ex eo, quod alienandi poteſtas vel adimitur poſtea vel reſtringitur, neque etiam ex clauſula *poſſidendi quamdiu vixit*, aut ſimili: non enim inter hæc pugna eſt, aliquem dominum eſſe, & tamen alienandi poteſtate deſtitui, atque etiam temporarium tantum, quamdiu vixit, dominium habere; utpote quod utrumque in rebus eo fideicommiſſo poſt mortem gravati reſtituendis quotidianum eſt; adeoque erraveris, ſi ex hujusmodi adjectionibus aliud collegeris, quam fideicommiſſi onus, & poſt mortem honorati reſtituendi neceſſitatem. *l. ult. ff. de uſufr. ear. rer. quae uſu conſum.* arg. *l. 4. ff. de aliment. vel cibar. legatis. l. filios heredes 39. ff. de uſu & uſufr. legato.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 8.* & *113.*

12. Quod ſi teſtator Titium in omnium bonorum uſufructu heredem inſtituerit, vel omnium bonorum uſumfructum ei legaverit, & adjecerit, ſe poſt Titii obitum inſtituere Mævium heredem, tantum abeſt, ut tunc ſub uſufructu dato proprietas quoque Titio conceſſa intelligatur, cum onere fideicommiſſi, Mævio præſtandi, ut potius, ſi ſubtilem Romani juris diſputationem ſequaris, dicendum fuerit, ipſo jure inutilem eſſe uſusfructus conceſſionem. Etenim ſi uſumfructum Titio relictum concipias legati titulo, inepta defuncti liberalitas eſt, cum legatum ab herede præſtandum ſit, §. *1. Inſt. de legatis.* ideoque vis omnis legati dependeat ab hereditatis aditione, ſine qua nullus heres ſit; aditio vero a Mævio non niſi poſt Titii fructuarii mortem fieri poſſit, ſecundum manifeſtam inſtitutionis formulam teſtamento expreſſam. Cui conſequens eſt, ut legatum tale non alio ſit loco habendum, quam ſi uſusfructus Titio, cum morietur, conceſſus eſſet, atque ita collatus in id tempus, quo a perſona diſcedere incipit; quod deriſorium eſſe patet ex *l. Titio, cum morietur 51. ff. h. t.* Rurſus, ſi uſumfructum inſtitutionis jure Titio datum ponas, exitum ſortiri nequit defuncti diſpoſitio; eo quod in uſufructu ſcriptus heres Titius non niſi in re certa inſtitutus dici poteſt: qualis non heredis ſed legatarii jure cenſetur, quoties ei additus invenitur

cohe-

coheres ſine re; *l. quotiens 13. C. de hered. inſtituendis.* quod ipſum in noſtra eſt facti ſpecie, dum Mævius ex aſſe poſt Titii mortem ad hereditatem vocatus proponitur, ac proinde iterum ex ſuperiore fundamento ſubſiſtere nequit uſusfructus conceſſus; quippe qui, tanquam re ipſa tantum legatus, per heredem Mævium, poſt Titii demum fata adire valentem, præſtandus eſt; & ſic denuo inutiliter in id tempus collatus, quo a perſona diſcedere incipit. *d. l. 51.* Sed cum ſuprema defunctorum judicia, quantum fieri poteſt, explicare oporteat, ut magis valeant quam pereant, *l. quoties 12. ff. de rebus dubiis*, ac in teſtamentis non modo ambigue, ſed & perperam ſcripta, benigne accipienda ſint ſecundum id, quod credibile eſt cogitatum fuiſſe; *l. cum in teſtamento 24. ff. de rebus dubiis.* rectius dixerimus, teſtatorem, dum voluit uſumfructum præſtari, voluiſſe quoque, ut aliquis pure heres eſſet, qui uſusfructus legatum præſtet; cum is, qui vult conſequens, etiam cenſeatur velle antecedens, ſine quo conſequens eſſe nequit, per jura vulgata: adeoque ſatis apte, ac ſecundum probabilem teſtatoris voluntatem verba teſtamenti, quibus Mævium poſt Titii fructuarii mortem inſtituit, interpretaturi ſumus, ſi tempus mortis Titii dicamus adjectum inſtitutioni Mævii non aditionis morandæ gratia, ſed tantum perceptionis fructuum differendæ cauſa, atque ita non ad jus adeundi, ſed ad efficaciam emolumenti pertinere; ne ſcilicet heres Mævius uſumfructum habeat, quamdiu Titius ſuperſtes eſt; & ut tanto magis enixa appareret defuncti voluntas, Titium, quamdiu vivit, ab herede Mævio non debere in uſufructu turbari. Andr. Gayl *lib. 2. obſerv. 143.* Graſſus *recept. ſentent. lib. 1. §. legatum quaeſt. 23. num. 2.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 4. tit. 5. n. 23. 24. & artic. 3. & ſeqq.* Covarruvias *variar. reſolut. lib. 2. cap. 2. n. 5.* Jac. Coren *conſil. 15. n. 1. 2.* Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 18. defin. 7.* Fachineus *controv. lib. 4. cap. 18.* Reſponſ. JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. conſil. 161. & 191.* Præſertim, cum novum in jure noſtro non ſit, ut ea quæ ex verborum conceptione continere videbantur diſpoſitionem conditionalem, ex probabili tamen voluntate teſtatoris quantum ad effectus juris pro pure relictis habeantur, & non tam obligationis aut juris conceſſi ſuſpendendi gratia, quam potius morandæ tantum ſolutionis cauſa intelligantur talem diem adjectum habere, de quo incertum eſt, an vivo honorato exſtiturus ſit (qualis dies conditionis loco

co est. *l. heres meus 79. §. heres meus 1. ff. de condit. & demonstrat.*) Sic etenim ab Alexandro Imp. rescriptum invenitur, ex his verbis, *do, lego Æliae Severinae filiae meae, & Secundae decem, quae legata accipere debebit cum ad legitimum statum pervenerit;* non conditionem fideicommisso vel legato insertam, sed petitionem in tempus legitimæ ætatis dilatam videri: & ideo, si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, eam ad heredem suum actionem transmisisse; scilicet, ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vigesimum quintum ætatis annum implesset, *l. pen. C. quando dies legat. cedat.* Similique modo, cum testator alumno centum dari voluisset, eamque pecuniam ad alium transferri; *ut in annum vicesimum quintum trientes usuras ejus summae perciperet alumnus, ac post eam aetatem sortem ipsam;* responsum fuit, intra vicesimum quintum annum defuncto alumno, transmissum esse ad heredem ejus fideicommissum, *nam certam aetatem sorti solvendae praestitutam videri, non pure fideicommisso relicto conditionem insertam, l. Firmio Heliodoro 26. §. 1. ff. quando dies legat. cedat.*

13. Usus autem atque utilitas controversiæ hujus, utrum nempe ususfructus relictus intelligi debeat, an magis proprietas cum onere fideicommissi, in eo consistit, quod, quando nudus ususfructus apparet datus, proprietas statim a morte testatoris acquisita censeatur iis, qui tunc defuncto proximi sunt, vel quos juris universi successores supremo suo designavit elogio, adeo ut, etiam si durante usufructu moriantur, proprietatem tamen & spem consolidationis ad heredes transmittant. Quod non ita est, ubi plena proprietas cum onere fideicommissi, seu restitutionis post obitum fiduciarii faciendæ, relicta creditur: neque enim spem fideicommissi fideicommissarius, vivo fiduciario decedens, ad heredes transmittit, sed restitutio illis fit, qui moriente fiduciario in vivis sunt; & si nulli ex his, quibus restitutio facienda erat, tunc amplius supersint, fiduciarius ab onere fideicommissi liberatus intelligitur, non inveniens cui reddat, resque ut liberas alienare deinceps potest, aut pleno dominii jure ad suos proprios transmittere heredes. arg. *l. 4. ff. de aliment. vel cibar. legatis. l. si in personam 21. C. de fideicommissis. l. unic. §. sin autem 7. C. de caducis tollendis.* junct. *l. 1. §. dies autem 2. l. heres meus 79. §. heres meus 1. ff. de condit.*

condit. & demonſtrat. l. ſi cum heres 4. l. 5. ff. quando dies legat. cedat. Fachineus *controverſ. lib. 5. cap. 46. in fine.* Andr. Gayl *lib. 2. obſerv. 143. n. 6.* Grotius *manud. ad juriſpr. Holl. lib. 2. cap. 47. n. 1. 2. 3.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 1. conſil. 75.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 8. n. 31.* Sed & ſecundo, ſi uſusfructus ſimpliciter ad certum tempus legatus ſit, velut in quinquennium, & anno forte ſecundo moriatur fructuarius, protinus uſusfructus, utpote morte extinctus, ad proprietatem reverti debet, nec temporis reſidui commodum heredibus fructuarii acquiritur, ut dicetur latius *tit. 4.* Sed ſi uſufructu in quinquennium legato, rogatus ſit fructuarius poſt quinquennium reſtituere alteri rem fructuariam, neutiquam ante quinquennii decurſum reſtitutio facienda eſt, etiamſi fructuarium anno ſecundo mori contigerit; ſed is potius, tanquam fiduciarius fideicommiſſo poſt tempus gravatus, rem & emolumenti percipienti jus in heredem transmittit, donec quinquennii integri ſpatium elapſum fuerit. *l. uxori uſumfructum. 35. ff. de uſu & uſufr. legato.* Wiſſenbach *ad Pand. vol. 2. diſput. 4. theſi 12.* Quibus non eſt contrarium reſponſum Scævolæ in *l. a filia petit. 62. §. 1. ff. ad Senatusconſ. Trebell.* cum aliam prorſus ſpeciem contineat, nec reſtitutio pecuniæ in annum viceſimum, ſed in tempus mortis legatarii, concepta ſit; hoc uno in annum viceſimum collato, ut nempe Sempronius pecuniam in illud tempus haberet creditam ſub certis uſuris legatario præſtandis, ſecundum evidentia verba.

14. Conſtituitur uſusfructus in omnis generis rebus, quæ commerciis hominum exemtæ non ſunt & uſu conſumuntur: adeo ut in bonis quoque feudalibus eum conſtitui, nihil vetet: ſi modo ſecundum Hollandiæ uſus feudales vaſallus, uſumfructum feudi legaturus, teſtandi licentiam a domino impetraverit; & uſufructuarius dein ab eodem juris fructuarii confirmationem. Vide *Notabele pointen van Leenen art. 7. & 13. ac ibi ſubjunctam duplicem formulam confirmationis, quae eſt antepen. & penultima, pag. mihi 49. 50.* Nec refert, utrum utilitatem adferre poſſint fructuario, nec ne; cum & in numismatibus & in ſtatuis atque imaginibus uſusfructus conſiſtat; imo & in prædiis & rebus aliis, quarum ea conditio eſt, ut magis in eas impendatur, quam ex iis acquiratur. *l. numismatum 28. l. ſtatuae 41. pr. & §. 1. ff. h. t. l. arboris 12. §. de illo 3. l. ſi infantis 55. ff. h. t.* Confer Galvanum *de uſufructu cap. 31.* Nec

tantum rerum ſingularium, ſed & omnium bonorum uſusfructus concedi poteſt; *l. uxori meae 37. ff. de uſu & uſufruct. legato. l. omnium bonorum 29. l. quotiens 34. §. ult. ff. h. t.* Caſtillo Sotomay. *de uſufructu cap. 38.* ut tamen cavendum ſit, ne legitimæ certis perſonis debitæ fraus fiat, *novell. 18. cap. prohibemus 3. l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſtam.* adde *tit. de inoff. teſtam.* neve uſusfructus excedat dodrantis æſtimationem, adeoque quarta Falcidia heredi in proprietate inſtituto ſalva ſit; *d. l. omnium 29. ff. h. t.* junct. *l. computationi 68. ff. ad leg. Falcid.* neve incurrat in diſpoſitionem *legis, hac edictali 6. C. de ſecundis nuptiis*, dum æſtimatio uſusfructus, conjugi ſecundo relicti, excederet filialem liberorum primi matrimonii portionem; computatione & æſtimatione uſusfructus inſtituta ex præſcripto *d. l. computationi 68. ff. ad leg. falcid.* Sande *deciſ. Friſic. lib. 2. tit. 3. defin. 4.* Peckius *de teſtament. conjug. lib. 2. cap. 18. n. 4.* Someren *de jure novercar. cap. 9. n. 1.* & *cap. 11. ſect. 3. n. 1.* Wiſſenbach *ad Pand. h. t. vol. 1. diſp. 19. n. 6. in fine* Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 4. n. 18. pag. 266.* Reſponſa Juriſc. Holl. *part. 1. conſil. 41. quaeſt. 2.* & *part. 5. conſil. 163. qu. 4.* Adde *tit. de ritu nupt. n. 120.*

15. Cæterum ſub omnium bonorum uſufructu, immobilium mobiliumque & mancipiorum & ſupellectilis & calendarii uſusfructus continetur, *l. uxori meae 37. ff. de uſu & uſufr. legato.* & fungibilium omnium. *vide tit. 5. in pr.* Cenſus etiam annuus. Caſtillo Sotomay. *de uſufructu. cap. 41.* Nec intereſt, quo tempore bona teſtatori acquiſita fuerint, utrum ante an poſt conditum teſtamentum, ſi modo mortis tempore ad teſtatorem pertineant: uti enim diminutio bonorum poſt teſtamentum conditum contingens diminuiſſet fructuarii emolumenta, ita quoque augmentum eorumdem commoda fructuario adferre, rationis eſt. arg. *l. ſecundum naturam 10. ff. de reg. juris.* Eoque facit, quod ſub hypotheca omnium bonorum futura quoque comprehenſa intelliguntur; *l. ult. C. quae res pign. dari poſſ.* quodque legatarius partiarius quotam conſequitur bonorum, conſiderata quantitate quæ mortis tempore invenitur: neque cauſa apparet, cur hac in parte legatarium uſusfructus bonorum ſepararemus ab eo, cui quota bonorum data, ubi de inſpicienda bonorum quantitate quæſtio eſt. Conſtat denique, toties, quoties legata eſt rerum univerſitas ſub nomine collectivo univerſitatem denotante, non ea tantum legatario deberi,

quæ

quæ facti taſtamenti tempore in ea inveniebantur rerum univerſitate, ſed & omnia quibus poſtea usque ad teſtatoris obitum univerſitas rerum aucta fuit, quemadmodum diminutio viciſſim legatario nocuiſſet; uti id in peculio, grege, domo ex cohærentibus lapidibus conſtante, aliisque ſimilibus rerum univerſitatibus legatis manifeſtum eſt, §. *ſi grex legatus 18. 19. 20. Inſtit. de legatis. l. denique 8. §. ult. ff. de peculio legato:* unde & univerſitatem peculii, velut unum corpus, & ad inſtar hominis, naſci, creſcere, decreſcere, mori, eleganter a Papirio Frontone dictum fuit, *l. peculium naſcitur 40. ff. de peculio.* Ac pro hac opinione ſtant Menochius *de præſumtion. lib. 4. præſumt. 127. n. 28.* Ant. Theſſaurus *deciſ. 168.* Ant. Matth. *ſelect. diſput. 8. ad l. ult. C. quae res pignori dari.* Wiſſenbach *ad Pand. vol. 2. diſp. 4. th. 10. in fine.* Neque ratione ſatis firma diſſentit Caſtillo Sotomay. *de uſufructu cap. 44.* Quod enim ait, veſte legata vel argento legato, ea tantum contineri, quæ teſtamenti facti tempore teſtatoris erant, *l. ſi ita eſſet 7. l. ult. pr. ff. de auro, argento mundo &c legatis.* id ita placuit, quia non fuit in caſibus iſtarum legum legata certa rerum univerſitas incrementa ac decrementa accipiens, ſed potius certa corpora veſtium aut argenti, quæ teſtator in dicta quidem lege ſeptima demonſtravit, per adjectionem vocabuli *meum*; quippe qua demonſtratione, *meum*, præſens non futurum tempus oſtendi, Jurisconſultus ibidem monet: in lege vero ultima per adjectionem *viatorii*, id eſt, argenti talis, quo in itinere & legatione uſus fuerat; quod abſoluto itinere *viatorium*, ab uſu dictum, eſſe deſierat, & ſimpliciter ſub argenti genere deinceps continebatur: ex quo argenti genere rurſus novus delectus fit, ubi iterum nova legatio aut iter ſuſcipitur, nec legationis ſecundæ argentum viatorium dici poteſt idem cum priore, ſed velut de novo fit viatorium, ac de novo naſcitur ex patrisfamilias delectu ac deſtinatione. Porro ſi forte teſtator, nudam habens rerum quarundam proprietatem, univerſalem uſumfructum legaverit, magis eſt ut & ſpem uſusfructus, aliquando obventuri, credatur reliquiſſe, adeoque ad fructuarium etiam rerum hujusmodi uſusfructus poſt conſolidationem pervenire debeat, ſive vivo teſtatore, ſive eo demum mortuo prior uſusfructus apud alium exiſtens extinctus ſit ac cum proprietate conſolidatus, niſi contrarium lege municipali cautum inveniatur, de quo vide Chriſtinæum ad *Leg. Mechlin. tit. 16.*

art. 27. Neque enim dubium, quin nudæ proprietatis dominus usumfructum recte leget, legatario tunc acquirendum, cum proprietati accesserit, sive id vivo sive mortuo testatore contigerit, sive ante sive post aditam hereditatem. *l. si dominus 72. ff. h. t.* Licet enim nemo plus juris in alium transferre queat, quam ipse habet; jure tamen singulari hic id receptum est, ut, quod nostrum non est, in alios transferamus, dum fundum habentes, alteri tamen usumfructum cedimus, observante id Paulo, in libro singulari de jure singulari, *l. quod nostrum 63. ff. h. t.* Ne dicam, jus illud, quod suo die ad proprietatem reverti potest, ipsius esse proprietarii, si non re saltem certa spe: qui & ideo illud alteri legat aut cedit ex eo tempore, quo proprietati accessurum est; qua ratione, si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus deinde accesserit, responsum fuit, dotem aliam non videri, sed dotis incrementum, quemadmodum, si quid alluvione accessisset. *l. si proprietati 4. ff. de jure dot.* Nec ulla probabilis ambigendi ratio est, quo minus hanc ipsam dicamus fuisse testatoris voluntatem, ut talium quoque rerum ususfructus legatario obveniret; quippe qui, dum rerum seu bonorum omnium suorum mentionem fecit, adeoque nihil excluſit vel excepit, non potest non videri de his quoque cogitasse, quæ ad ipsum nudæ proprietatis jure spectabant: in quantum ea quoque res tota nostra dicitur, cujus ususfructus alienus est. *l. recte dicimus 25. ff. de verb. signif.* ita post Chassenæum *ad consuet. Burgund. rubric. 4. §. 6.* in verbis, *in medietate n. 34.* Christinæum *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 16. artic. 13. in addit.* verſ. *maritus.* Rodenburch. *de jure conjugum tit. 2. cap. 4. n. 41.*

16. Sed & amplius, si tabellionem concipiamus alteri bonorum suorum legasse usumfructum; sub bonis etiam emolumentum, quod ex memoriali ipsius scriptura post ejus obitum quandoque redigetur, comprehensum censeri debet, sive illud salarium sit, quod jam fuerat defuncto debitum, sive ex exemplorum transcriptione, post mortem demum tabellionis petita ac facienda, lucellum aliquod successori speretur (quo modo & argentarios olim suas quandoque legasse rationes, Paulus indigitat. *l. quaedam 9. §. 1. ff. de edendo*) Adeoque ut liberum fructuario sit pecuniis ita exactis in suum usi compendium, aut ex iisdem fœnori collocatis usuras suas facere; dummodo sors ipsa, quæ exacta est, usufructu finito reddatur heredi; cum non possit

poſſit fructuum numero videri venire, ſed magis lapidibus ex fundo fructuario cæſis ac non renaſcentibus aſſimilanda ſit, quales non cedere fructuario jure proprietatis, poſtea dicetur. Sande *deciſ. Friſic. lib. 5. tit. 3. defin. 2. in med.* Thomingius *deciſ. 12. n. 11.* Coſtalius, *ad l. 7. §. ſi vir in fundo ff. ſoluto matrimon.* Caſtillo Sotomaj. *de uſufructu cap. 36. n. 38. & ſeqq.* Ant. Matthæus *de ſervitut. diſput. 3. n. 6.* diſſendit Petrus Barboſa *ad l. divortio 8. §. ſi vir ff. ſoluto matrimon. n. 37. & 40.*

17. Si tamen uni teſtator omnium bonorum uſumfructum legaverit, Mævio domum, aut aliam rem ſingularem, vix eſt, ut uſufructuario cedat uſusfructus rei ſingularis, alteri legatæ, ſed potius pleno jure Mævio ſtatim acquiretur domus dominium, niſi ex circumſtantiis alia colligi poſſet mens teſtatoris. Cum enim domum fundumve legans, non nudam proprietatem, ſed & ſimul uſumfructum legaſſe intelligatur; arg. *l. ſi alii fundum 19. ff. de uſu & uſufr. legat. l. ſi tibi 6. ff. de uſufr. ear. rer. quae uſu conſum.* conſequens eſt, ut uſumfructum rei ſingularis legatæ credendus ſit exemiſſe uſuifructui omnium bonorum generaliter relicto; atque ita ſecundum axioma vulgatum per ſpeciale fundi legatum derogaſſe generali uſusfructus conceſſioni; *l. in toto jure 80. ff. de reg. jur.* ſive præceſſerit generalis diſpoſitio ſive ſubſecuta ſit. arg. *l. quotiens 10. C. famil. erciſc.* Neque hic admittenda eorum opinio, qui putant, inter uſufructuarium univerſalem & rei ſingularis legatarium, quaſi re conjunctos in rei ſingularis legatæ uſufructu, ſcindi oportere rei ſingularis uſumfructum, convenienter diſpoſitioni *d. l. ſi alii fundum 19. ff. de uſu & uſufr. leg.* quam ſententiam tuetur Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 18. defin. 3.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 6. n. 21. 22. 23.* Gratianus *diſcept. for. cap. 350.* Nam, ut ſileam, moribus hodiernis non amplius ſervari id quod *d. l. 19.* cautum eſt, ut dictum *n. 8.* conſiderandum inſuper, illic de duobus agi, quorum uni fundus, alteri ejusdem fundi uſusfructus datus eſt; adeoque de caſu, quo utrique in eadem re ſingulari jus a teſtatore legatum; cum ex adverſo in ea hic verſemur facti ſpecie, qua uni univerſaliter omnium bonorum uſusfructus, alteri res ſingularis ſimpliciter relicta eſt; inter quos nullam eſſe conjunctionem ratione uſusfructus, ob quam ille inter eosdem ſcinderetur, colligi poteſt ex §. 1. *Inſt. de uſufructu.* ubi, cum teſtator heredem inſtituiſſet & Titio vel nudam legaſſet certæ rei proprietatem, vel nu-

dum certæ rei usumfructum, nihil ex eo, quod legatum est, legatario decedit, aut apud heredem quasi conjunctum ex concursu remanet; etsi institutionis titulo plenum ab initio jus in rebus hereditariis heredi concessum sit, unde deinceps quædam delibatio facta fuit, legati datione. *l. legatum est delibatio 116. ff. de legatis 1.* Gomezius *var. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 5. in med.* Peckius *de testament. conjug. lib. 5. cap. 24. n. 1.* Costalius *ad l. 3. ff. de usufr. accrescendo, n. 12. & seqq.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 3. cap. 8. n. 8. & 9.* Vide Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 47.*

18. Feudalium insuper rerum usumfructum non cedere usufructuario omnium bonorum, verius est: nisi specialiter feudorum quoque mentio inveniatur, & a domino directo sit impetrata de illis testandi licentia; cum ex scriptis feudorum consuetudinibus testamentaria nulla de feudis dispositio subsistere queat, *lib. 1. feud. tit. 8. in pr.* & *lib. 2. tit. 9. §. donare 1.* & hodiernis passim moribus invaluerit, non nisi ex speciali venia directi domini, a testatore vivo impetrata, ullum valere supremum de feudis elogium. Peckius *de testam. conjug. lib. 5. cap. 23.* Leeuwen *cens. forens. d. part. 1. lib. 3. cap. 8. n. 7.* Responsa JCtor. Holland. *part. 2. consil. 204.* Grassus *recept. sent. §. legatum quaest. 26.* Eoque facit, quod a pragmaticis traditum, omnibus quoque bonis in dotem datis, feudalia in dubio apud nos non censeri comprehensa, de quo latius *tit. de jure dot.*

19. Nec aliud statuendum in rebus illis, quas testator, omnium bonorum usumfructum legans, possedit ut fiduciarius, quarumque restitutio ei per fideicommissum imposita est; sive res fideicommissariæ ad ipsum heredem testatoris, usumfructum legantis, pervenire debeant, sive ad extraneum. Cum enim æris alieni loco fideicommissum sit, etiam tunc, cum ipsi instituto heredi debetur, *l. irritum. 8. C. ad leg. Falcid.* necesse est, ut etiam prius patrimonio decedat, antequam ullum jus usufructus arrogare sibi possit, qui omnium bonorum usufructu honoratus est. *l. ult. ff. de usu & usufr. legato. l. usufructu 69. ff. ad leg. Falcid.* Maxime, cum constet, ea demum bona dici, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39. §. 1. ff. de verb. signif.* ac in dubio quisque non de re aliena sed sua legasse credendus sit; arg. *l. verbis legis 120. ff. de verbor. signif.* possessa autem a defuncto fideicommissaria res incipiat aliena esse eo tempore, quo ex fideicommisso restituenda venit, adeo-

adeoque eodem illo mortis momento, quo & fiduciarii teſtamentum roboratum fuit, cœpitque jus univerſale uſusfructus ex eo firmitatem habere- *l. ult. §. fin autem 3. C. commun. de legatis.* Unde & ille, qui vendit vel relinquit alteri rem, ad quam reſtituendam ex fideicommiſſo obligatus eſt, non de ſuo ſed alieno creditur reliquiſſe, ac non ſuum, ſed alienum diſtraxiſſe. *d. l. ult. §. ſed quia 2. C. commun. de legatis. l. unum ex familia 67. §. ſi Falcidia 1. in fine ff. de legatis 2.* Quibus addi poteſt argumentum ex *l. generali 32. §. uxori 2. ff. de uſu & uſufr. legato.* quemadmodum enim legato uſufructu domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus ſunt, non creduntur ea contineri, quæ mercis cauſa parata in ædibus inveniuntur, *d. l. 32. §. 2.* non alia, ut opinor, de cauſa, quam quia merces venales ita teſtatoris factæ ſunt, ut iterum ab eo ſint abituræ: ita quoque, quia bona fideicommiſſo obnoxia ſic cœperunt fiduciarii propria eſſe, ut exiſtente conditione rurſus ab eo diſceſſura ſint, ea ſub omnium bonorum uſufructu in dubio non comprehendiſſe teſtatorem, præſumendum eſt. Atque ita ſentiunt Peckius *de teſtam. conjug. lib. 5. cap. 23. num. 2.* Peregrinus *de fideicommiſſis art. 6. n. 9. & ſeqq.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 6. & ſeqq.* Graſſus *recept. ſent. §. legatum quaeſt. 27.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 39. n. 14. & ſeqq.* Aliique cit. ab Abr. a Weſel *ad novell. conſtitut. Ultraject. art. 5. num. 3.* Nec quicquam hisce adverſatur, quod nonnulli exiſtimantes, tunc, cum ad ipſum heredem a fiduciario inſtitutum res ex cauſa fideicommiſſi pervenire debent, ſub uſufructu bonorum omnium, earundem quoque utilitatem contineri ac fructuario oportere acquiri, ajunt, inferuntque, bona heredis nequaquam differre a bonis defuncti quantum ad facultatem de hisce diſponendi, & defunctum de omnibus ſuis bonis diſponentem etiam diſpoſuiſſe de bonis heredis, eandem cum defuncto perſonam conſtituentis; heredem autem vi aditionis ſemel obligaſſe, ut ratam habeat defuncti voluntatem; quo modo ratiocinatur Sande *deciſ. Friſic. lib. 4. tit. 4. defin. 8.* & plures ab eo citati; non attendentes, ita principium peti, & aſſumi pro fundamento id ipſum quod in quæſtione eſt. Verſamur etenim in caſu, quo verba teſtatoris nullam uſusfructus in rebus fideicommiſſariis, heredi reſtituendis, mentionem habent, ideoque quæritur, quid magis in dubio præſumendum ſit: nec,

quid potuerit teſtator, ſed quid voluiſſe credendus ſit, diſcutitur. De cætero nulli, jurisprudentiæ noſtræ principia recte conſideranti, dubium eſſe poteſt, quin teſtator, ſi velit, non modo de ſuis, ſed & de heredis, quin & extranei prorſus rebus, diſponere poſſit, ſive ipſas poſſederit cum onere fideicommiſſi, ſive nullum ipſe jus unquam habuerit in iis quæſitum, ſic ut heres tali ſtare teneatur voluntati, ſi adeundam putet hereditatem, & vel rem præſtare, ſi poſſit, vel æſtimationem ejus. §. *non ſolum 4. Inſtit. de legatis. l. cum pater 77. §. cum pater 7. & §. Titio 31. ff. de legatis 2.* Cui conſentaneum eſt, ut longo magis poſſit expreſſa voluntate id cavere, ut ſub omnium bonorum uſufructu, etiam rerum ex fideicommiſſo vel heredi vel extraneo reſtituendarum utilitas fructuario acquiratur. Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 6. n. 8. in pr.* Si tamen ſtatuto cautum fuerit, ne conjuges ſibi invicem inter vivos aut ultima voluntate gratificentur, niſi uſufructu tenus, tantum abeſt, ut ſub omnium bonorum uſufructu, quem conjugi conjux reliquit, res quoque, ex fideicommiſſo reſtituendæ heredi vel extraneo, comprehenſæ præſumerentur; ut potius, ſi certiorem ſequamur rationem, ne expreſſa quidem conjugis uſumfructum legantis voluntate id effici queat: neque enim in obſcuro eſt, hac ratione elidi eludique poſſe ſtatuit vim, illis potiſſimum in caſibus, quibus conjux extra opulentam hereditatem, ex fideicommiſſo reſtituendam, exigui patrimonii arbiter ac moderator eſt. Conſtat utique, rei alienæ neque dominium neque uſumfructum directo legari poſſe, ſic ut ullum jus in re naſceretur legatario; ſed tantum obligari heredem, ut rem redimat, ac dein redemtæ proprietatem vel uſumfructum juxta defuncti voluntatem præſtet; aut, deficiente redimendi facultate, æſtimationem ejus. *d. §. 4. Inſt. de legatis. l. non dubium 14. §. ult. ff. de legatis 3.* Probatum inſuper, rem fideicommiſſariam, quantum ad fiduciarium & ſubſtantiam ejus attinet, alienam eſſe eo tempore, quo fiduciarius decedebat, atque ita fideicommiſſi conditio incipiebat exiſtere. Quibus poſitis, inficias iri nequit, quin plus, quam bonorum ſuorum uſumfructum conjugi leget, qui rerum ex fideicommiſſo reſtituendarum uſumfructum ſub bonorum ſuorum uſufructu legato contineri diſpoſuit, & ita heredem obligare voluit ad minuendam proprietatem rerum, quarum ſolus uſusfructus here-

heredi debebat ob autoritatem ſtatuti decedere: naturali quippe ratione expeditum eſt, tunc effectu inſpecto tantum detrahi atque diminui de proprietate, quantum eſt in onere iſto præſtandi uſumfructum in rebus ex fideicommiſſo poſt fiduciarii obitum reſtituendis. Ita poſt Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 22.* Abrah. a Weſel *ad novell. conſtit. Ultraject. art. 5. n. 5.* Quod ergo recentiore ſtatuto Ultrajectino, ſeu novella deciſione *anni 1659. art. 5.* cautum invenitur, reciprocum uſumfructum inter conjuges relictum etiam ad bona fideicommiſſaria extendi, ſive illa ipſi heredi ſive extraneo reſtituenda forent, niſi autor fideicommiſſi expreſſe talem prohibuiſſet uſusfructus conſtitutionem, & non heredi per fiduciarium inſtituto, ſed extraneo reſtitutio facienda eſſet; id non tam ex propria uſusfructus legati denominatione deſcendit, quam potius ex eo, quod legislator Ultrajectinus illam ante coarctatam, & ad nudum uſumfructum reſtrictam reciprocæ inter conjuges gratificationis licentiam, mutare voluit, & hactenus etiam proprietatis intuitu liberalitatem conjugalem firmare; imo talem uſuifructui legato ſenſum atque interpretationem tribuere, extra eam, quæ voci iſti alias propria ac genuina eſt. Unde, ſi non conjugi, ſed alteri uſusfructus relictus ſit, ne in Ultrajectino quidem ſolo fideicommiſſaria bona comprehendi crediderim; cum deflectentia a jure communi ac conſueto juridicoque vocabulorum uſu ſtatuta ſtrictam recipere debeant interpretationem, &, velut jus ſingulare contra juris rationem introductum, nequaquam ad conſequentias ſint producenda. arg. *l. quod vero contra 14. ff. de legibus.*

20. Uſusfructus conſtituti generalis effectus eſt, quod proprietarius, eo durante, nihil agere poſſit in præjudicium fructuarii, nec rei fructuariæ mutare formam, ut uſusfructus impediretur, aut minueretur. Vide Andr. Gayl *lib. 2. obſerv. 67.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 34.* Hinc licet prædio fructuario ſervitutem acquirere poſſit, quia ſic melior fructuarii conditio redditur, tamen acquiſitam amittere non poteſt; nec conſentiente fructuario ſervitutem imponere prædio fructuario, niſi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti ſi vicino conceſſerit, jus ſibi non eſſe altius tollendi ædes fructuarias; *l. ſed ſi quid 15. §. ult. l. 16. ff. h. t.* aut niſi de mortuo inferendo agatur, favore religionis. *l. locum 17. ff. h. t.* Ratio autem, cur proprietarius ne ex conſenſu qui-

dem fructuarii ſervitutem prædio fructuario imponere potuerit, hæc fuiſſe videtur, quod nemo ſervitutem imponere poſſit, niſi qui pleno jure dominus eſt, adeoque juris dominici in prædio ſervituro diminuendi facultatem habet, ne alioquin illis noceat, quibus in prædio ſervituro jus eſt; cui conſequens erat, nec nudo proprietario illam ſervitutis imponendæ poteſtatem potuiſſe aſſeri, quoties ea fructuario damnoſa foret. Et quamvis plerumque id obtineat, ut quisque, atque ita etiam fructuarius, juri ſuo efficaciter renunciare poſſit; tamen in noſtro caſu fructuarii conſenſus conferre nihil potuit ad id, ut valide proprietarius ſervitutem imponat fructuario nocituram; eo quod fructuarius ipſe nullam ſervitutis prædio fructuario imponendæ facultatem habet, dum ſervitutis impoſitio alienationis ſpecies eſt, fructuario denegata; nemo autem conſentire alienanti cum effectu poteſt, qui ipſe alienandi poteſtate deſtitutus eſt. *l. cum quis poſſit 165. ff. de reg. juris.* Plane, ſi fructuarius vel fundi totius vel partis ſaltem illius, qua ſervitus itineris, actus, viæ, aquæductus, exercenda erit, uſumfructum derelinquere ac proprietario cedere velit, negari non poteſt, quin tunc proprietarius, ut plenus glebarum ſerviturarum dominus, ſervitutem recte impoſiturus ſit. Non deſunt interim, quibus emendatione facta viſum fuit, ita verba finalia *d. l. 15.* accipienda eſſe, ut ſenſus ſit, non conſentiente fructuario non poſſe ſervitutem imponi per proprietarium; inter quos eſt Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 74.* Sed vix eſt, ut correctionem talem patiatur cohærens legi decimæ quintæ lex decima ſeptima, in qua id velut ſingulare adnotatum, poſſe proprietarium conſentiente fructuario locum religioſum facere, *favore religionis*, atque ita prædio fructuario imponere neceſſariam ſepulchro ſervitutem aditus, ambitus, circuitus, funeris faciendi cauſa, ſine quibus loci religioſi uſus non eſt; arg. *l. utimur 5. ff. de ſepulchro violato.* qualis *favor religionis* nihil efficeret, ſi vulgo, ac ex jure communi, proprietario liberum eſſet ex conſenſu fructuarii conſtituere ſervitutem. Vide varie ſentientes apud Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 35.* Galvanum *de uſufr. cap. 35.* Cæterum moribus hodiernis magis placuit, inſuper habita Romani juris ſubtilitate, proprietarium ex conſenſu fructuarii habere ſervitutis imponendæ jus, quaſi fructuarius tantum videatur ſuo juri per conſenſum renunciaſſe

eate-

eatenus, quatenus incommodum ex ſervitute paſſurus eſt. Groenewegen & Brunnemannus *ad d. l. 15. ff. h. t.* Firmatque hanc ſententiam, quod proprietarius generaliter, non obſtante uſufructu, jus ſuum dominii exercere poteſt, quatenus fructuarii jus non læditur: nam & vendere rei fructuariæ proprietatem, & legare, & donare poteſt, *l. neque uſusfructus 19. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* arg. *§. ſi cui fundus 9. Inſt. de legatis. l. non quocunque 82. §. fundus 2. ff. de legat. 1. l. ult. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid. lic. leg. eſſe dic. l. verbis teſtamenti 2. C. de uſufructu. l. omnes 3. §. ult. ff. uſufr. quemad. caveat. l. fundi Æbutiani 38. ff. de uſu & uſufr. leg.* Andr. Gayl. *lib. 2. obſerv. 155. num. 4.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 34. num. 8. & ſeqq.* etiam proprietatis uſucapionem pati, *l. locum 17. §. proprietarius 2. ff. h. t.* ſubinde & ea facere, quæ per conſequentiam videntur ad fructuarii ſpectare læſionem; veluti ſervum jure dominicæ poteſtatis pleniſſime coercere ſeu caſtigare, *d. l. locum 17. §. 1. ff. h. t* eundem ex delicto noxæ dare, ſic ut uſufructuario inde denegetur uſusfructus perſecutio, quamdiu litis æſtimationem non offert ei, qui noxæ accepit. *d. l. 17. §. 2. ff. h. t.*

21. Contra vero omnem fere utilitatem percipere poteſt, & ſuam facere, fructuarius, tum ex re fructuaria, tum ex acceſſionibus ejus. Quod ut manifeſtius appareat, per ſpecies rerum nobiliores ire libet. Ædium itaque uſufructu conſtituto, non dubium, quin inſtrumentis ædium fructuarius uti cum ædibus poſſit, *l. ſed ſi quid 15. §. proprietatis 16. ff. h. t.* nec non ſervitutibus, quæ ædibus fructuariis conſtitutæ ſunt. Imo, etſi conſtitutæ non fuerint, tales tamen ſint, ſine quibus omnino uti non poteſt fructuarius, heres easdem præſtare cogendus eſt, veluti luminum, ſi lumina deſint. Plane, ſi cum aliquo incommodo utatur, ſed utendi poteſtas non in totum impedita ſit, nihil horum fructuario præſtare heres compellitur. *l. ſi is, qui binas 30. ff. h. t. l. 1. §. ult. ff. ſi uſusfr. pet.* Sed & amplius uſufructuario ædium permittendum uti hortis illis atque ſtabulis, qui, quæve, in continentibus ſunt ædificiis, & in commodioris habitationis uſum parari ſolent; cum dubium non ſit, quin horti tales atque ſtabula ædium acceſſiones ſint; adeo ut, licet horti olitorii, & ſtabula, quæ non in continentibus ſunt ædificiis, nec ædium partes cenſeantur eſſe, nec urbanis, ſed ruſticis magis prædiis annu-

annumerentur, urbanis tamen velut ædificiorum partes accenſeantur horti habitationis amœnioris gratia ædibus juncti; atque illa quoque ſtabula, quæ in continentibus ædificiis poſita inveniuntur ad ſtabulanda inhabitantium jumenta, carpentis penſilibus aut alteri ſimili urbano virorum aut fœminarum delicatiorum uſui deſtinata. arg. *l. eo jure 4. §. 1. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacite contrahitur. l. urbana praedia 198. ff. de verbor. ſignif.* Et, ſi, legata ædium proprietate, hortus quoque legatus intelligatur, quem teſtator domus cauſa comparavit, ut amœniorem domum ac ſalubriorem poſſideret, & in quem aditum per domum habuit, tanquam ædium additamentum, *l. praediis 91. §. qui domum 5. ff. de legatis 3.* ratio non apparet, cur non & uſufructu durante, fructuarium ſequeretur uſus ejus. Neque ejus contrarium eſt in Scævolæ reſponſo, *l. ult. ff. de ſervit. praed. urban.* dum vult, eum, cui ædium habitatio legata eſt, debere pati, ut heres per domum transeat ad hortum, juxta domum eandem poſitum, per quam domum ſemper teſtatori ad hortum aditus fuerat; cui conſequens erat, ut horti uſus in habitationis legato non fuerit comprehenſus. Etenim alia quæſtio eſt, utrum ſub ædium uſufructu legato hortorum quoque talium uſusfructus in dubio contineatur, de quo nobis nunc ſermo eſt; alia, utrum tunc, cum conſtat, ſolam ædium habitationem legatam eſſe, horti vero adjacentis uſum non eſſe datum, habitator transitum ad hortum pati teneatur, quod unum a Scævola in *d. l. ult.* definitur, ac affirmatur; quippe qui exhibens in principio facti ſpeciem, non dubitanter inquirit, ſed ponit ac præmittit, habitationem Olympio legatam eſſe, quoad viveret, hortum autem & cœnaculum juxta eandem domum non eſſe legatum, adeoque exceptum, ſecundum manifeſtam teſtatoris voluntatem; eoque poſito, de transitus jure diſputationem orditur. Vid. Mantica *de conjectur. ult. volunt. lib. 9. tit. 2. num. 36.* Tyraquellus *de jure primogenitur. quaeſt. 73.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 5. conſil. 229. num. 1* Cavere interim debet ædium fructuarius, ne qua deteriorem faciat cauſam proprietatis, aut ipſam commutet ædium formam: ac proinde, licet lumina immittere queat, & colores, & picturas, & marmora, & figilla, & ſi quid aliud ad domus ornatum pertineat, apponere, ac generaliter excolere illud, quod invenit, qualitate ædium non immutata; *l. uſufructu 7. §. ult. l. ſi cujus 13. §.*

13. §. sed si aedium 7. ff. h. t. tamen neque diætas transformare, vel conjungere, aut separare, ei permittitur; vel aditus posticasque vertere; vel refugia aperire; vel atrium mutare; vel viridaria ad alium modum convertere; vel altius ædes tollere, aut lumina obstruere, aut meritoria in domo facere, aut per cœnacula domum dividere; sed neque balneum ibi facere, nec id quod usibus dominicis in intima domus parte vacare solebat, elocare, ut publice lavet; nec domum ad jumentorum stationem, aut stabulum ad pistrini usum transferre, aut alteri concedere, *l. si cujus rei 13. §. sed si aedium 7. & 8. ff. h. t.* nec ampliare domum, nec inutilia detrahere, licet meliora responsiturus; & ideo nec novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere, etsi meliorem ita reddat domini conditionem: aliud est enim, tueri ea, quæ accepit (quod jure suo potest & debet) aliud nova facere. *l. usufructu 7. §. ult. in fin. & l. 8. l. usufructuarius novum 44. ff. h. t.* Denique nec ædificium, quod a defuncto inchoatum erat, consummare, etiamsi eo loco aliter uti non posset; cum ne ususfructus quidem illius partis, quæ usui apta non est, videatur constitutus: nisi in constituendo vel legando usufructu specialiter adjectum sit, ut hæc aliaque similia facere liceat. *l. usufructuarius novum 61. ff. h. t.* Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 33.* Quod si fructuarius quædam non jure inædificaverit, postea ea neque tollere neque refigere ei permittitur, sed tantum refixa vindicandi potestas est, *l. sed si quid 15. pr. ff. h. t.* quemadmodum nec proprietario heredi licet villam, quam in fundo fructuario posuit, inuito fructuario demolire. *l. heres in fundo 12. ff. de usu & usufr. legato.*

22. Fundi vel horrei usufructu concesso, etiam eodem modo, ac in ædibus, servitutum rusticarum usus fructuario competit; usque adeo, ut & de novo per heredem fructuario parandæ sint aut constituendæ servitutes illæ, sine quibus uti frui non posset, dum forte nullus ad fundum fructuarium aditus est; quo casu vel iter vel actum vel viam præstabit heres, prout ususfructus perceptio vel viam desiderat, vel itinere potest contenta esse. *l. 1. §. 1. 2. 3. ff. si ususfruct. pet.* Adhæc instrumentorum usus fructuario cedit, *d. l. sed si quid 15. §. proprietatis 6. l. item si fundi 9. §. ult. ff. h. t.* sub quibus agri instrumentis etiam seminarium in fundo contineri, responsum est; sic ut ei & vendere ex seminario & seminare liceat, dummodo

modo conferendi agri causa seminarium paratum semper renovet, ut, finito usufructu, domino restituatur. *d. l. item si fundi 9. §. seminarii 6. ff. h. t.* Quin & usufructu agri legato, in cujus parte arundinetum, aut salicetum, aut sylva palaris vel cædua est (quæ scilicet juxta *l. sylva 30. ff. de verb. signif.* succisa rursus ex stirpibus atque radicibus renascitur) recte fructuarius arundines, salices, palos, & ligna viri boni arbitratu non cædere modo, sed & vendere tanquam fructum potest; cum hæc omnia in fructu sint. *d. l. 9. §. ult. l. si absente 48. §. 1. l. arbores 59. §. ult. ff. h. t.* junct. *l. qui fundum 40. §. cum fundum 4. ff. de contrah. emt.* Aliter, quam obtineret, si non in eo agro, cujus ususfructus constitutus est, hæc crescerent, sed in vicino, unde tamen in fundum fructuarium paterfamilias palo vel salice vel arundine uti solebat; tunc enim usufructuario permissum censetur hactenus in agri fructuarii commodum ea cædere, & cæsis uti, ne tamen vendat, *d. l. 9. §. ult. ff. h. t.* quemadmodum & ex sylva non cædua, quæ in ipsius agri fructuarii parte invenitur, in vineæ usum ac necessariam villæ refectionem succidere, atque sumere potest, quatenus fundum non facit deteriorem. Et quamvis neque arbores grandiores cædere queat, neque arborum talium violentia tempestatis exstirpatarum, sed tantum demortuarum, proprietatem sibi arrogare; ne, si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius; tamen ex evulsis vel vi ventorum dejectis usque ad usum suum & villæ recte feret *l. ex sylva 10. l. 11. l. 12. l. agri usufructu 18. ff. h. t.* arg. *l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. soluto matrimon.* ac de cætero proprietarium coget, ut reliquas tollat, si usuifructui videantur obesse. *l. Proculus 19. §. 1. ff. h. t.* Erroneumque est, quod a Christinæo *ad Leg. Mechlin. tit. 15. artic. 4. num. 6.* & Sim. van Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 9.* scriptum reperitur, arborum vento dejectarum æque ac demortuarum proprietatem fructuario cedere, si alias supplantet; cum id & manifesta lege, & ratione naturali in *d. lege 12.* proposita refellatur, atque insuper Paulo displicuerit, fructuarium ad id adigi, ut in locum earum, quae tempestate dejectæ, alias supplantet. *l. arbores 59. ff. h. t.* Sane, si non ususfructus *agri*, in cujus parte sylva aut arbores grandiores inveniuntur, sed nominatim *sylvae*, legatus sit, aut etiam omnium bonorum usufructu dato, sylva in bonis eveniatur, vix est, ut tam stri-

cte

te aut conceſſiones inter vivos, aut defunctorum voluntates interpretemur, quin fructuario indulgendum ſit ex ſylva cædere & vendere ligna talia, quæ modico temporis ſpatio renaſci ſolent, atque adeo non aliter, quam tanquam ligna cædua conſiderari poſſunt, grandioribus arboribus ultra neceſſariam ramentorum ſucciſionem intactis. Cum enim a Pomponio traditum, ac ab Hadriano reſcriptum fuerit, in *l. Divus 22. ff. de uſu & habitat.* uſu ſylvæ legato, *fructum quoque videri legatum, quia, niſi liceret legatariis caedere ſylvam & vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri eſſent ex illo legato*, manifeſte denotatur, uſufructu ſylvæ dato, cædendi jus haud fuiſſe denegandum. Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. num. 59.* Quid? quod nec iniquum fuerit, per ſylvæ uſufructuarium etiam quotannis a certis annorum interſtitiis arbores quasdam grandiores cædi ac vendi, novellis ſubſtitutis, quoties id regionis & patrumfamilias circumcolentium fert conſuetudo; quippe quam, uti in aliis tum legatis tum conventionibus, ita & in utendi fruendi jure conceſſo, fruendique modo, ſervare oportet; uſu hominum determinante, quid iſtoc in loco pro fructu habendum ſit; eo modo, quo in inſtructo vel inſtrumento legato ex more regionis in dubio colligendum eſt, quid inſtrumenti veniat appellatione. *l. cum de lanionis 18. §. item cacabos 3. in fine ff. de inſtruct. vel inſtrum. legato.* Deficiente autem tali more regionis, ſola patrisfamilias uſumfructum concedentis conſuetudo in cædendo ſtatis temporibus certo arborum grandiorum numero, nullum fructuario tribuere poſſet cædendi jus; cum uſufructuarius boni viri arbitratu ac tanquam bonus paterfamilias ex præſcripto legum frui debeat, *l. item ſi fundi 9. pr. ff. h. t. l. 1. ff. uſufr. quemadm. caveat.* nec fruendi licentiam ex concedentis facto metiri; qui forte malo more rebus propriis ad perditionem abuſus fuit, aut non eo, quo potuit modo, ac boni patrisfamilias exemplo, utilitatem ex ſuis quæſivit rebus, arg. *l. item ſi fundi 9. §. ult. in fine. l. ſi pendente 27. §. ſi ſervi 2. ff. h. t.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 22.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 35.* Nullo quoque modo datum fructuario fuit, arbores frugiferas excidere cum detrimento proprietarii; non magis, quam villam diruere: nec vice verſa, ſi voluptuarium fuerit prædium, viridaria, vel geſtationes, vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habens, eas-

dem

dem dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, aut aliud quid, quod ad reditum ſpectat. *l. ſi cujus rei 13. §. fructuarius 4. ff. h. t.* Adde Caſtillo Sotomay. *de uſufructu cap. 25.*

23. Quodſi auctus alluvione fuerit ager, alluvionis quoque uſusfructus ad fructuarium pertinebit: ſecus, quam eſt in inſula juxta fundum in flumine nata, utpote quæ, velut ſeparatus ſeu proprius fundus, pleno jure domino proprietatis acquiritur: adeoque, ubi latitat incrementum, etiam uſusfructus augetur; ubi autem apparet ſeparatum, fructuario non accedit. *d. l. 9. §. huic vicinus 4. ff. h. t.* (etſi de alluvione idem, quod de inſula, Paulo placuerit *recept. ſentent. lib. 3. tit. 6. §. 22.*) Aucupiorum quoque ac venationum piſcationumque reditum ad fructuarium pertinere, Caſſius Ulpianus ac Paulus conſentiunt, *d. l. 9. §. aucupiorum 5. ff. h. t.* Paulus *recept. ſent. d. libr. 3. tit. 6. §. 22.* ſi modo fundi fructus ex venatione conſtet. *l. venationem 26. ff. de uſuris.* Tunc autem aucupiorum venationum atque piſcationum reditum de jure Romano fuiſſe crediderim, cum vivarium aut piſcina erat in fundo fructuario, cui animalia ac piſces includi ſolebant, ac eo ipſo a fundi domino dicebantur poſſideri: *l. poſſideri autem 3. §. item feras beſtias 14. & 15. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* cui ſimilia columbaria in fundo fructuario, unde evolare columbæ ac redire ſolent; *l. item ſi fundi 9. §. 1. ff. h. t.* junct. *l. Pomponius 8. §. 1. ff. famil. erciſc.* denique etiam, ſi plantationibus, foſſis alioque apparatu ad anates aut aves alias pelliciendas ac capiendas fundus fructuarius inſtructus ſit. Uti etiam his in caſibus fructuarius ex uſusfructus conſtituti jure, piſcandi in piscinis poteſtatem habebat, & exercendi feras ſeu venandi licentiam in vivariis, aut aucupandi ex columbariis, vel in locis aucupio peculiariter comparatis inſtructisque, dummodo in vivariis ac columbariis eundem numerum per ſingula ferarum genera aut volatilium, finito uſufructu, domino proprietatis aſſignet, qui fuerat tempore cœpti uſusfructus, *l. uſufructuarium 62. §. 1. ff. h. t.* ſic & jus illud alteri elocare certa mercede quin potuerit, dubium non eſt; *l. arboribus 12. §. uſufructuarius 2. ff. h. t.* atque ita reditus venationis in fructu erat. Extra hunc caſum venationem in fructu non fuiſſe, Julianus ait *d. l. venationem 26. ff. de uſuris.* nec immerito; cum omnibus de jure Romano patuerit piſcandi ac venandi jus. *§. ferae igitur 12. & ſeqq. Inſtit. de rer. diviſ. l. injuriarum 13. §. ult. l. 14. ff. de injuriis.*

Ut

Ut tamen haud sit eundum inficias, separatum fuisse venationis intuitu fructuarium ab aliis, nullum jus in re in fundo habentibus: nam cum alii a domino proprietatis prohiberi potuerint, ne fundum ingrediantur venandi causa, *d.* §. *12.* fructuarius ex adverso probe, ac jure suo, in saltibus ac montibus fructuariis venari potuit, a domino nequaquam arcendus, *l. usufructuarium 62. ff. h. t.* Vide Castillo Sotomay. *de usufructu cap. 36. n. 26. 27. 28.*

24. Metalla autem & cretam & arenam & lapides quod attinet, ita jus est, ut etiam cedant usufructuario fundi; non tamen omnia, nec modo eodem; aut enim jam ruta vel cæsa erant, eo tempore, quo primitus nascebatur jus ususfructus; aut contra. Si jam tum ruta atque cæsa ex fundo fuerint, nullum omnino jus usufructuario fundi in istis quæsitum videri potest, etiamsi nondum ex fundo aut fodinis educta sint: cum eo ipso, quo a solo separata sunt cædendo aut eruendo, desierint pars soli esse, ac ne emtori quidem fundi cedere debeant, sed magis ad exhibendum de his tum venditor tum proprietarius agere possit. *l. fundi 17. §. si ruta & caesa 6. ff. de action. emti. l. in rutis caesis 241. ff. de verbor. signif. l. Celsus scribit 5. §. idem Julianus 2. ff. ad exhibendum.* Si vero necdum ruta aut cæsa sint, sed naturaliter cohæreant, in fructu ea esse responsum est; sive fodinæ hæ metalli, lapidis, cretæ similiumque ante usumfructum acquisitum inventæ fuerint, sive demum usufructu jam constituto detectæ appareant. *l. item si fundi 9. §. sed si lapidicinas 2. & 3. ff. h. t. l. fructus 7. §. sed si cretifodinae 14. ff. soluto matrim.* Nam & fodinas, quas paterfamilias proprietarius jam instituerat, exercere potest fructuarius, & venas lapicidinarum & metallorum inquirere, ac auri & argenti, & sulphuris, & æris, & cæterorum fodinas ipse instituere, si nihil agriculturæ noceat. Imo, si forte in eo, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quæ fuerunt, forsitan etiam hæc dejicere poterit; si quidem ei permittitur meliorare proprietatem: nisi eæ, quas instituit fructuarius, aut cœlum corrumpant agri (fœtidis forte atque pestiferis exhalationibus prorumpentibus ex apertis terræ cavernis) aut magnum apparatum sint desideraturæ, opificum forte aut legulorum, quem non potest proprietarius sustinere. *l. si cujus rei 13. §. inde est 5. & §. si tamen 6. ff. h. t.* Adde Castillo Sotomay. *de usufructu cap. 37.* Estque in eo inter

ædium & fundi uſumfructum differentia, quod ædium fructuarius formam earum mutare nequeat, etſi meliora repoſiturus, ſecundum ante dicta, ne publicus urbis aſpectus deformetur ædificiis disjectis: at, qui fundi habet uſumfructum, id poſſit, ceſſante tunc publici aſpectus favore. Gothofredus *in not. ad d. l. 13. §. 5. ff. h. t.* Multum interim refert, utrum lapides & metalla renaſcantur in fundo fructuario, nec ne. Renaſcentia enim fructuum loco eſſe, atque adeo ad inſtar aliorum fructuum pleno dominii jure fructuario acquiri, poſtquam ab eo, vel ejus nomine ruta atque cæſa ſunt, colligi poteſt ex *l. fructus 7. §. ſi vir in fundo 13. ff. ſoluto matrimon.* Sed ſi non renaſcantur, magis eſt, ut tum metallorum, tum lapidum eductorum, tum cretæ, & arenæ, & terræ ceſpitoſæ, aut fictilis effoſſæ, proprietas proprietario cedat; & fructuarius ſolo talium rutorum cæſorumque pretio utatur, quamdiu vivit, aut ex eo fœnori collocato uſuras percipiat, finito uſufructu pretium, deductis impenſis, proprietario redditurus: ſic ut tunc in rutis cæſisque quaſi uſusfructus fructuario intelligatur quæſitus, in quantum non ipſum illud, quod eductum eſt, ſed ejus æſtimatio reſtituenda eſt. arg. *l. ſi vini 7. ff. de uſufr. ear. rer. quae uſu conſum. §. conſtituitur 2. Inſtit. de uſufructu.* Sande *deciſ. friſic. lib. 5. tit. 3. defin. 2.* & plures ab eo allegati. Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 34.* Leeuwen *cenſur. forenſ. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 5.* & *cap. 21. num. 17.* Berlichius *concluſ. pract. part. 3. concluſ. 35. num. 21. & ſeqq.* Dato autem agri uſufructu, licentia fructuario per leges indulta eſt, ædificium fundo fructuario imponendi, quatenus id ad fructum percipiendum neceſſarium eſt; aut caſum cuſtodiæ cauſa. *l. ſi cujus rei 13. §. ſi tamen 6. in fine. l. pen. ff. h. t.*

25. In annuis reditibus vitalitiis quid juris ſit, ambiguum ſatis, utrum totus eorum proventus fructuario cedat, an magis pars quædam in ſortem convertenda ſit, & proprietario reſervanda, ac uſufructu finito ei reddenda. Sunt enim, quibus placuit, illam iſtiusmodi redituum (morte perſonæ, cujus oſſibus impoſiti inhærent, evaneſcentium) partem, quæ excedit ordinarium reditus ordinarii perpetui proventum, proprietario poſt finem uſusfructus reſtituendam eſſe; ne, ſi fructuarius ſuperſtes eſſet ei, cujus oſſibus hicce reditus inhæſit, proprietas prorſus inutilis eſſet proprietario, & fructuarius in univerſum

ſum pari cum plenis talium reditiuum dominis gauderet jure. Vide Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 33. pag. 282. & ſeqq.* Sed magis tandem tum in Hollandia tum Ultrajecti obtinuit, totum reditus vitalitii proventum fructuario acquiri pleniſſimo & irrevocabili dominii jure. Novella deciſ. Ultrajectin. 14. Aprilis anni 1659. *artic. 9.* ibique Abr. a Weſel *in commentariis.* Jacob. Coren *obſerv. 7.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 4.* Vinnius *ad princip. Inſtit. h. t. num. 2. in fine.* Parens p. mem. Paul. Voet *ad §. 1. Inſtit. h. t. num. 5.* ſive bonorum omnium, ſive tantum reditus illius vitalitii, uſusfructus conceſſus ſit, cum eædem utroque in caſu militent rationes. Nec caret firmiſſimis hæc ſententia fundamentis, iisque talibus, quibus ſimul ſubvertuntur ea, quæ in contrarium adduci ſolent. Primo etenim reditus hi vitalitii iis nequeunt rebus annumerari, quæ uſu conſumuntur, & in quibus quaſi uſusfructus conſtituitur cum onere reſtituendi eandem quantitatem, aut æſtimationem ejus; ſed magis jus ipſum reditus tales percipiendi pro ſorte habendum, & annis ſingulis cedens reditus in fructu eſt: quem licet in univerſum abſumat, aut ſaltem retineat fructuarius, tamen ſalvum manet ipſum percipiendi jus, finito uſufructu reverſurum ad proprietarium, qui ex eo tempore omnem reditus iſtius habebit utilitatem, quamdiu ſuperſtes eſt is, in cujus mortem incertam reditus vitalitii interitus collatus eſt. Neque quicquam hic turbat, quod fructuario vivente mori poſſit is, a cujus mortalitate pendet duratio talis reditus, atque tunc nihil in univerſum ad proprietarium rediturum ſit: ſufficit enim ad verum uſumfructum conſtituendum, quod caſu eveniente potuerit ad eum utilitas pervenire. Quod ut manifeſtius appareat, conſiderandum, idem in navigiorum, veſtimentorum, pecorum, jumentorum ac ſervorum uſufructu, quod in reditu vitalitio, contingere ac quotidianum eſſe. Quisquis navigii uſumfructum habet, illud navigatum mittere poteſt, dummodo non imperitos navigio præfecerit, & in conſtituendo navigandi tempore culpa careat; quæſtum tunc omnem ſibi ſervaturus, etſi naufragii periculum immineat, & ea poſſit ratione accidere, ut vivo fructuario merſa navis nullam in poſterum proprietario utilitatem allatura ſit; quia, ut JCtus ait, navis ad id paratur ut naviget. *l. arboribus 12. §. navis 1. ff. h. t.* junct. *l. utique autem 16. §. 1. l. ſi navis 62. ff. de rei vindicat.* Groenewegen

ad d. l. 12. §. 1. ff. h. t. Quemadmodum veſtes ad id, ut atterantur; in quibus tamen ſi verus uſusfructus conſtitutus ſit, ſupervivens diutius fructuarius liberari poteſt easdem reddendo, quantumvis ſine dolo malo attritas, & uſui nulli deinceps futuras. *l. ſi uſusfructus 9. §. ſi veſtis 3. ff. uſufruct. quemadm. caveat.* Sed & pecorum & jumentorum & ſervorum verum eſſe uſumfructum, conſtat; quorum tamen omnium fructus ac commoda ab incerto animalium talium atque ſervorum interitu dependere, in aperto eſt; ſic ut non raro per inexpectatam eorum mortalitatem, fructuario ſuperſtite evenientem, non proprietarius tantum, ſed & ipſe fructuarius omni ulteriore excidat emolumenti ſpe. Quæ cum ita ſint, abſurdum videri nequit, ſi tota quoque annua reditus vitalitii penſio in fructuarii ſolius cedat utilitatem, nec utilis poſtea proprietario ſit, caſu ita eveniente.

26. Quia vero ſervorum & jumentorum pecorumque injecta mentio eſt, operæ pretium fuerit inſpicere, quid horum in fructu ſit, quidque in iis fructuario liceat, quid non. Partum quidem ancillæ fructuariæ in fructu non eſſe; operas tamen ſervorum ac jumentorum, & lac, & pilum, & lanam, & fœturam fructuario acquiri placuit, §. *in pecudum 37. ff. de rer. diviſ. l. in pecudum 28. ff. de uſuris. §. de iis autem 4. Inſt. per quas perſon. cuique acquir. l. in hominis 3. & 4. ff. de operis ſervorum.* eo excepto, quod uſufructu gregis dato, non aliter fœtura ei acquiratur, quam ſi grege integro edita ſit. Cum enim boni viri arbitratu frui oporteat, neceſſitas a jure fructuario impoſita eſt ſupplendi ex fœtura ſeu agnatis defectum gregis, inque capitum demortuorum locum alia deinceps naſcitura ſubſtituendi, donec rurſus ad plenum ſui numerum grex auctus ſit. *l. vetus fuit 68. & ll. ſeqq. ff. h. t.* Sed nec interdictum fructuario eſt, diſciplinis vel arte inſtituere ſervum, cujus teſtator quaſi miniſterio vacuo utebatur, ut arte ejus ac peritia fruatur, *l. ſi pendentes 27. §. ſi ſervi 2. ff. h. t.* miniſteriis quoque aliis adhibere ſervum, jumentumve, quam quibus ipſe proprietarius ſolebat addicere: dummodo illud obſervet, ne feritate ſua vel ſævitia deteriorem efficiat, ſive torquendo, ſive flagellis cædendo, ſive cicatricibus deformando, ſive alia quacunque ratione modicam egrediendo caſtigationem. *l. ſed, ſi quid 15. §. & generaliter 3. l. locum 17. §. ex eo 1. infine. l. ſed ſicuti 23. §. 1. ff. h. t.* Neve contumelioſe injurioſeve utatur,

aut

aut contrariis, vel interdictis, vel inusitatis ministeriis artificium ejus corrumpat: *d. l. locum 17. §. 1. l. si pendentes 27. §. si dominus 1. & ult. ff. h. t.* nam si librarium rus mittat, & qualum & calcem portare cogat; si histrionem balneatorem faciat; vel de symphonia atriensem; vel de palæstra stercorandis latrinis præponat, abuti eum proprietate, Ulpianus ait *d. l. sed, si quid 15. §. mancipiorum 1. ff. h. t.* Cedit insuper Fructuario quicquid ipsius fructuarii contemplatione servo fructuario donatum, legatum aut institutionis titulo datum probari potest, *l. si servi 21. & 22. ff. h. t.* quasi hoc quoque ex re fructuarii quæsitum esset, quod ejus contemplatione datum fuit; arg. *l. aditio 45. §. ult. ff. de acquir. vel omitt. hered.* cum alioquin hereditatis aditio in operis servi non sit. *d. l. 45. pr. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Plura vide apud Meyerum *colleg. Argentor. ad Pand. h. t. num. 47. et seqq. ad finem.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 27.*

27. Quodsi ususfructus castri vel territorii cum appertinentiis (ut vulgo loquuntur) relictus sit, vel etiam ususfructus omnium bonorum, sub quibus tale castrum aut territorium comprehensum est, magis est ut cum cæteris fructibus etiam ad fructuarium, excluso proprietario, pertineat exercitium juris patronatus ecclesiastici, sive illud plenum sit, consistens in jure præsentandi, sive minus plenum, comprobationem reprobationemve electi complectens. arg. *cap. ex literis 7. extra, de jure patronatus.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 36. num. 35.* Costalius *ad l. 7. ff. de usufructu.* Molinæus *ad Parisienſ. conſuetud. tit.* 1. *§.* 1. *gloſſ.* 1. *num. 49. et ſeqq.* Vinnius *ad princ. Inſtit. de uſufructu num. 2.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 1. num. 4.* Leeuwen *cenſur. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 4.* Resposa JCtor. Holland. *part. 4. consil. 53.* Confer Anton. Matthæum *in oratione de jure patronatus*, & Wissenbach *ad Pand. tit. ad Senatusconsult. Trebellian. vol. 2. disput. 9. n. 19.* Omnis quoque utilitas, quæ ex munerum & officiorum in eo territorio vacantium collatione redigitur, sive lege, sive more, Vinnius *d. loco.* adeo ut honoribus & muniis per fructuarium admoti non excidant munere vel dignitate per mortem fructuarii, sed in administratione post usumfructum extinctum jure perseverent, (etsi alioquin facta a fructuario rerum elocatio morte ejus evanescat, *l. si quis domum 9. §. hic subjungi 1. ff. locati*) uti enim perceptio fructuum perpetuum in fructuario

effectum habet, ſic ut poſt perceptionem illi nunquam ad proprietarium revertantur, fructuario licet mox poſt perceptionem moriente; ſed nova fructuum percipiendorum tempeſtas per proprietarium expectanda eſt: ita quoque collationem muneris aut dignitatis ſemel a fructuario factam, tanquam fructus civilis perceptionem, vim ſuam atque durationem extendere ultra fructuarii mortem, rationis eſt; donec vacante legitimis modis munere vel dignitate, termini habiles rurſus extiterint collationis de novo faciendæ, percipiendæque inde ſperatæ utilitatis. Reſp. JCtor. Holl. *part. 4. conſil. 53.* Cedunt inſuper fructuario cenſus, & canon annuus, & laudimia ob alienationem aut inveſtituræ renovationem, aut in recognitionem directi vel antiqui dominii præſtanda. Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 23. defin. 6.* Jul. Clarus §. *emphyteuſis quaeſt. 23. num. 5.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 36. num. 45.* Mollerus *ſemeſtrium lib. 4. cap. 5. num. ult.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 4. num. 19.* Vinnius *ad princip. Inſt. de uſufructu num. 2.* mulctarum pœnarumque & ſigilli compendia. Coſtalius *ad l. 7. ff. h. t.* Caſtillo Sotomayor *d. cap. 36. num. 30.* Vinnius *d. num. 2.* adeo ut proprietarius in fructuarii præjudicium mulctas, pœnasque, & ſimilia, nequeat delinquenti remittere; cum ſecundum ante dicta nihil agere poſſit, aut impedire, quo minus fructuarius fructus, quantos poteſt maximos, boni viri capiat arbitratu. Burgundus *ad conſuet. Flandr. tract. 10. num. ult.* Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 5. num. 27.* Bona quoque ob delictum publicata, ſi territorio jus publicandi cohæreat, ſive mobilia ſint ſive immobilia; uti & bona vacantia; uti hæc pluribus adſtruit Ant. Matthæus *de auct. d. lib. 2. cap. 4. num. 17. 18. & 22. in fine.* Denique etiam res adſcriptitiorum ſeu talliabilium hominum (ut loquuntur) de quibus egi *tit. de ſtatu hominum;* quibus dominus vel in totum vel pro parte ſuccedit, pro vario regionis cujusque, in qua tales adſcriptitii reperiuntur, jure moreve: ſi modo talis obventio perſonalis ſit, id eſt, ex defuncti adſcriptitii perſona ac conditione promanans, cum talis ſucceſſio non longe recedens ab ea, quæ eſt in bona vacantia, vere ſit reditus aliquis fiscalis vel dominicus, ſæpius novorum adſcriptitiorum mortalitate, etſi non ſtatis temporibus, renaſcens. Ita poſt Ant. Fabrum *Cod. lib. 3. tit. 23. defin. 4. & 5.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 4. num. 22.* Ipſos ſane fundos quod attinet, quibus homines

mines tales adſcripti ſunt, ſi quidem illos poſt adſcriptitiorum, ſine ſucceſſoribus decedentium, mortem ad dominos redire contigerit; fructuario nequaquam eorundem proprietas ceſſura eſt, non magis quam utile emphyteuſios dominium, ſi emphyteuſis, cujus canonem emphyteuta jure uſusfructus accipit ſuumque facit, uſufructu durante finiretur; eo quod utile iſtud dominium, quod penes adſcriptitium aut emphyteutam fuit, per conſolidationem ita dominio directo unitum, nunquam renaſcitur ſive naturaliter ſive civiliter, adeoque in fructu non eſt; cui conſequens eſt, ut ad ſummum conſolidati dominii utilitatem annuam, ſeu fructus talium prædiorum adſcriptitiorum & emphyteuticariorum, fructuario, quamdiu vivit, & non ultra, aſſeramus. Faber *d. loco.* & Matthæus. *d. c. 4. num. 14. & 22.*

28. His ita circa nobiliores rerum ſpecies obſervatis, conſiderandum generaliter, uſufructuarium fructus omnes irrevocabili jure ſuos facere, ſive naturales ſive induſtriales ſive civiles; ut tamen naturales & induſtriales non aliter ſuos faciat, quam ſi ipſe eos perceperit, vel alius ejus nomine, nec maturis fructibus, ſed necdum a ſolo ſeparatis, moriens eosdem ad heredes transmittat. §. *is vero ad quem 36. Inſt. de rer. diviſ. l. ſi fructuarius 13. ff. quib. mod. uſusfr. vel uſus amitt. l. in ſingulos 8. ff. de annuis legatis. l. qui ſcit 25. §. 1. ff. de uſuris.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 39. num. 17.* D. Someren *de jure novercar. cap. 13. n. 6.* Quæ & ratio eſt, quod fructus pendentes a prædone ſeparatos atque ſurreptos ex fundo fructuario, non fructuarius, ſed proprietarius, tanquam fructuum iſtorum dominus, furtiva perſequitur condictione *l. arboribus 12. §. ult. ff. h. t.* quod autem hæc aliter in bonæ fidei poſſeſſore obtineant, in quantum is fructus ſuos facit, quam primum a ſolo ſeparati fuerint, ſive ipſe, ſive extraneus eos ſeparaverit, ſive ſine cujusquam ope ſponte deciderint, *d. l. 13. ff. quib. mod. uſusfruct. vel uſus amitt. l. qui ſcit. 15. §. in alieno 1. in fine ff. de uſuris.* ejus iſta ratio eſt, quod bonæ fidei poſſeſſor, quod ad fructus attinet, domini loco pene fit, & bona fides ei tantum præſtet, quantum veritas, quoties lex impedimento non eſt, *l. bona fides 136. ff. de reg. juris. l. bonae fidei 48. ff. de acquir. rer. domin. d. l. 25. §. 1. ff. de uſuris.* & quia fructus demum ſeparatione videntur induere propriam diſtinctamque fructuum naturam, dum adhuc

pendentes non ut fructus, sed ut pars soli, considerantur, *l. fructus pendentes 44. ff. de rei vindic.* adeoque fundi possessor fructuum quoque pendentium non tam dominus, quam possessor erat; ideo ipsa separatione, qua desinebant pars fundi esse, dominium eorum possessori, perinde quasi domino fundi, mox cœpit acquiri. Contra vero nuspiam de fructuario cautum opinor, eum loco domini pene esse, ac usumfructum ei tantundem præstare, quantum præstat dominii jus: sed tantum ex jure ususfructus ei acquisitum videri potest jus percipiendi fructus ex aliena re, quæ fructuum perceptio cum in facto ejus, qui utitur fruitur, consistat; *l. 1. pr. ff. quando dies ususfr. leg. cedat.* consequens est, ut moriens, antequam eos per se vel alium percepisset, & ita amittens utendi fruendi jus, non potuerit ad heredes transmittere percipiendi facultatem, atque adeo nec ullum jus in fructus pendentes. Neque id, quod de fructibus maturis, sed adhuc pendentibus, ad heredes fructuarii non transmittendis, jus Romanum statuit, ratione caret; cum etiam usufructu legato, si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos laturus esset, si die legati cedente, adhuc pendentes deprehendisset. *l. si pendentes 27. ff. h. t.* Garsias *de expens. & melior. cap. 11. num. 60.* Responsa JCtor. Holl. *part. 5. consil. 256.* Jac. Coren *consil. 19. num. 38. & seqq.* Leeuwen *censur. forens. part. 1. lib. 3. cap. 8. num. 9. in fine.* usque adeo, ut si heres scriptus ob hoc tardius adeat, ut tardius ad legatum ususfructus perveniretur, atque ita ipse fructus maturos a solo separet, hos ipsos quoque fructuario teneatur præstare, ne ex mora sua cum alterius detrimento lucretur. *l. si ususfructus 35. l. 36. §. ult. l. quod si heres 47. ff. h. t. l. uti frui 5. §. si post 4. ff. si ususfr. pet.* arg. *l. si quis rogatus 53. pr. & §. 1. ff. de fideicommiss. libertat. l. cujuscunque 60. ff. h. t.* Idemque est, si stipulanti ususfructus promissus sit, & mora in eo constituendo aut patientia fruendi præstanda committatur. *l. quaesitum est 37. ff. h. t.* Confer Donellum *comment. jur. civil. lib. 10. cap. 9.* Interim meminisse oportet, sive fructuarius percipiat fructus tempore eo, quo moriebatur testator & dies legati cedebat, pendentes, sive fructuario moriente fructus pendentes ad proprietarium revertantur, utroque in casu fructus non intelligi, nisi qui supersunt, deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt; sic ut ipso jure ex his con-

tin-

tingat diminutio fructuum, *l. si a domino 36. §. ult. ff. de petit. hered. l. quod in fructus 46. ff. de usuris. l. fructus 7. ff. soluto matrimon. l. 1. C. de fructib. & litium expensis.* ac proinde necesse est, eum, qui fructus suos faciet, has omnes ei refundere, qui eas fecit, heredive ejus. Garsias *de expensis d. cap. 11. num. 60.* Costalius *ad l. 7. §. quoniam 2. ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechlinienf. tit. 15. art. 5. num. 6.* Peckius *de testam. conjug. lib. 5. cap. 24. num. ult.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. 37. Instit. de rer. divis. num. 1.* vers. *licet.* Responsa JCtor. Holl. *d. part. 5. consil. 256.*

29. Nihil autem refert, maturos fructus perceperit fructuarius, an immaturos, si modo usum præbere solebant & a bono diligente patrefamilias, antequam maturuerint, separari; ut in olea immatura lecta, sylva cædua, fœno immaturo, similibusque contingit: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono, aut fructuario, dominove, eum fructum tollere expedit. *l. si absente 48. §. 1. ff. h. t. l. pen. ff. de usu & usufr. legato.* Quibus non adversatur, quod ex lege Aquilia teneri dicitur, qui olivam in maturam decerpserit, vel segetem desecuerit immaturam, vel vineas crudas *l. si servus 27. §. si olivam 25. ff. ad. leg. Aquil.* Distinguendum etenim inter maturitatis gradus: nam si olea sic immatura sit, ut neque decocta adeoque caduca prope sit neque apta pressioni, actioni ex lege Aquilia locus est; at si decocta quidem non sit, nec proxima perniciei, idonea tamen, quæ in usus hominum more boni patrisfamilias exprimatur, nec actio legis Aquiliæ danda est, nec in boni patrisfamilias officium impingit fructuarius, eandem a solo sic immaturam separando. arg. *d. l. 27. §. 25.* adde D. Noodt. *tract. ad. leg. Aquil. cap. 17.*

30 Fructus civiles quod attinet, puta pensiones, & quidem illæ solvantur ex re singulis momentis usum præbente, veluti ædificio, aut servo vel jumento, anni postremi pensiones pro rata temporis, quo constitit eo anno ususfructus, inter proprietarium & fructuarium dividendi sunt. *l. si operas 26. ff. h. t.* Idemque in usuris statuendum, si nominum, seu sortium fœnori collocatarum, ususfructus legatus sit; cum & pecunia quotidie suum usum, adeoque fructum civilem habeat, & usuræ vicem fructuum in multis obtineant. arg. *l. uxori fructu 24. ff. de usu & usufr. legato.* junct. *l. usurae 34. ff. de usuris.*

Sed si pensiones percipiantur ex re, statis tantum temporibus utilitatem ferente, toties fructuario heredive ejus in totum cessuræ sunt, quoties iisdem jam a solo separatis ususfructus extinctus est; etsi necdum dies extiterit, quo pensiones ex more regionis debebant inferri: proprietario vero in totum, si fructibus adhuc pendentibus jus ususfructus finem acceperit. *l. defuncto fructuario 58. ff. h. t.* Cujus definitionis ea ratio est, quod surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est, atque adeo jure eodem, quo fructuum ipsorum acquisitio regi debebat, surrogatam quoque in locum eorum pensionem censeri oportuit. Cum ergo certi juris esset, ædium rerumque similium in dies usum præbentium utilitatem fructuario obventuram fuisse usque ad ipsum ususfructus interitum, ac deinceps proprietario, si non fuissent elocatæ; meræ etiam æquitatis & rationis fuit, dividi pro rata temporis conventam mercedem. Rursus, cum agri fructus separatos pleniſſimo jure fructuarius suos faciat, utcunque post separationem confestim decedat, nullos vero fructus tempore ususfructus finiti pendentes aut sibi acquirat aut secundum ante dicta transmittat in successores; iniquum fuisset, pensione fraudari eum, cui citra elocationem totus cessisset agrorum proventus. Præsertim, si consideres, a mero fructuarii arbitrio pendere, utrum ipse fructus colligere aut uti rebus velit, an pacta mercede frui, etiamsi rei jam locatæ usumfructum adeptus sit; cum ei, tanquam successori particulari, licentia fuerit a jure data conductorem ante tempus expellendi. *l. arbores 59. §. 1. ff. h. t.* Neque hanc circa fructus civiles distinctionem turbat, quod soluto matrimonio fructus rerum omnium dotalium, sive ædium, sive agrorum, inter maritum & uxorem dividi placuit pro rata temporis, quo matrimonium duravit; *l. fructus 7. §. Papinianus 1. ff. soluto matrimonio.* qua forte motus Hugo Grotius pensiones agrorum inter proprietarium quoque & fructuarium dividendas censet *Manuduct. ad juriſp. Holl. lib. 2. cap. 39. n. 18.* Illud enim ideo receptum constat, quod æquum fuerit, dotis fructus nec breviore nec longiore tempore marito acquiri, quam quo is onera matrimonii sustinuisset; quippe quorum onerum ferendorum sola consideratione dotes datæ. Adde Castillo Sotomay. *de usufr. cap. 77. 78. 79.* Christin. *ad Leg. Mechl. tit. 15. art. 5.* Donellum *comment. jur. civilis lib. 10. cap. 9.* Vinnium *ad §. 36. Instit. de rer. divis. n. 3.* Jac. Coren *consil. 19. n. 44.* &

44. & seq. Resposa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 133. quaest. 2. part. 2. cons. 19. quaest. 4. & part. 3. vol. 2. cons. 120.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 20.*

31. Cum vero supra traditum fuerit, mulctas, pœnas, commoda ex investituræ renovatione, emphyteusios venditione, ministeriorum, honorum, dignitatum collatione in fructu esse, dicendum videtur, in hisce & similibus non delicti perpetrati, accusationis institutæ, nec aperti feudi, aut honoris vel beneficii ministeriive vacantis, vel emphyteusios divenditæ, tempus spectandum esse; sed potius condemnationis in pœnis mulctisve, renovatæ investituræ in feudis apertis, confirmatæ venditionis in emphyteusi per acceptationem laudemii, realis denique collationis beneficiorum aut ministeriorum vacantium, an scilicet tunc fructuarius in vivis sit, & ususfructus adhuc perduret, ut inde commoda sperata lucretur; prius vero mortuus, vel usufructu exutus, nullum ipse lucrum inde capiat, aut ad suos transmittat heredes. Omnia namque generis hujusce commoda, non quotidie aut singulis momentis, sed, prout occasio tulerit, obvenientia, quamdiu acquisita seu percepta non sunt, non inepte fructibus pendentibus assimilaveris, quos post finitum usumfructum neque fructuario cedere, neque ad heredem ejus transire, jam ante observatum est. Scilicet, accusare reum pro obtinenda pœna mulctave, litem pro laudemiis aliisque commodis movere, sementis est; messem sententia judicis & executio ejus facit. Burgundus *ad consuet. Flandriae tract. 10. n. 11.* Petrus Barbosa *ad l. divortio 8. §. si vir ff. soluto matrimon. n. 44.* Ant. Matthæus *de auctionib. lib. 2. cap. 4. n. 23.* & plures alii ab eo allegati: etsi de renovatione investituræ & similibus dissentiat Molinæus *ad consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 1. gloss. 1. n. 49. & seqq.*

32. Cæterum, quid usufructuario liceat circa res fructuarias, maxima ex parte ex commodis recensitis jam innotuit: neque dubium, quin rei fructuariæ possessionem penes se constitui, recte petat, *l. cujuscunque 60. §. 1. ff. h. t.* ac alteri quoque rem fructuariam possit fruendam concedere, sive vendendo, sive locando, sive precario vel commodato concedendo; cum & qui locat, & qui vendit, & qui gratis concedit, utatur, *l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. ff. h. t. & passim.* dummodo meminerimus, & locationem & omnem aliam concessionem usufructu finito resolvi, etsi in longius tempus factam.

l. si

l. ſi quis domum 9. §. hic ſubjungi 1. ff. locati. Quod tamen in agris ædibusque apud nos cum eo temperamento accipiendum videtur, ut non protinus intempeſtivo tempore conductor excedere jubeatur, ſed prævia matura denunciatione, ſpatioque congruo, quo ſibi de alia colonia vel habitatione proſpiciat, intermedio, ſtatis pro more regionis temporibus emigret. Reſponſa JCtor. Holland. *part. 4. conſil. 51.* Pignori quoque obligare uſumfructum ſuum, fructuario datum eſt: *l. ſi is, qui 11. §. uſusfructus 2. l. & quae nondum 15. ff. de pignor. & hypoth.* nam & fructus rei eſt vel pignori dare licere, *l. fructus rei eſt 72. ff. de reg. juris. l. ult. ff. de uſuris.* &, ſi forte judiciali ſententia creditoribus ſuis condemnatus ſit, ipſum etiam uſumfructum pignori capi judicati exſequendi cauſa, nihil vetat, ut percepti vivo fructuario fructus in judicati cedant exſolutionem; idque exemplo rerum fideicommiſſo obnoxiarum; arg. *l. peto 69. §. praedium 1. ff. de legatis 2. l. Statius Florus 48. §. ult. ff. de jure fiſci.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 32. defin. 21.* Berlichius *concluſ. pract. part.* 1. *concluſ. 80. n. 26.* niſi teſtator uſumfructum legans nominatim vetuiſſet, ne pro ære alieno anteriore uſusfructus obnoxius ſit; cum talem quisque rei ſuæ legem dicere poſſit, qualem voluerit, quoties lex impedimento non eſt. Leeuwen *cenſur. forenſ. part.* 1. *lib. 2. cap.* 15. *n.* 14.

33. Arcere inſuper omnia poteſt, quæ uſumfructum impediunt, rebusve fructuariis damnum videntur allatura. Atque ita, ſi novo opere cœpto noceatur a vicino, vel procuratorio nomine novum opus nunciare poteſt, vel uſumfructum vindicare ab eo, qui opus novum parat; quæ vindicatio præſtabit ei quod ejus interfuit, opus novum factum non eſſe, *l. 1. §. ult. ff. de operis novi nunciat.* ſive novum opus faciat vicinus, ſive ipſe proprietarius. Etſi enim proprietario ipſi nequeat fructuarius novum opus nunciare, *l. 2. ff. de operis novi nunciat. l. un. §. pen. ff. de remiſſion.* uſumfructum tamen vindicare poteſt, quoties jus uſusfructus a proprietario lædi conſtat; *d. ll.* quippe cui neque ædificia fructuaria altius invito fructuario tollere licet, neque areæ fructuariæ ædificium imponere, *l. uſufructu 7. §. rei 1. ff. h. t. l. repeti 5. §. ult. ff. quib. mod. uſusfr. amit.* neque, ſi fructuariis ædibus alias vicinas habeat, altius tollendo luminibus ædificii fructuarii in totum officere, licet modice obſcurare non prohibeatur, ſalvo

eo

eo lumine, quod viri boni arbitrio poteſt habitantibus ſufficere. *l. ſi is, qui binas 30. ff. h. t.* Adde Groenewegen *ad l. 3. ff. de operis novi nunciat.* Sed & damni infecti cautionem a vicino fructuarius recte exigit, ſi ædibus fructuariis damnum immineat, ſic ut etiam mitti eum in poſſeſſionem ædium ruinoſarum, damni infecti cauſa, placuerit; & jure dominii poſſeſſurum ædes, ſi perſeveretur non caveri: usque adeo, ut ne finito quidem uſufructu ruinoſas ædes fructuarius reſtituere cogatur. *l. qui bona* 13. *§. ſuperficiarium 8. ff. de damno infecto. d. l. 7. §. 1. ff. h. t.* Denique nec dubitandum videtur, quin fructuarius, præſertim ille, cui bonorum omnium uſusfructus conſtitutus eſt, quique patientia proprietarii jus uſusfructus jam quaſi poſſidere cœpit, hereditarias actiones poſſit etiam ſine ſpeciali proprietarii mandato exercere, ſi non directo, at ſaltem per conſequentiam: ſive enim res hereditariæ ab aliis poſſideantur, ipſe uſumfructum vindicando haud dubie earundem avocabit poſſeſſionem, ut frui liceat; *l. cujuscunque 60. §. 1. ff. h. t. l. 1. l. uti frui 5. §. utrum 1. ff. ſi uſusfruct. pet.* ſive æs alienum exigendum ſit, recte debitores hereditarios ad ſolutionem interpellat; ſortesque fœnori collocatas repoſcit, quoties labi facultatibus debitores deprehendit; ſi modo tunc cautionem præſtet, in rerum fungibilium uſufructu adhiberi conſuetam, uti id non obſcure innuitur *l. 1. C. h. t.* in qua, dum Impp. Poſidonio reſcribunt: *ſi uſusfructus omnium bonorum teſtamento uxoris marito relictus eſt; quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus ſolutam pecuniam accipere poteris, quam oblata ſecundum formam ſenatuſconſulti cautione;* nihil aliud ad id, ut fructuario recte per debitores ſolvatur, deſiderant, quam ut cautio fructuaria de reſtituendo, quæ perperam fuerat teſtamento remiſſa, interponatur. Altum ſane de proprietarii mandato ſilentium eſt: nec in ſpecie d. l. 1. id recte ſuppoſueris; cum, poſito exigendi vel accipiendi mandato, inepti eſſent Imperatores, non aliter, quam *cautione oblata* ſolutionem admittentes; quippe quæ vi mandati non fructuario tantum non caventi jure tutoque fieri poſſet, ſed & alteri cuivis nullum jus uſusfructus habenti. Parum facit in contrarium, quod fructuarius procuratorio nomine novum opus nunciare dicitur, *l. 1. §. ult. ff. de operis novi nunciat.* unde concludendum videbatur, ad agendum mandato opus eſſe, ſine quo procurator non eſt. Etenim primo quidem ex

eo

eo, quod procuratorio nomine nunciare dicitur, non ſatis mandati ſpecialis per proprietarium interponendi neceſſitas evincitur; cum eo ipſo, quo quaſi poſſeſſio uſusfructus fructuario per ceſſionem aut patientiam proprietarii quæſita eſt, in rem ſuam procurator cenſeri debeat conſtitutus, ad agenda univerſa, quæ ad rei fructuariæ tendunt conſervationem arg. *l.* 1. *§. ult. & l. 2. ff. uſufructuar. quemadm. caveat.* & vulgo DD. notante ac fruſtra diſſentiente Pinello *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 16. & 68. in med.* Sed & ſecundo non inepte reſponderis, id in novi operis nunciatione ſingulare eſſe, quod non ſuo ſed procuratorio nomine nunciat fructuarius, eo quod nunciatio iſta odioſa prorſus eſt, tanquam ſpecies executionis, judicialem cauſæ cognitionem antecedentis, dum prohibetur adverſarius, ne in opere cœpto pergat, donec de jure conſtiterit, a qua executione rarius, & non promiſcue per quemvis, ſed per dominum vel alium domini mandatum habentem, videbatur inchoandum: unde &, licet regulariter procurator de rato non caveat, novi tamen operis nunciationem faciens cautione de rato gravatur, dum forte generali quidem, at non ſpeciali mandato de nunciatione operis novi facienda inſtructus eſt; quo modo accipio *l. de pupillo 5. §. qui procuratorio* 18. *ff. de operis novi nunciat.* De cætero in ipſa *l.* 1. *§. ult.* juriſconſultus haud diffitetur fructuarium ſuo quoque nomine actionem habere, puta ipſius uſusfructus vindicationem, ad conſequendum id, quod ejus interfuit, opus novum factum non eſſe. Vide Fachineum *controv. lib.* 12. *cap. 35.* Argentræum *ad conſuet. Brit. art. 436. n. 2.*

34. Adſtructa fructuario hac agendi licentia, conſequens eſt, ut, ubi opus fuerit, jure petere poſſit a proprietario editionem tabularum & inſtrumentorum talium, quibus ad litem adverſus extraneos inſtruendam defendendamve egere dignoſcitur: nam, etſi rerum fructuariarum detentio ad fructuarium pertineat, ut ante dictum, non tamen tabularum & inſtrumentorum aſſervatio; quippe quam penes eum eſſe, cujus primario intereſt, adeoque in noſtro caſu penes proprietarium, colligi poteſt arg. *l. caeterae 4. §. ult. ff. famil. erciſc. l. inſtrumenta 24. C. de fideicommiſſ.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 59. num. 29.* Carpzovius *defin. for. part. 3. conſtit. 13. defin. 8. in fine.* Coſtalius *ad l. 48. ff. de act. emti in fine.*

35. Vi-

35. Vidimus, quæ commoda quærantur fructuario: reſtat ut, quae onera eundem ſequantur, tractemus. Impenſas quidem in arationem, ſationem, & generaliter eas, quæ fructuum quærendorum cogendorum conſervandorumque gratia fiunt, non proprietarium ſed ſolum fructuarium gravare, expeditum eſt; cum ſecundum ante dicta fructus, niſi deductis hujuscemodi ſumtibus, haud intelligantur. *l. ſi a domino 36. §. ult. ff. de petit. hered. l. quod in fructus 46. ff. de uſuris. l. fructus 7. ff. ſoluto matrimon.* Et, quia mulctarum pœnarumque compendia, & laudimia, atque alia plura his ſimilia, in fructu eſſe ſupra demonſtratum eſt, magis eſt, ut fructuarius quoque impenſas ſubeat litium, ad hæc omnia obtinenda motarum; quin & earum, quæ pro defenſione jurisdictionis, non in univerſum ſed in actu hoc vel illo ſingulari turbatæ, ſuſceptæ ſunt. Prolixe Ant. Matthæus refellens Ant. Fabrum diſſentientem, *de auction. lib. 2. cap. 5. num. 24. 25. 26.* Plane, ſi non de fructibus, aut quæ fructuum loco habentur, nec de jure uſusfructus litem fructuarius exercuerit, ſed de ipſa rerum proprietate, dum alius forte res fructuarias, ut ſuas vindicabat, aut jus pignoris vel prædialis ſervitutis ſibi in fundo fructuario ajebat conſtitutum, aut debita a moroſis & tergiverſantibus debitoribus litis interventu exegit fructuarius, interim quidem impenſarum talium neceſſariarum onus ſubit, cum omnem interim ferat rerum utilitatem, ſed finito uſufructu erogata deducet ipſe, vel heres ejus, quaſi per impenſas tales minore reddito cumulo rerum fructuariarum; perinde ut impenſis neceſſariis ipſo jure dotis diminutionem contingere receptum fuit, quoties non ad præſentis anni fructum, ſed ad perpetuam rei utilitatem factæ ſunt. arg. *l. 1. 2. 3. 4. 5. ff. de impenſ. in rem dot. factis. l. 1. §. impenſae 4. ff. de dote praelegata.* Pinellus *ad l 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 68.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlin. tit. 15. art. 2. num. 9. 10.* Quod enim pater uſumfructum legalem habens in bonis adventitiis filiorumfamilias juſſus eſt a Conſtantino Imperatore *ſumtus ex fructibus impigre facere*, quoties id, quod filiis jure debetur, judicio poſcendum eſt, aut litem inferentibus reſiſtendum, *l. 1. C. de bonis maternis*, non illud ex jure uſusfructus deſcendit; ſed magis, quod pater idem & fructuarius eſſet, & legitimus ſimul adventitiorum adminiſtrator, imo ante dictam Conſtantini conſtitutionem dominus bonorum ex matris ſuc-

ſucceſſione ad liberos devolutorum; quod dominium dum per *d. l. 1.* patri ademtum fuit, reſervatum nihilominus quantum ad litis impenſas antiquum jus, quaſi adhuc ſolidum perfectumque ei dominium quæſitum eſſet. *d. l. 1.* Confer Pinellum *d. loco.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 55.*

36. Illud extra dubium eſt, quoniam omnis rei fructus ad fructuarium pertinet, modicam quoque reſectionem ad eum ſpectare, ut rem tueatur eo in ſtatu, in quo accepit: *l. uſufructuarius 44. ff. h. t.* cui conſequens eſt, ut & adſerere vites ac arbores cogatur in ſeminario, vel in locum demortuarum ſubſtituere; & agrum proſcindere & aquæductus conſervare, *l. uſufructu 7. §. ult. l. item. 9. §. ſeminarii 6. l. ſi cujus rei 13. §. de praeteritis 2. l. agri 18. ff. h. t.* & ſarta tecta ædificia habere, idque non in neceſſariis tantum, ſed & in voluptatis cauſa paratis, velut tectoriis & pavimentis. *l. uſufructu 7. §. 2. & 3. ff. h. t. l. eum 7. C. h. t. l. ſi domus 18. ff. de uſu & habitat.* jumenta ſervosque ſufficienter alere & veſtire, ſecundum ordinem & dignitatem mancipiorum, imo & valetudinem eorum curare, *l. ſed ſi quid 15. §. ſufficienter 2. l. ſicut. 45. ff. h. t.* niſi teſtator voluerit, ut hos omnes ſumtus heres ſubiret. arg. *l. ſi extraneo 46. §. 1. & l. 47. l. uſufructu 52. ff. h. t.* Si quæ tamen vetuſtate corruant, quorum inſtauratio graviorem eſſet ſumtum deſideratura, reficere non cogitur, *d. l. 7. §. 2. ff. h. t.* ſed ſi utiliter refecerit, haud dubium, quin in id erogata jure repoſcat. Adde Weſel *de connub. bonor. ſociet. tract. 2. cap. 2. num. 169. & ſeqq.* Caſtillo Sotomay. *de uſufructu cap. 56. 57.* Eoque pertinere exiſtimo, quod a Paulo traditum in *l. 1. §. 1. ff. de ſervit. praed. urban.* ſi uſusfructus tuus ſit ædium, proprietas mea, quæ onera vicini ſuſtinere debeant, mecum in ſolidum agi poſſe, tecum nullo modo; quaſi hæc quoque refectio parietis excederet fructuum rationem. Sane, ſi id quod vetuſtate corruptum eſt, reparatione indigeat, ut fructuarius re fructuaria uti frui poſſit, veluti, cum villa reſtauranda eſt, cogendis ac conſervandis fructibus neceſſaria, magis eſt ut hujus ædificationis neceſſariæ impenſa non proprietarium ſed fructuarium gravatura ſit. *l. Titius Maevio 50. ff. h. t.*

37. Præter modicam refectionem, alia inſuper onera fructuarius agnoſcit: qualia ſunt ſtipendia vel tributa, vel indictio temporaria, vel ſalarium, ſive ſolarium, vel alimenta

ab

ab ea re relicta; ut &, si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquæductus, quæ per agrum transit, pendatur; vel si quid ad collationem viæ, aut ob transitum exercitus ex fructibus præstandum sit; vel si qua fructuum pars municipio pro more regionis viliore pretio sit addicenda. *l. usufructu 7. §. quoniam 2. l. si pendentes 27. §. si quid 3. l. usufructu relicto 52. ff. h. t.* (in qua l. 27. §. 3. in fine recte legi *fusiones*, easque idem esse cum indictionibus, notat Rævardus 3. *varior. cap.* 13.) Quibus consentaneum est, ut & reficiendi aggeris onus fructuarium gravet, etiamsi is aliqua sui parte perruptus fuerit, subsederitve, ut propterea nova quadam indictione opus sit. arg. *l. quaero 28. ff. de usu et usufr. legato.* Confer Responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 57. quaest. 5.* & *consil. 133. qu. 3.* Sed & census aut canonis præstatio, quoties agri censualis aut emphyteuticarii ususfructus est. Idemque in reditibus fundorum aliis mere realibus probandum. Alios sane reditus quod attinet, pro quorum præstatione personalis obligatio est, & simul prædia sive rustica sive urbana pignoris jure devincta, eorum onus agnoscere non tenetur is, cui prædii talis ususfructus singularis constitutus est; cum etiam in ipsa rerum proprietate legata ita jus sit, ut heres pignus luere debeat, & ita rem legatario præstare liberam a pignoris obligatione. *§. sed & si 5. Instit. de legatis.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. consil. 391.* Aliter quam obtineret in eo, cui bonorum omnium ususfructus datus: quippe qui reditus omnes a defuncto debitos, etsi mere personales, quin & ipsos vitalitios a defuncto promissos exsolvere ex fructibus obligatus est. Responsa JCtor. Holl. *part. 2. consil. 61.* Quin & alimenta, quæ defunctus debuit, quoties ad heredem transit alendi onus: denique & legata annua, si modo fructus ad ea sufficiant. *l. ult. §. sin autem aes 4.* vers. *sin autem legata C. de bonis quae liberis.* Andr. Gayl *lib. 2. observ. 146. n. ult.* Neostadius *Curiae Holl. decis. 11. in fine.* Responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 57. quaest. 4.* ut ita, quem universa hereditatis commoda renascentia sequuntur, omnesque reditus ac ipsi quoque vitalitii, secundum ante dicta, eundem similia incommoda atque onera vicissim gravent. arg. *l. secundum 10. ff. de reg. juris. d. l. 7. §. 2. pr. ff. h. t.*

38. Non tamen fructuarium gravant insolita tributa graviora fructibus haud proportionata; puta, quæ ab hostibus ir-

ruptionem facientibus, & ferro flammaque cuncta vastantibus, incendii terrore injecto extorta sunt; aut in exsiccationem agrorum jam tempore longiore a mari occupatorum, novoque aggere cingendorum, erogata: quippe quæ omnia licet ab initio expendere fructuarius teneatur, quasi diminutis hactenus rebus, quarum ususfructus constitutus est, finito tamen usufructu deductio earum vel repetitio ei haud videtur deneganda; ne, si hæc fructuario imputaveris, eveniat, ut ususfructus ei inutilis sit, ne plurium quidem annorum proventu damna talia valente sarcire. Et sane, si ea, quæ vetustate corruerunt, fructuarius suo non cogatur sumtu reficere, quasi id egrederetur fructuum rationem; *l. usufructu 7. §. quoniam 2. ff. h. t.* etiam non est, quod impensas superiores, quibus ædes a plenario vindicantur, interitu, agrique quasi a suis repetuntur initiis atque origine, fructuarii dispendium fore arbitremur. Adde Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit. 15. art. 2. n. 10.* Castillo Sotomay. *de usufructu cap. 57.* Et in hanc facit sententiam, quod traditum ab interpretibus, graviorem impensam in res dotales factam, & in specie hanc, de qua nunc sermo est, soluto matrimonio per maritum oportere deduci, cum fructibus haud compensandam. Wesel *de connub. societ. tract. 2. cap. 3. n. 17. & seqq.* Facit denique, quod neque vicesima hereditatis pars, fisco debita nomine collateralis (quod ajunt) successionis, neque centesima aut ducentesima patrimonii, toties hoc nostro seculo ad sublevandas fisci angustias & tolerandos belli sumtus depensa, ex fructibus exsolvenda sit, sed fructuarius eas inchoante vel durante usufructu solutas, eodem finito jure reposcat, secundum id quod Hollandis placuit *edictis de quadragesima & vicesima art. 6. vol. 1. placit. Holl. pag. 1955. & interpret. edicti de nummo 100. & 200. anno 1674. 28. Julii, vol. 3. pag. 1070.* Quo modo etiam laudemia pro investituræ renovatione præstanda non ad fructuarii sed proprietarii onus spectare, si alteri proprietas, alteri ususfructus feudalium legatus sit, placuit Chassenæo *ad consuet. Burgund. rubr. 3. §. 1.* in verb. *propter debitum, circa fin.* versu *sed quis teneatur facere.* de quo tamen contra sentientem vide Molinæum *ad consuet. Parisiens. tit. 1. art. 33. gloss. 1. n. 155. 156. 157. 158. & 159.*

39. Quod si is, qui ædium aut fundorum sive publicorum sive privatorum usum in quinquennium conduxerat, eorum usumfructum alteri leget, legatarius quidem hisce utetur

utetur fruetur, durante tempore conductionis; sed pensionis annuæ onus haud subit, quippe quam heres præstare tenetur. *l. qui quatuor 30. §. qui hortos 1. ff. de legatis 3.* arg. *l. ei cui 16. 17. & 18. ff. de liberat.*

40. Sed & illud extra dubium est, usufructuarium nullatenus ad æs alienum defuncti, usumfructum legantis, ex fructibus exsolvendum obligari: sed potius id ipsum, cujuscunque generis sit, ac vel in funus erogatum, primo ex rebus omnibus deducendum esse; tum deinde in iis, quæ supersunt, usumfructum demum fructuario videri quæsitum; cum bona non intelligantur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt. *l. ult. ff. de usu & usufr. legato. l. usufructu 69. ff. ad leg. Falcid. l. ult. §. sin autem 4. C. de bonis quae liberis.* arg. *l. subsignatum 39. §. 1. ff. de verb. signif. l. mulier bona 72. ff. de jure dot.* Sande *decis. Frisic. lib. 5. tit. 3. defin. 1.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 146.* Peckius *de testam. conjug. lib. 5. cap. 24. n. 6.* D. Someren *de jure novercarum cap. 8. n. 4.* Wesel *de connub. societate tract. 2. cap. 3. n. 94. 95.* responsa JCtor. Holland. *part. 1. consil. 57. quaest. 4.* & *part. 2. consil. 61.* Quibus consentaneum est, ut si fructuarius pensitationes, tributa, census, aliaque onera realia, rebus fructuariis incumbentia, quorum dies jam vivo testatore cesserat, durante usufructu solvere coactus fuerit (ut cogi potest, arg. *l. cum possessor 5. §. ult. ff. de censibus. tit. Cod. sine censu & reliquis fundum alienari non posse*) finito usufructu velut defuncti æs alienum, a se exsolutum, jure desideret sibi reddi. arg. *l. Imperatores 7. ff. de publican. & vectigal.*

41. Cæterum in rebus fructuariis asservandis patrisfamilias diligentis, imo diligentissimi, partes fructuarius implere debet; cum omnem videatur suscepisse curam rei. *l. sed cum 65. ff. h. t. l. 1. §. ult. & l. 2. ff. usufructuar. quemadm. caveat.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 20.* Et licet derelinquendo usumfructum subducere sese possit oneri refectionis, quantum ad ea, quæ sponte sua deteriorata, reparatione opus habent, *l. si absente 48. l. cum fructuarius 64. ff. h. t.* non tamen id ei permissum, intuitu eorum, quæ suo suorumque facto reddidit deteriora. *l. sed cum 65. ff. h. t.*

TITVLVS II.
DE VSVFRVCTV ACCRESCENDO.

SVMMARIA.

1. *Quod respectu usufructus dividuus sit, quo modo jus accrescendi in usufructu admittatur, postquam jam concursu partes factae sunt?*
2. *Quomodo jure accrescendi gaudeat, vel non gaudeat ille, qui suam usufructus partem jam amisit, exemplis illustratur.*
3. *Non habet locum jus accrescendi, si alimenta duobus simul ex eodem praedio legata sint.*
4. *Quae sit ratio, cur in legato proprietatis ipso concursu collegatariorum evanescat jus accrescendi, non item in legato usufructus?*
5. *Inter confructuarios verbis tantum conjunctos non est jus accrescendi: nec inter eos, quibus separatim alternis annis usufructus legatus est: nec, si duo conjuges simul tertio donent omnia sua bona, reservato sibi usufructu, ac deinde unus conjugum moriatur.*
6. *Non cessat jus accrescendi, si unus ex confructuariis amiserit suam partem, sed ex testatoris voluntate receperit, dum is in casum amissionis repetiit usumfructum in testamento.*
7. *An, & quo jure usufructus servo plurium dominorum legatus, uni in solidum acquiratur, si alter partem non capiat?*
8. *An jus accrescendi locum habeat, si duobus simul dignitas aut munus, lucrum adjunctum habens, collatum sit donec vixerint?*
9. *An moribus nostris adhuc vigeat jus accrescendi inter confructuarios?*

Jus accrescendi non tantum in hereditatibus & proprietate legata, sed & in usufructu legato locum sibi vindicat: licet enim servitutes pleræque divisionem non recipiant, *l. stipulationes 72. ff. de verb. obligat. l. 1. §. si usufr. 9. ff. ad leg. Falcid.* nec pro parte amitti queant, *l. si communem 10. ff. quemadm. servit. amitt.* nec judicium communi dividundo admittant, *l. arbor. 19. §. si per eundem 2. ff. communi dividundo.* licet insuper ipse quoque usufructus naturaliter individuus sit, quia incorporalis est; civiliter tamen dividuus est; sic ut ab initio pro parte divisa vel indivisa constitui possit & amitti, sive non utendo, sive acceptilatione partis. *l. & per jusjurandum 13. §. si id 1. ff. de acceptilat. l. usufructus et ab initio 5. ff. de usufructu*

fructu et quemadm. quis utat. l. excepta 14. l. placet 25. ff. quib. mod. usufr. amitt. & ipso jure ad singulos confructuarios ususfructus legati partes pertineant, *l. sed ususfructus 81. ff. ad leg. Falcid.* ac judicium communi dividundo inter eos subsistat. *l. si cujus rei 13. §. sed si inter 3. ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. communi dividundo 7. §. sed et si 7. ff. communi divid.* Adde Vinnium *select. quaest. lib. 1. cap. 28.* Si ergo duobus rei ejusdem Ususfructus suprema voluntate (non item contractu, arg. *l. 1. pr. ff. h. t. l. si id, quod 15. ff. de duob. reis constituend.*) relictus sit, uno deficiente alteri confructuario etiam accrescit portio singulari jure, in servitutibus cæteris haud admisso, *l. aquam 16. ff. quemadm. servit. amitt.* alio tamen modo, quam in hereditate vel proprietatis legato: cum enim in illis portio portioni accresceret, ac evanesceret omne accrescendi jus, quamprimum coheredes ac collegatarii agnovissent defuncti judicium, atque ita concursu partes suas incepissent habere; ex adverso jus accrescendi hic est *facultas percipiendi portionem ejus, qui non concurrit ad usumfructum sibi cum alio datum, vel concurrit quidem, sed concurrere desiit.* Sic ut portio in usufructu non rei sed personæ accrescat. *l. interdum 10. in fine ff. h. t. l. si Titio 33. §. 1. in fine ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. & an eadem 14. §. qui, cum 1. ff. de except. rei judicatae.* & is quoque gaudeat accrescendi jure, qui concursu cum confructuario jam partes fecit; solus deinceps in solidum usurus, ubi non amplius invenit eum, qui sibi in utendo fruendo concurrat. *l. 1. §. interdum 3. ff. h. t.*

2. Quinimo, nec ab accrescendi jure & vindicanda vacante confructuarii parte depellendus est, qui suam in usufructu partem non amplius habet, sed amisit; si modo ad confructuarium totus ususfructus jam ante non pervenerit: nam si confructuarius semel integrum incepisset usumfructum habere, atque ita in ejus solius capite seu persona resedisset, deficiente deinceps eo, ususfructus non ad priorem, qui suam partem jam amiserat, sed magis ad proprietarium reversurus esset. Si ergo (ut diversis facti speciebus positis res fiat evidentior) duobus relictum concipiamus usumfructum, ac primum non utendo suam amisisse ususfructus partem, illa quidem accrescet secundo; sed, si & secundus morte, vel capitis diminutione, vel non utendo, aliove simili modo usumfructum amittat, non jam ad primum ususfructus ille redibit ex jure accrescendi; ve-

rum potius ut in universum extinctus, ad proprietarium reverti debet. Cum enim totus usufructus jam semel translatus fuisset, ac recidisset in caput secundi, atque ita nullum primi jus in usufructu superfuerit, non potuit etiam amplius spectari persona primi, ad vindicandum ex jure accrescendi usumfructum, aut ullam partem ejus. Ita namque placuit; *ei qui amisit usumfructum, ex eo quod amisit, nihil accrescere*, ut loquitur Ulpianus in *l. sicut 3. §. idem Papinianus 2. ff. quib. mod. usufr. amitt.* Sed &, si ex duobus confructuariis primus de parte usufructus litem contestatus sit cum eo, qui rem quidem fructuariam non possidebat, liti tamen ita semet offerebat ac si possideret, ac in ea lite succubuerit, pars quidem hujus primi succumbentis secundo accrescet confructuario (neque enim victori cedit, qui non possidet; nec possessori, quippe qui non vicit; nec proprietario, quippe ad quem non revertitur quamdiu collegatarius conjunctus supersit, ut ante dictum) sed si secundus non utendo aut aliter usumfructum amittat, nihil ex jure accrescendi redibit ad primum, tanquam nihil omnino juris amplius in usufructu habentem, ex ratione supra adducta; sed magis usufructus totus tanquam extinctus hoc quoque casu ad proprietatem revertetur. Quin imo, si ex confructuariis conjunctis primus suam usufructus partem a vero vindicet possessore, sed in ea succumbat lite, portio quidem primi penes possessorem eundemque victorem remansura est; sed si secundus dein suam quoquo modo partem amiserit, nec tunc ea primo cessura erit ex jure accrescendi, sed proprietario: eo quod & hic verum est, nullum primi jus in usufructu supersesse; nec quicquam ei, qui amisit usumfructum, ex eo quod amisit, accrescere posse. *d. l. 3. §. 2.* Ant. Faber *rational. ad l. interdum 10. ff. h. t.* paulo aliter Cujacius *libr. 9. observ. 11.* Hilligerus *ad Donellum lib. 10. cap. 23.* Barry *de succession. lib. 13. tit. 3. num. 4. in med.* Quod ergo diximus, cum, qui suam amisit partem, adhuc gaudere accrescendi jure, primo quidem apparet in eo, qui, cum usumfructum habuisset sibi cum alio legatum, proprietatis partem acquisivit, atque ita propter consolidationem desiit jure servitutis uti frui: licet enim tunc usumfructum, quem appellant formalem, amiserit, ut patet ex *l. si tibi fundi 17. ff. quib. mod. usufruct. amitt.* jure tamen accrescendi destitutus non est, si forte confructuarius suam aliquo modo amitteret usufructus partem. *Si duobus*

bus (verba sunt Ulpiani in *l. item Neratius 3. §. ult. ff. h. t.*) *ususfructus legetur, & apud alterum sit consolidatus, jus accrescendi non perit, neque ei apud quem consolidatus est, neque ab eo; et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet.* Nec ratio obscura est: neque enim per consolidationem ususfructus in totum perit, nec desinit uti frui qui proprietatem nactus est, sed quos fructus antea jure servitutis percipiebat, nunc capit dominii jure & frui perseverat. De cætero adeo hoc in casu causalis ususfructus imitatur naturam ususfructus formalis, ut iisdem finiatur modis post consolidationem, quibus & ante consolidationem fuisset amittendus. *d. l. 3. §. ult. ff. h. t.* Sed & secundo gaudet accrescendi jure qui suam amisit partem, si ex collegatariis primus suam vindicans ususfructus partem ab eo, qui non possidebat, sed se liti offerebat quasi possideret, succumbat; in ea lite, mox secundus collegatarius non utendo suam amittat partem: non obstante etenim ea partis propriæ amissione secundus adhuc ex accrescendi jure recte vindicaverit primi succumbentis portionem, quæ victori, utpote non possidenti, sed liti se offerenti quasi possideret, non poterat videri ex autoritate rei judicatæ quæsita, sed penes verum possessorem non jure existebat, & ad quam secundus jus nactus erat, cum necdum suam partem amisisset. Estque hæc proprie facti species, de qua agit *l. interdum 10. ff. h. t.* ubi Anton. Faber *in rational.*

3. Nec hisce, quæ de portione ususfructus collegatariis accrescente dicta sunt, repugnat Papinianus in *l. dominus 57. §. 1. ff. de usufr. et quemad. quis utat.* cum illic non de legato pluribus usufructu sermo sit, sed de *fructu praediorum ob alimenta libertis relicto*, adeoque de alimentorum legato, in quo non ita jus accrescendi vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis, sed magis, uti in agris limitatis alluvio cessat, *l. in agris 16. ff. de acquir. rer. domin.* ita & in alimentis ad unius hominis alendi necessitatem limitatis; maxime cum jus accrescendi alluvionibus assimilatum sit. *l. Titio 33. §. 1. in fine ff. de usufr. et quemad. quis utat.* Unde & in casu, quo plures heredes legato alimentorum pluribus præstando obligati essent, & judices ad evitandam minutam præstationem unum ex heredibus elegissent, ut is solus singulis alendis alimenta submini strraret, & huic uni sortem darent,

ex cujus usuris alimenta solverentur; constitutum fuit, hunc heredem, sortem a reliquis accipientem, cavere debere, se sortem iis restituturum pro rata parte, uti quisque ex alendis decesserit; *l. solent. 3. in med. ff. de alimentis vel cibariis legat.* qualis cautio inutilis esset, si reliquis alendis accresceret deficientium alendorum portiones. Ant. Faber *rational. ad d. l. 57. ff. de usufructu.* & *ad l. interdum 10. ff. h. t. in fine.* Guido Papæ *decis. 204.* Francisc. de Barry *de successionibus libr. 13. tit. 3. num. 5.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 10. tit. 3. num. 24. 25. 26. 27.* Menochius *de praesumt. lib. 4. praesumt. 158.*

4. Rationem si requiras, cur in proprietatis legato post concursum collegatariorum cesset in universum accrescendi jus, non item in usufructu duobus relicto; considerandum est, proprietatis legatum in jure magis, quam in facto consistere, nec quotidie de novo acquiri, sed eo solo tempore, quo per legatarium vindicatur, *l. 1. §. interdum 3. fere in fine ff. h. t.* uno illo agnitionis ac concursus actu dominium partis unicuique collegatario sic tribuente, ne unquam postea illorum proprium esse desinat, quibus acquisitum est. Quo fit, ut per concursum collegatariorum ad proprietatem unius rei legatæ partibus semel factis, concursus ulterior ad rem eandem in posterum impeditus sit. Contra, in usufructu, etsi verum sit, jus ipsum ususfructus æque, ac jus dominii, prima legati agnitione atque concursu cuique pro parte censeri quæsitum; quia tamen ususfructus *ex fruendo consistit, id est, facto aliquo ejus qui fruitur, et utitur*, ac *tum demum constitui* dicitur, *cum quis jam frui potest, l. unic. pr. et §. 2. ff. quando dies ususfructus legati cedat.* hinc est, quod & inter fructuarios plures conjunctos non primo tantum momento agniti ab utroque legati concursus fit, sed insuper quotidie per ipsum fruendi factum continuatur. Eoque sensu ab Ulpiano scriptum fuit, *usumfructum quotidie constitui et legari; non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur, d. l. 1. §. interdum 3. fere in fine. ff. h. t.* Quamprimum itaque non invenit alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum ex jure accrescendi; utcunque jam annis pluribus partem fructuum alter suam concursu feciisset; si modo nunc desinat eam in futurum, interrupto concursu, suam facere. *d. l. 1. §. 3. in fin. ff. h. t.*

5. Inter solos autem re vel re & verbis simul conjunctos jus accrescendi locum habet, non item inter eos, qui verbis tantum

tantum conjuncti ſunt; eodem modo, quo id in proprietatis legato obtinere, latius diſputabitur *tit. de legatis.* Et, ſi duobus ſeparatim alternis annis uſusfructus legatus ſit, ac ex his alter deinceps decedat, per vices temporum plena proprietas erit: neque enim accreſcere alteri quicquam poteſt, quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, integri fructus habuit. *l. ſi duobus 2. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* Sed &, ſi conjuges duo ſimul alteri inter vivos omnia ſua bona donent, reſervato ſibi in donatis uſufructu, poſt mortem conjugis unius alter ſuperſtes non poteſt ſibi ex quodam jure accreſcendi totum ſervare uſumfructum, ſed tantum partis illius, cujus proprietas ab ipſo in donatarium collata eſt, niſi aliud tempore donationis expreſſum ſit; cum tales vere in eodem uſufructu conjuncti non ſint. Et certe, ſi tunc, cum teſtator, duobus heredibus inſtitutis, certæ rei proprietatem deducto uſufructu legavit extraneo, jus accreſcendi heredibus denegatum ſit, quia non fuit ille uſusfructus inter eos per concurſum diviſus, ſed magis ab initio ſingulis pro hereditaria parte conſtitutus *l. 1. §. ult. ff. de uſufructu accreſcendo.* ratio non eſt, cur non idem de duobus conjugibus ſimul donantibus cum lege reſervati uſusfructus ſtatuendum foret; cum & his ſingulis non niſi ſuæ partis donatæ uſusfructus ab initio videri poſſit deductus eſſe. Papon *lib. 14. tit. 2. arreſt. 3.* Coſtalius *ad l. 57. ff. h. t.*

6. Plane, ſi *Titio & Maevio* uſusfructus legatus ſit, & additum fuerit, *tunc cum Titius capite minutus fuerit eidem uſumfructum iterum legari, ſeu repeti.* Titius autem poſt capitis diminutionem ex repetitione uſumfructum habeat, jus accreſcendi inter Titium & Mævium eo ipſo, quod Titius uſumfructum jam repetitum habuit, ſublatum non eſt; cum illa uſusfructus repetitio in Titio perinde habenda ſit, ac ſi alius Titio in uſufructu legato ſubſtitutus fuiſſet: nam etſi inter Mævium & ſubſtitutum Titii, atque adeo etiam inter Mævium & Titium ſibi ſubſtitutum, & hac ex ſubſtitutione jam uſumfructum habentem, verbalis conjunctio non ſit, re tamen conjuncti videntur; quod ipſum ad jus accreſcendi ſufficere dictum eſt. *l. ſicut in 3. §. 1. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.*

7. Quodſi uſusfructus communi plurium ſervo relictus ſit, & unus dominorum ſuam in uſufructu partem repudiet, alteri totus uſusfructus acquiritur; non ex jure quodam accreſ-

cendi, ſed magis ex jure dominicæ poteſtatis & ſervitutis jure. Nam cum jus nullum in ſervili perſona, jure civili quadrupedibus fere comparata, conſiſtere poſſet, ſive illud dominii ſive ſervitutis jus eſſet, atque ita neceſſario jus illud per ſervos dominis acquireretur, §. *item vobis 3. Inſt. per quas perſon. cuique acquir.* & illis quidem ſolis in ſolidum, qui vellent acquirere; *l. 1. §. communis 4. l. proinde 7. §. 1. ff. de ſtipul. ſervorum.* conſequens fuit, ut uno dominorum nolente ſuum exercere dominii jus & per ſervum acquirere, alter totam habeat uſusfructus ſervitutem, per ſuum ſcilicet ſervum, cujus ſolius perſona magis, quam plurium dominorum, inſpicienda erat, ut monet Ulpianus in *l. 1. §. 1. ff. h. t.* & colligi poteſt ex *l. ſi duobus 40. ff. de legatis 2.* Sane ex jure accreſcendi id, quod alter dominus acquirere noluiſſet, alteri non potuiſſe acquiri, recte a Proculo & aliis obſervatum fuit. *l. & Proculo 20. ff. de legatis 2.* Sive enim ſervum ſpectemus, cujus perſonam potiſſimum ſpectandam eſſe, ex *d. l. 1. §. 1. ff. h. t.* conſtat; nullum eſſe poteſt accreſcendi jus, ubi nulla perſonarum plurium conjunctio eſt, ſed tantum unus plurium communis ſervus legato honoratus. Sive ex adverſo plures conſideremus illius ſervi dominos, jus accreſcendi locum invenire nequit, cum domini illi nequeant conjuncti dici ea conjunctionis ſpecie, quæ jus accreſcendi producere apta eſt: non enim conjunctim ſed partes ſingulis legatas eſſe, quas ſcilicet quisque in ſervo haberet, in *d. l. 20. ff. de legatis 2.* diſerte notatur: licet haud ſit eundum inficias, quin conjuncti appellentur tales condomini, *l. 1. §. 2. ff. h. t.* in quantum dominii intuitu conjuncti & ſocii ſunt. Et hanc conciliandi rationem, ut fundamentis juris haud deſtitutam, amplecti malim, quam cum aliis, inter hasce leges antinomiam ſtatuere, quaſi in *d. l. 20.* Proculi & aliorum ſententia narrata quidem, at non probata eſſet. Adde Pacium *cent. 4. exant. n. 13.* Gomezium *var. reſ. lib. 1. cap. 10. n. 39. 40.*

8. Uti autem in uſufructu duobus legato viget accreſcendi jus, uno ex his deficiente; ita quoque, ſi duobus ſimul dignitas quæpiam, aut munus lucrum adjunctum habens, donec vixerint *(ad vitam ajunt)* collatum ſit, jus hoc accreſcendi haud videtur denegandum, ſic ut uno moriente alter ſolus collati muneris exercitium habeat, ac capiat emolumenta: præſertim cum hi in quos ſimul collata dignitas eſt, non longe diſtent

ſtent a ſociis liberalitatis imperialis; ex quibus uno moriente, ad ſocium potius ſuperſtitem devolvitur liberalitatis effectus, quam ut pars deficientis pro vacante haberetur. *l. unic. C. ſi liberalitatis imperialis ſocius ſine herede deceſſerit.* Adde Martam *digeſt. juris noviſſ. tom. 5. tit. de jure accreſcendi cap. 15.* & quæ habet Mantica *de conjecturis ult. volunt. lib. 10. tit. 3. n. 28.*

9. Nec dubium videtur, quin, quæ hactenus de jure accreſcendi inter confructuarios ex jure civili ſunt expoſita, moribus quoque hodiernis obſervanda ſint: utpote non tam ex quadam Romanæ jurisprudentiæ ſubtilitate, aut legis ſolius poteſtate profluentia, quam potius ex probabili teſtatoris voluntate & in collegatarios affectione. Vide Weſembecium ad *Pand. h. t. n. 2. & ſeqq.* & ibi Hahnium *in notis ad n. 4. in medio.* Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 23. n. 4. 5.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 21.* Barry *de ſucceſſion. d. lib. 13. tit. 3. num. 4.* Groenewegen *d. ll. abrog. ad §. 5. Inſtit. de hered. inſtituend. num. 4.*

TITVLVS III.

QVANDO DIES VSVSFRVCTVS LEGATI CEDAT.

SVMMARIA.

1. *Quando cedat dies uſusfructus pure vel in diem certum legati? & quae ratio differentiae ſit inter legatum proprietatis & uſusfructus?*
2. *Quando dies cedat, ſi in annos aut menſes ſingulos vel alternis annis uſusfructus legatus ſit? Et quis prior frui debeat, ſi alternis annis Titio & Maevio uſusfructus datus?*
3. *Cur aliud circa ceſſionem diei obtineat in uſufructu, quam in annuo legato?*
4. *Nihil hic moribus mutatum.*

Dies obligationis *cedere* dicitur, quando incipit deberi: venire vero, cum quid incipit peti poſſe, *l. cedere diem 213. ff. de verb. ſignif.* Et in proprietate quidem pure vel in diem certum legata illud recepti juris eſt, ut dies legati protinus a morte teſtatoris cedat, ne illud corruat legatario ante hereditatis additionem moriente, ſed ad legatarii transmittatur heredes;

des; de quo latius *tit. quando dies legat. cedat* At in uſufructu id ſingulare eſt, quod non cedat uſusfructus pure legati dies, niſi adita hereditate, aut, ſi in diem relictus ſit, non niſi die exiſtente: quod etiam in uſu ac habitatione propter rationis paritatem ſervatur. *l. unic. §. dies autem 2. 3. ff. h. t. l. ſi pure 2. l. 3. l. ſi habitatio 9. ff. quando dies legat. cedat.* Cum enim uſusfructus, uſus, & habitatio ſervitutes perſonales ſint, oſſibus perſonæ inhærentes, ac cum perſona pereuntes, inutilis foret diei ceſſio ante aditionem, quippe nec ipſi fructuario ante aditionem extincto profutura, nec heredi ejus in jura defuncti perſonalia haud ſuccedenti. *d. l. 3.* Quod usque adeo verum, ut ne peccare quidem, quaſi plus tempore petendo, ſed potius nihil agere videatur, qui ante diei ceſſionem petit. *l. unic. §. ult. ff. h. t.* Si tamen in adeundo heres moram fecerit, æſtimandus erit uſusfructus ex tempore moræ factæ, & æſtimatio fructuario ejusve heredibus præſtanda; ne alioquin ex mora ſua lucrum heres ſentiat, & mora profit moratori. *l. qui uſumfructum 36. §. ult. l. 37. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.*

2. Si in annos aut menſes ſingulos aut alternis annis uſusfructus legatus ſit, plura cenſentur legata eſſe, *l. cum uſusfructus 13. ff. de uſu & uſufructu legato. l. ſi uſusfructus 28. ff. quib. modis uſusfr. amitt. l. unic. pr. ff. h. t.* ac proinde non ſimul, ſed per tempora adjecta ſæpius dies cedit, *d. l. unic. ff. h. t.* & ſi teſtator Titio & Mævio alternis annis uſumfructum leget, ordo ſcripturæ deſignare videtur ordinem voluntatis, ut anno primo Titius, ſecundo Mævius utatur fruatur. *l. quotiens 34. ff. de uſufructu. & quemad. quis utat.* Quod ſi ex ordine ſcripturæ voluntas non appareat, dum forte Titiis duobus alternis annis uſusfructus adſcriptus eſt, invicem ſibi impedimento erunt, niſi conſentiant, aut ſorte dirimant, uter prior fruatur. *d. l. 34. l. ſi duobus 2. §. ult. ff. quib. mod. uſusfructus amitt.*

3. Nec hisce, quæ de diei ceſſione in uſufructu dicta, refragatur, quod annui legati dies ſtatim a morte teſtatoris cedat. *l. nec ſemel 12. §. item Celſus 3. ff. quando dies legat. cedat.* Ratio etenim differentiæ eſt, quod uſusfructus ſit jus magis perſonale, quam annuus reditus, qui ſæpe perpetuus, ſæpe ad heredes tranſit, imo ex teſtatoris voluntate declarata ad heredes in perpetuum tranſire poſſit, quia non ita proprietatem

tatem reddit inutilem, aut omnes fructus consumit, uti quidem ususfructus: ut dicetur *titulo de annuis legatis*. Qua de causa nec mirum est, si in annuis legatis, magis ad proprietatis legatum accedentibus, servetur potius, quod in proprietate, quam quod in usufructu legato quantum ad diei cessionem receptum est. Quibus & altera accedit diversitatis ratio, quod in annuis legatis non tam spectetur tempus, quo fructus percipi possunt, quam potius initium cujusque anni, licet fructus, ex quibus annuum præstandum est, necdum percepti aut maturi sint: quod in usufructu non ita est; *l. in singulos 8. ff. de annuis legatis*. nam, ut Ulpianus ait in *l. unic. §. 2. ff. h. t. tunc constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest.*

4. Neque quicquam in hisce per mores nostros mutatum esse, colligere licet ex iis, quæ tradita ab Hugone Grotio *manuductione ad Jurisprud. Holl. part. 2. cap. 39. n. 13.* Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 8.*

TITVLVS IV.

QVIBVS MODIS VSVSFRVCTVS VEL VSVS AMITTITVR.

SVMMARIA.

1. *Finitur ususfructus morte. Quid, si alicui pro se & heredibus ususfructus relictus sit, & legatarius moriatur vivo testatore, an heres ejus capiat postea usumfructum? Quid si corpori vel collegio relictus sit? Cujus mors spectetur, si fructuarius alteri usumfructum restituere rogatus sit? Cujus, si filiof. aut servo relictus? vel fructuarius alteri eum concesserit? De ingressu in monasterium.*
2. *Finitur & consolidatione, decisio tamen* l. 17. ff. h. t. *moribus sublata est.*
3. *Item derelinquendo; vel si domino proprietatis cedatur. An &, si cedatur extraneo?*
4. *An finiatur ob id, quod fructuarius rei fructuariae proprietatem in alium transferre tentaverit?*
5. *Solo abusu rei fructuariae non perit ususfructus; nisi certus modus fruendi praescriptus negligatur.*
6. *Perit tamen non utendo per tempus lege definitum, etsi per violentam dejectionem impeditus esset uti. Quid juris, si parte tantum fruitus sit, vel tantum usus, non fruitus sit re?*

re? Non perit non utendo, ſi alternis annis, *vel* in annos ſingulos *datus ſit.*

7. *Utitur fructuarius etiam per eum, cui vendidit, locavit, donavit. An & uti intelligatur, ſi emtor aut donatarius ipſe uſus non ſit? Quid ſi ipſi proprietario vendiderit aut elocaverit & is rurſus rem ſuo nomine locet aut vendat tertio, an fructuarius videatur uti per iſtum tertium?*

8. *Extinguitur rei interitu, in totum, vel pro parte. Domo deſtructa an uſusfructus in area duret? & cur aliud in proprietate aedium legata, aut pignore aedium, quam in uſufructu obtineat?*

9. *Quali mutatione formae rei fructuariae pereat vel non pereat uſusfructus?*

10. *An & quando reviviſcat uſusfructus, ubi res quae interierat, reſtituta eſt, aut forma prior rei reducta?*

11. *Finitur etiam exiſtente die vel conditione, ad quam conceſſus.*

12. *Quamdiu duret, ſi relictus ſit, donec tertius quis ad majorennitatem, aut furioſus ad ſanam mentem pervenerit, & tertius ille in minorennitate aut furore moriatur?*

13. *Uſusfructus ad certum tempus datus, perit tamen morte fructuarii ante tempus additum eveniente, non item aliis modis, quibus alioquin uſusfructus vulgo.*

14. *Non perit uſusfructus alienatione, vel noxae deditione per proprietarium facta, nec uſucapione proprietatis. Quo modo uſusfructus extinctus redeat ad dominum proprietatis?*

USusfructus, uti variis conſtituitur, ita quoque variis finitur modis; puta morte naturali vel civili fructuarii. §. *finitur 3. Inſtit. de uſufr. l. ult. C. eod. tit. l. 1. §. 1. 2. 3. ff. h. t.* Cum enim jus hoc perſonale ſit, ad heredes transmitti non potuit; niſi teſtator uſumfructum expreſſim alicui pro ſe & heredibus conſtituerit: quo caſu duo diverſi videntur uſusfructus eſſe, quorum alter heredi fructuarii deinceps acquiritur. *l. ſtipulatio iſta 38. §. ſed ſi quis 12. ff. de verb. oblig. l. repeti 5. ff. h. t.* Nam & tunc, cum teſtator uſumfructum legavit ac ſubjecit, *ſe eundem eidem legare, quoties capite minutus erit,* vel *quoties uſusfructus amiſſus erit*, interveniente capitis diminutione novus uſusfructus eſt. *l. ſi duobus 2. §. 1. l. 3. pr. & §. 1. ff. h. t.* Hinc etiam ab herede novam cautionem interponi, velut in uſufructu repetitio, rationis eſt. Et ſi forte is, cui pro ſe & heredibus uſusfructus legatur, ante teſtatorem legantem moriatur, heredem ejus, aditæ hereditatis tempore ſuperſtitem, ad uſumfructum admitti oportere, verius eſt; cum

cum non tam ex capite defuncti, & jure transmissionis usurus fruiturus sit, quam potius ex jure proprio, & velut ex novo usufructu, sibi sub conditione vel incerto die relicto. Utcunque in proprietate alicui pro se & heredibus legata aliud forte statuendum sit, ut latius dicetur *tit. quando dies legator. cedat.* Tametsi autem heredis appellatione etiam heredum heredes in infinitum vulgo intelliguntur, attamen hic primi tantum heredes censeri debent comprehensi, ne alioquin inutilis proprietario esset proprietas, usufructu in perpetuum recedente. *l. antiquitas 13. C. de usufructu.* Si collegio vel civitati ususfructus debeatur, centum annis collegium aut municipes in usufructu tuendos esse placuit; quia is finis vitæ longævi hominis est. *l. an ususfructus 56. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. si ususfructus municipibus 8. ff. de usu & usufr. legato.* Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 39. n. 23.* Nisi muturius collegium dissolutum, aut civitas aratrum passa sit; tunc enim quasi morte quadam desineret usumfructum habere. *l. si ususfructus 11. ff. h. t.* Idemque juris statuendum, si ecclesiæ, si nosocomio, brephotrophio, aliisque similibus piis causis, vel etiam ipsi fisco, ususfructus acquiratur; cum hornm omnium non deterior esse debeat, quam civitatum conditio. arg. *l. ut inter 23. pr. & §. 1. C. de sacrof. eccles.* Si pluribus simul pro indiviso ususfructus legatus sit, non unius, sed omnium morte demum extingui usumfructum, supra *tit. 2.* dictum est. Quod si legatum usumfructum legatarius alteri restituere rogatus sit, magis est, ut ex fideicommissarii, quam legatarii persona dependeat pereatque, *l. 1. §. 2. l. si legatum 4. ff. h. t. l. si quis usumfructum 29. ff. de usu & usufr. legato.* nisi appareat, ita testatorem jussisse restitutionem, ut legatario nihilominus spes aliqua ususfructus duret, dum voluit, ut ad legatarium revertatur, si casu aliquo fideicommissarius eundem legatario superstite amisisset; tunc enim non fideicommissarii tantum, sed & fiduciarii mortem oporteret expectare, antequam ususfructus dici posset morte peremtus. arg. *l. si ususfructus 9. ff. usufructuarius quemadmodum caveat.* In usufructu filiofamilias relicto, siquidem ipsius filii contemplatione, mors filii expectanda erit, evanescat utendi fruendi jus: sin patris intuitu, ex patris quoque persona æstimari oportet durationem ejus. arg. *l. si filiofamilias 23. & ult. ff. de mortis causa donat.* si neutrum constet, altero morien-

te

te ad ſuperſtitem pertinere, nec, niſi morte utriusque, ad proprietatem reverti, conſtitutum eſt, *l. ult. C. h. t. de uſufructu.* Si uſufructuarius uſumfructum alteri vendiderit, aut locaverit, aut gratis conceſſerit, mortem fructuarii concedentis, non ejus, cui utilitas fruendi per emtionem aut aliter data eſt, ſpectandam eſſe, conſtat ex *l. neceſſario 8. §. 2. ff. de peric. & commodo rei vend. l. ſi quis domum 9. §. 1. ff. locati.* Interim capitis diminutione uſumfructum hodie non perire notat Caſtillo Sotomayor *de uſufr. cap. 66. num. 26. & ſeqq.* Groenewegen *ad l. 1. ff. h. t.* An pereat profeſſione vitæ religioſæ, vide Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 64. 65.*

2. Conſolidatione quoque, dum fructuarius proprietatem rei fructuariæ nanciſcitur, uſusfructus extinguitur, §. *pen. Inſt. de uſufr.* adeo ut, ſi proprietas fundi Titio ſub conditione legata ſit, Mævio ejusdem fundi uſusfructus pure, & Mævius pendente conditione dominium proprietatis acquiſierit, deinde conditio extiterit, ad Titium pleno jure fundus pervenire debeat; nec Mævius, qui conſolidatione jus omne legati uſusfructus amiſit, eundem ſic amiſſum rurſus poſſit vindicare, quaſi nuda proprietas Titio data eſſet. *l. ſi tibi fundi 17. ff. h. t.* Ita ſane Juliano placuit ex ſummo juris rigore; cui tamen vix eſt, ut hodiernis moribus inhæreatur; ac proinde poſt conditionem legatæ proprietatis exiſtentem ex æquitate reviviſcere Mævio oportere uſumfructum, quaſi medio tempore proprietatem nactus non fuiſſet, jure contendit poſt Molinæum, Mornacium aliosque Groenewegen *ad d. l.* 17. *ff. h. t.* arg. *l. dominus 57. ff. de uſufructu & quemad. quis utat. l. ſi maritus 22. C. de inoff. teſtam. l. eum, qui* 11, §. *ult. ff. de inoff. teſtam. l. Papinianus* 18. *ff. de ſervitutibus.*

3. Perit inſuper, ſi fructuarius eum pro derelicto habeat, *l. cum fructuarius 64. & 65. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* aut jus ſuum cedat domino proprietatis; *d. §. pen. Inſt. de uſufructu*, cum & his in caſibus uſusfructus cum proprietate conjungatur, nec cuiquam res ſua ſervire poſſit. *l. uti frui 5. ff. ſi uſusfr. pet.* Extraneo facta ceſſio nullius momenti eſt, nec uſumfructum ſolvit, quod manifeſte Imp. in *d. §. pen. Inſt. de uſufructu* ſignificat. Cum enim ibidem id unum ſibi agendum propoſuiſſet, ut modos enumeraret, quibus uſumfructum perire placuerat, poſt alia ait, *item finiri uſumfructum, ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agi-*

tur)

tur) quæ verba poſtrema, *nihil agi*, perperam a nonnullis eam receperunt interpretationem, quaſi nihil ageretur extranei intuitu, ſeu nihil ea ceſſione in extraneum tranſiret; de cætero tamen ad proprietatem uſusfructus reverteretur; *l. ſi uſusfructus 66. ff. de jure dot.* præſertim cum eo ſenſu etiam, *nihil agere*, accipiatur in *l. per ſervum 37. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.* & *l. qui mihi* 13. *ff. donation.* Id enim ſi verum eſſet, idem operaretur ceſſio extraneo facta, quod efficit ea, quæ domino proprietatis fit: periret ſcilicet utraque uſusfructus, recederet a fructuario, & proprietati adjiceretur; atque adeo ineptus prorſus eſſet Imperator, quod in quæſtione, quibus modis uſusfructus finiatur, adeo ſollicite ceſſionem extraneo factam diſtinxiſſet ab ea, quæ proprietario facta uſumfructum diſſolvit. Unde magis eſt, ut adhibita ea interpretatione, quæ abſurditate ac vitio caret, (juxta monitum in *l. in ambigua* 19. *ff. de legibus*) dicamus, *nihil agere*, perinde accipiendum eſſe, ac ſi dictum eſſet, non extingui uſumfructum. Et quamvis in *d. l. 37. §. ult. & l.* 13. circa quæſtionem, an ſervus aut procurator ſua voluntate ſeu mente efficere poſſit, ne domino quæratur res donata, reſponſum fuerit, illos nihil agere, ſed rem domino acquiri, cui donator eam voluerat donatam; tamen id ad explicandam mentem *d. §. penult. Inſt. de uſufructu*, transferri nequit; cum ibi *nihil agere* dicatur fructuarius reſpectu quæſtionis, quæ concepta erat, non de eo, an uſusfructus tranſiret in extraneum, ſed de eo, an uſusfructus finiretur; adeoque cedendo extraneo nihil agebat quantum ad uſusfructus diſſolutionem. Neque his contrarium eſt, quod a Pomponio ſcriptum fuit in *d. l. 66. ff. de jure dot. uſumfructum a fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis; & ſi extraneo cedatur, id eſt, ei, qui proprietatem non habet, nihil ad eum tranſire; ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum.* Non enim ait, de præſenti uſumfructum ob ceſſionem reverti; ſed cum dixiſſet, ceſſione tali nihil in *extraneum tranſire* (in tempore præſenti, ut loquuntur) ſubjicit, ſed ad dominum proprietatis *reverſurum*, verbo futuri temporis, ac proinde non ſtatim, ſed ubi legitimus extiterit finiendi modus, perinde ac ſi ceſſus non fuiſſet uſusfructus, & fructuarius cedendo extraneo nihil egiſſet. Fruſtra vero contenditur fructuarium cedendo ſtatim amiſiſſe omne jus, in quantum ceſſio per tres perſonas peragitur, dum in jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit

dicit prætor. Ulpianus *in fragm. tit. 19. §. 9. 10. 11.* cum ergo hic ad ceſſionarium tranſire non potuerit jus uſusfructus, & tamen ceſſione jus omne ſuum abdicaverit fructuarius, ab alio vindicandum, conſequens videbatur, neceſſario uſumfructum ad proprietatem ipſe ceſſionis tempore in continenti redire. Sed conſiderandum, ita demum per ceſſionem & addictionem ſubſecutam dominia & jura ceſſa a cedente recedere, ſi ceſſio ſecundum præcepta legum, non contra leges, facta ſit: eſt enim in jure ceſſio quædam quaſi traditio tum corporalium tum incorporalium rerum, & eosdem cum vera traditione effectus habet, ut ex eodem Ulpiano conſtat *tot. tit. 19.* ideoque, uti vera traditione non aliter recedit a domino jus dominii, quam ſi ſecundum leges concurrentibus requiſitis facta ſit; *§. per traditionem 40. & ſeqq. Inſtit. de rer. diviſ.* ibique DD. *l. 1. §. 4. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Ulpianus *d. tit.* 19. §. *7* ita quoque ceſſio, quæ nullo jure facta eſt, fructuarium jure ſuo exuere non potuit, ſed magis ea ceſſione nihil actum cenſeri debet; ut plerumque nihil actum creditur, ac negotium nullum eſt, ubi contra leges geſtum. *l. non dubium 5. C. de legibus.* Quod & non obſcure Paulus ſignificat *lib. 3. ſent. tit. 6. §. 32.* dum agens de modis ſiniendi uſumfructum, ait, *in jure ceſſione amitti uſumfructum, quoties domino proprietatis uſusfructuarius eum in jure ceſſerit.* Neque turbare debet, quod a Celſo ſcriptum, ſi furioſo, quem ſanæ mentis exiſtimas, eo quod forte in conſpectu inumbratæ quietis fuit conſtitutus, rem tradideris, te deſinere poſſidere, licet ille non ſit adeptus poſſeſſionem: ſufficere enim, quod dimiſeris poſſeſſionem, etiamſi non transferas: denique ridiculum eſſe, illud dicere, quod non aliter quis velit dimittere, quam ſi transferat; cum potius velit omnino dimittere, quia exiſtimat, ſe transferre, *l. quod meo 18. §. ſi furioſo 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Non enim ibi de dominii, aut juris alterius, ſed ſolius poſſeſſionis amiſſione agitur; quæ, uti facti eſt, ita etiam facile interveniente naturali traditionis facto a nobis recedit: a poſſeſſionis autem amiſſione ad amiſſionem dominii, alteriusve juris quæſiti, nulla argumentatio eſt, poſſeſſione nihil commune habente cum proprietate. *l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Eoque pertinere exiſtimo, quod Ulpianus ſcripſit, differentiam inter dominium & poſſeſſionem hanc eſſe, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus eſſe non vult; poſſeſſionem autem recedere, ut quisque conſti-

tuit

tuit nolle poſſidere, *l. ſi quis vi 17.* junct. *l. 1. §. ſi vir 4. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* non, quaſi invitus retineat rem, ſi illam pro derelicto habere velit; ſed, quod dominii jus ab eo non recedat, ſi rem in alium velit translatam, niſi & re ipſa eandem in illum transferat. Ne dicam, illum quoque, qui errans poſſeſſionem transferre vult in alium, eandem haud acquirentem, non amittere poſſeſſionem, quia quodammodo ſub conditione recedit de poſſeſſione. *l. ſi me in 34. in fine principii ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* confer de hac quæſtione Caſtillo Sotomay, *de uſufr. cap. 69.* Sande *de ceſſione action. cap. 5. n. 35.* & diſſentientem Vinnium *ad §. 3. Inſt. de uſufr. n. 4.*

4. Sed ſi non uſumfructum tantum, ſed & ipſam rei fructuariæ proprietatem fructuarius dolo malo in alium tranſtulerit, ipſum in pœnam doli uſufructu privandum fuiſſe, aliquando in Hollandia judicatum & ſupremo reviſionis judicio firmatum fuit, in caſu, in quo pater, liberorum tutor, in liberorum bonis uſumfructum habens, domum fructuariam oppignoraverat, ac deinde judicati exſequendi cauſa diſtrahendam executori aſſignaverat. Groenewegen ad Grotium *manuduct. ad juriſprud. Holland. lib. 2. cap. 39. n. 24.* Quæ tamen res judicata cum multis ſingularibus innitatur circumſtantiis, & nominatim inſignem coerceat eamque continuatam fraudem ac machinationem a patre, ſimulque tutore, in liberorum necem adhibitam, vix eſt, ut ad alios porrigatur fructuarios, ſimpliciter rei fructuariæ proprietatem alienare adnitentes; cum & in fideicommiſſis facta per patrem fraus inſignior in præjudicium filiif. ademtione commodorum punita inveniatur, *l. Imperator 50. ff. ad Senatuſc. Trebell.* etſi vulgo nulla talis in fiduciarios, pendente die vel conditione rem fideicommiſſariam alienantes, pœna ſtatuta ſit. arg. *l. peto 69. §. praedium 1. ff. de legatis 2. l. ult. §. ſed quia 2. & 3. C. communia de legatis.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 5. conſil. 184. in fine* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2 cap. 15. n. 25.*

5. Et generaliter, ob ſolum rei fructuariæ abuſum fructuarium non eſſe uſufructu privandum, extra dubium eſt; cum cautio fructuaria de utendo fruendo boni viri arbitratu ſæpius committi poſſit, manente uſufructu; quod non eſſet, ſi ſolo ſtatim extingueretur abuſu *l. 1. §. utilius 5. & §. 6. ff. uſufructuar. quemadm. caveat.* Neque obſtat, quod ille, qui non reficit ædes fructuarias ruinoſas, prohibetur a domino uti frui. *l. hoc amplius 9. §. ult. ff. de damno infecto.* Non enim prohibitio iſta ad

perimendum in perpetuum utendi fruendique jus ſpectat, ſed tantum temporaria eſt, donec ſcilicet fructuarius reficere paratus fuerit: eo modo, quo & ei, qui conferre non vult, hereditariæ denegantur actiones, donec contulerit, *l. 1. §. ſi, cum duobus 13.* junct. *§. ſi frater. 10. ff. de collation.* & uſusfructus fructuario, cautionem fructuariam interponere recuſanti. *l. ſi cujus rei 13. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* Berlichius *part. 2. concluſ. 50. n. 68.* diſſentit Chriſtinæus *ad Leg. Mechlin. tit. 15. art. 4. n. ult. & in addit.* Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 23. defin. 2.* Caſtillo Sotomay. *de uſufr. cap. 21. 23. 24.* ea potiſſimum moti ratione, quod conductorem quoque & emphyteutam ob abuſum rei expelli jura ſinunt. *l. aede quam 3. C. de locato. auth. qui rem C. de ſacroſ. eccleſiis.* Cum tamen diverſa plane fructuarii ratio ſit, quippe qui depulſus nihil retinet; cum ex adverſo emphyteuta canonem, mercedem conductor retineat uſu rei ſpoliatus. Plane, ſi certus utendi fruendi modus in uſufructu conſtituendo expreſſus fuerit, veluti, ut quis æſtate uteretur, non hyeme, ut agro ad paſcua uteretur, & ille hyeme uſus ſit, aut fœnum ſegetesve ex agro collegerit, non utendo per modum perire jus uſusfructus, innuitur *d. §. 3. Inſt. de uſufructu.* Vinnius *ad d. §. 3. n. 2.*

6. Quod ſi fructuarius omnino non utatur re fructuaria, triennio in mobilibus, decennio inter præſentes, vicennio inter abſentes in immobilibus, & ſecundum jus noſtrum hodiernum triente ſeculi, aut ſecundum alios annis triginta. Grotius *manud. ad Juriſprud. Holl. lib. 2. cap. 39. n. 26.* tali non uſu perire uſumfructum, conſtitutum eſt. *§. pen. Inſt. de uſufructu. l. penult. §. 1. C. h. t. l. pen. C. de ſervitut. & aqua.* junge Caſtillo Sotomay. *de uſufructu cap. 67.* etiamſi ex eo, quod vi de poſſeſſione rei fructuariæ dejectus erat, uſus non ſit. *l. ſi plures 9. §. ult. ff. de vi & vi armata.* Si quis parte aliqua rei fructuariæ non fuerit uſus, in ea ſola uſumfructum amittit. *l. excepta 14. l. placet. 25. ff. h. t.* Et, ſi uſumfructum habens, conſtituto tempore tantum utatur, ſi quidem ſciens ſe uſumfructum habere, tantum uti voluerit, nihilominus & frui videtur, ac uſumfructum retinet: ſi vero ignoret, dicendum eſt, eum amittere uſumfructum; cum non ex eo, quod habet, tunc utatur, ſed ex eo, quod putavit ſe habere. *l. is, qui uſumfructum 20. ff. h. t.* Hæc, ſi uſusfructus ſimpliciter ſine temporum intervallis conſtitutus ſit; nam ſi alternis debeatur annis, in totum non uſu

non

non perit, uti nec capitis diminutione, quia plura *legata* ſunt, annis ſingulis de novo cedentia. *l. 1. §. ult. l. ſi uſusfructus alternis 28. ff. h. t. l. cum uſusfructus 13. ff. de uſu & uſufr. legato. l. cum in annos 11. ff. de annuis legatis.* Quin imo, etſi uni eidemque uſusfructus non ſimpliciter, ſed *in annos ſingulos* legatus ſit, non unum, ſed plura repetita uſusfructus legata intelliguntur; quia commemoratio temporum repetitionis poteſtatem habet; ideoque nec tunc aliter quam per mortem uſusfructus cum effectu ceſſat. *l. 2. §. 1. ff. h t. d. l. 11. ff. de ann. leg.*

7. Non utitur autem uſufructuarius, ſi nec ipſe utatur, nec nomine ejus alius; puta, qui emit uſumfructum, vel qui conduxit, vel cui donatus eſt, vel qui negotium fructuarii gerit, vel maritus pro uxore, vel uxor pro marito abſente. *l. ſi mulieri 22. ff. h. t. l. non utitur 38.* junct. *l. ſi uſusfructus 35. §. 1. ff. de uſufr. & quemad. quis utat.* Plane illud intereſt, quod ſi vendidero uſumfructum, etiamſi emtor non utatur, videor tamen uſumfructum retinere, quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur: quod ſi donavero, non alias retineo, quam ſi ille utatur: *d. l. non utitur 38. l. 39. & 40.* junct. *l. ſi uſusfructus 35. §. 1. ff. de uſufr. & quemad. quis utat.* cum qua limitatione accipiendum eſt, quod paulo generalius Ulpianus dixit, & eum qui vendit, uti, & eum qui locat, uti, & eum, qui precario concedit vel ponat, uti, ideoque retineri uſumfructum, *l. arboribus 12. §. uſufructuarius 2. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* Nec eſt, quod his, quæ de donatario non utente dicta, regeratur, donantem nihilominus æque, ac vendentem locantemve, uti videri, quia donatarium etiam non utentem habet ſibi ad antidora devinctum, ut venditor emtorem, aut conductorem locator, ad pretium vel mercedem; & lucri ſpecies eſt, beneficii debitorem ſibi acquirere. *l. ſi pignore 54. §. eum, qui 1. ff. de furtis.* Stringeret enim iſta ratio, ſi eadem antidori quæ mercedis pretiive exactio eſſet; quod non ita eſt; cum venditi actio, vel locati, facilem reddat promiſſæ mercedis ac pretii impetrationem, adeoque efficacem jure civili obligationem; at antidori perſequendi cauſa nulla actio comparata ſit, ſed ſolum ſubſit naturale debitum, ac ne plenum quidem illud, ſed ſolo pudoris vinculo ſubnixum. *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit 11. ff. de petit. hered.* Illud quoque ſingulare eſt, quod, ubi fructuarius uſumfructum non extraneo, ſed ipſi proprietatis

domino vendidit aut locavit, ac proprietarius deinde rem fructuariam rursus alteri vel locavit suo nomine vel vendidit, usufructuarius usumfructum non utendo amittat, etsi a proprietario mercedem pretiumve acceperit, quia non fructuarii sed suo nomine emtor, & conductor secundus nomine conductoris primi seu proprietarii, fruitus est. *l. Pomponius 29. pr. & §. 1. ff. h. t.* Quodsi utatur quidem fructuarius, nullum autem emolumentum sentiat, dum forte agrum colit tam sterilem, ut nullus inde fructus nascatur, ac, juxta vulgiverbium, nil profecturis littora bobus arat; adhuc ea ratione usumfructum utendo conservari placuit. *d. l. 12. §. de illo 3. ff. de usufr. & quem. quis ut.*

8. Rei insuper totali interitu usumfructum quoque interire, expeditum: est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est. *pr. & §. pen. Inslit. de usufructu.* Si pars perierit, in parte superstite adhuc salvus est, *l. si cui insulae 53. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. fundi 8. l. 9. l. 10. ff. h. t.* ædium tamen usufructu constituto, si domus tota perierit, ne areæ quidem aut cementorum ususfructus durabit, *l. repeti 5. §. rei 2. ff. h. t. d. §. pen. Inslit. de usufr.* & ita observari, testatur Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 2. cap. 39. num. 20. & seqq.* nisi non specialiter domus certæ, sed bonorum omnium ususfructus legatus sit, cum in bonorum substantia area quoque numeretur. *l. quotiens 34. §. ult. ff. de usufructu et quemad. quis utat.* Quamvis aliud in ædibus specialiter pignori obligatis, aut proprietatis jure legatis placuerit; dum & area & rudera post domum destructam legatario præstanda sunt, ac creditori devincta manent. *l. si grege legato 22. in fine ff. de legatis 1. l. Paulus 29. §. domus 2. & l. ult. ff. de pign. et hyp.* Cujus varietatis hanc puto rationem esse, quod in pignore quidem hoc inter debitorem & creditorem tacite actum censetur, ut quam maxime creditori cautum sit, arg. *l. ult. C. quæ res pign. dari.* maxime vero tunc cautum intelligitur, cum & area post domum collapsam devincta manet. Proprietatis autem legatum nihil in se comprehendit, quod contra dominii naturam est; cum ex adverso ususfructus legatum servitutem inducat libertati naturali & dominio, dominis suis utilitatem præbenti, contrariam; quibus consentaneum erat, ut facilius evanesceret ususfructus legatum, quo res rediret ad statum naturalem, quam legatum proprietatis, nihil præter naturam

turam involvens. Qua ratione usumfructum quoque gregis interire responsum est, cum usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, *l. ult. ff. h. t.* etsi proprietate gregis legata vindicatio legati superfit, ubi ad unam ovim grex pervenit, & in uno capite stat nomen universitatis. *§. si grex 18. Inst. de legatis.* junct. *l. sicut 7. in fine ff. quod cujusque univers. nom. l. si grege 22. ff. de legatis 1.* Pecoris quoque usufructu dato, & pecore extincto, neque carnis neque corii superesse usumfructum. Gajus asserit *l. pen. ff. h. t.* Contra, si proprietas legetur, extincti animalis corium & cornua vindicari posse, si legatum vindicationis relictum sit, alibi dictum *tit. de rei vindicat.*

9. Quodsi res fructuaria non interierit, sed omnimodam formæ mutationem passa sit, perinde ac interitu perire jus ususfructus, receptum fuit, sive proprietarius mutaverit, sive extraneus *l. repeti 5. §. rei mutatione 2. ff. h. t.* finge, areæ fructuariæ domum imponi; ex stagno vel lacu agrum fieri, vel ex agro stagnum lacumve; ex vasis aureis argenteisque massam, aut contra; ex sylva fructuaria arvum arboribus cæsis; ex balneo habitationem; ex taberna diætam. *l. repeti 5. §. ult. l. quid tamen 10. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. l. si cui 12. ff. h. t.* Sed & si quadrigæ usumfructum datum proponas, uno ex equis decedente, uti quadriga esse desinit, ita & ususfructus in residuis tribus non manebit; nisi vivo testatore mors equi unius intervenerit, inque locum ejus alius ante diem legati cedentem substitutus sit, *l. quid tamen 10. §. ult. l. 11. ff. h. t.* sed quia equorum quatuor usufructu legato, si unus perierit, in tribus reliquis ususfructus perdurat, *d. l. 10. §. ult. ff. h. t.* visum nonnullis est, subtilius hac parte Romanos distinxisse, quam ut hodie admitteretur in quadriga interitus ususfructus ex equi unius mortalitate. Ita post Mornacium & Autumnum Groenewegen *ad l. 65. §. 1. ff. de legatis 2.* Anton. Matthæus *de successionibus in auctario de divortio legum & usus num. 48.* Si vero non in universum, sed pro parte tantum, forma rei mutata sit, ususfructus durat; veluti, si fundi legato usufructu villa diruta sit; sive villa fundi accessio sit, *l. fundi 8. & 9. ff. h. t.* sive contra fundus fuerit accessio villæ, & villa perierit; si modo, ut ante dictum, non villæ sed fundi ususfructus legatus sit, *l. quid tamen 10. pr. ff. h. t.* neque enim dubium, quin *d. l. 10.* cohæreat *legi 8. & 9.* adeoque de eodem casu fundi legati acci-

pienda est. Alioquin enim, ubi non fundi, sed villæ ususfructus legatus est, villa diruta cur non æque ususfructus in villæ fundo cessaret, quam in area domus fructuariæ destructæ, ratio non apparet. Sic nec fundi legati ususfructus interit, si arva in vineas, aut contra, mutentur, *l. quod tamen* 10. *§. non tamen 4. ff. h. t.* vel summa ex fundo fructuario terra sublata sit, aliaque regesta. *l. cum usumfructum 24. §. ult. ff. h. t.* Idemque dicendum, si vel domus vel navis non simul & semel demolita fuerit, sed paulatim adeo per partes refecta, ut nihil ex pristino superstit, & omnis nova facta sit, *d. l. 10. §. non tantum 1. & §. pen. ff. h. t. l. si ita legatum 65. §. ult. ff. de legatis 1.*

10. Posito autem ususfructus interitu per interitum rei aut universalem formæ mutationem; illud non satis expeditum est, utrum restituta re, aut forma priore reducta, reviviscat? Distinctione adhibita dissidium componi posse puto: si enim non eadem numero, sed similis tantum res similisque forma restituta sit, usumfructum manere peremtum verius est. Qua ratione post demolitam destructamve domum fructuariam in nova domo reposita nullum jus fructuario renascitur: & si scyphi usufructuarii sint in massam redacti, in novis scyphis inde factis, etsi eodem artificio & cælatura, non redintegratur pristinum ususfructus jus: cum neque eadem domus sit, neque scyphi iidem, quorum ususfructus datus erat. *l. qui usumfructum 36. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. quid tamen 10. §. non tantum 1. ff. h. t.* Annæus Robertus *rer. judicat. lib. 4. cap. 8.* Joh. Papon. *lib. 14. tit. 2. arrest. 4.* Denique, si navis dissoluta sit, iterumque iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restaurata, usumfructum non redire in dubio placuit, *d. l. quid tamen 10. §. pen. ff. h. t.* licet in navi non tam juris, quam voluntatis quæstionem esse, colligi possit ex *l. inter stipulantem 83. §. sacram 5. ff. de verbor. obligat.* Contra, si eadem numero res, quæ interierat, rursus quasi ab interitu resuscitata sit, ususfructus quoque pristinum in statum revertitur. Adeoque, licet per impositam areæ fructuariæ domum ususfructus areæ esse desinat, decidentibus tamen aut deustis ædibus, iterum incipit ejusdem areæ utilitas fructuario deberi. *l. qui usumfructum 36. pr. l. si in area 71. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. repeti 5. §. ult. l. 6. 7. ff. h. t.* quia eadem area est. *l. qui res 98. §. ult. ff. de solution.* Agro quoque fructuario inundato, vel capto ab hostibus, instauratur ususfructus, ex quo aqua recessit

ſit aut poſtliminii jure ager receptus eſt. *l. ſi ager 23. l. 24. pr. l. ſi ager ab hoſtibus 26. ff. h. t.* Plane, ſi fundus fructuarius a flumine novum alveum faciente occupatus ſit; quemadmodum novi alvei derelicti proprietas ad priſtinos dominos jure proprietatis non revertitur; ita nec jure uſusfructus ad fructuarios; ſed magis prædia vicina habentibus cedit. *d. l. cum uſumfructum 24. ff. h. t.*

11. Denique utendi fruendi jus impeditur, exiſtente die vel conditione, ad quam uſusfructus conſtitutus erat. *l. interdum 15. ff. h. t.* Unde &, ſi Titio per teſtatorem uſusfructus alicujus rei ſub conditione legatus ſit, & pendente ea heres ejusdem rei uſumfructum alteri conceſſerit, exiſtente deinde conditione uſusfructus finietur per heredem datus, quaſi jure heredis circa uſumfructum reſoluto per eventum conditionis, uſumfructum priorem jam confirmantis. *l. ſi ſub conditione 16. ff. h. t.*

12. Quodſi uſusfructus uxori per maritum vel alteri cuicunque relictus ſit, donec communis filius vel alius prorſus extraneus ad pubertatem, aut majorennitatem, aliamve ætatem certam pervenerit; ſtabit uſusfructus ad illud usque tempus, quod teſtamento expreſſum eſt, ſive is, in cujus ætatem conceptum eſt uſusfructus legatum, ad eos pervenerit annos, ſive maturius in fata conceſſerit; cum non tam ad vitam iſtius hominis, quam ad certa annorum curricula reſpexiſſe teſtator credendus ſit. *l. ambiguitatem 12. C. de uſufructu & habit.* Sed &, ſi uſumfructum legatum proponas, donec in furore filius vel alius quisquam remanſerit; illo quidem reſipiſcente evaneſcet uſusfructus, quaſi exiſtente conditione, ad quam conſtitutus eſt: at ſi adhuc in furore perdurans deceſſerit, uſumfructum manere placuit, quaſi in fructuarii ipſius vitam relictus eſſet, quia potuiſſet ille, in cujus reſipiſcentiam collatus erat finis uſusfructus, diutius in furore perſeverare, ſi diutius dixiſſet. *d. l. 12. §. ſin autem 1. C. de uſufructu & habit.* Adde Brunnemannum *ad d. l. 12.*

13. Quoties autem in diem, aut usque ad conditionem, uſusfructus conſtitutus eſt, ita demum in id tempus perdurabit uſusfructus, ſi fructuarius eo usque ſuperſtes ſit: ipſo enim ante moriente, uſumfructum interire, nec ad heredes transmitti poſſe, Imperator ait; cum morte uſumfructum penitus extingui, indubitati juris ſit. *d. l. 12. C. de uſufructu et habit.*

arg. *l. 2. §. 1. ff. h. t.* Castillo Sotomayor *de usufr. cap. 62. num. ult.* Plane præter mortis casum usufructus ad certum tempus legatus usufructuario cum effectu non perit per modos alios, quibus vulgo ususfructus amitti solet, quia tunc, cum certum tempus est appositum, *veluti decennium*, repetitus censetur ususfructus in casum amissionis per capitis diminutionem aut alios modos, iterumque eidem novus datus, donec dies extiterit; perinde ac si testator nominatim addidisset, *quoties quis capite minutus erit, vel quoties ususfructus amissus erit, eundem ei do lego;* usque adeo, ut legato usufructu cum illa adjectione, *quamdiu fructuarius vivit*, etiam tunc ususfructus toties credatur de novo repetitus, quoties vivo fructuario amissus fuerit. *l. sicut 3. pr. ff. h. t.*

14. Cæterum neque alienatione, neque noxæ deditione per proprietarium facta, neque proprietatis usucapione usumfructum interire, expeditum est. *l. locum 17. §. proprietarius 2. ff. de usufructu et quemad. quis utat. l. justo errore 44. §. non mutat 5. ff. de usucapion.* Quemadmodum & certum, nudæ proprietatis dominum, finito usufructu incipere pleno jure dominum esse: quod pluribus exsequitur Castillo Sotomayor *de usufr. cap. 75. 76.*

TITVLVS V.

DE VSVFRVCTV EARVM RERVM, QVAE VSV CONSVMVNTVR.

SVMMARIA.

1. *In fungibilibus est quasi ususfructus, etiam cum omnium bonorum ususfructus legatus est.*
2. *An etiam actu inter vivos constitui possit?*
3. *Quae sub fungibilibus hic contineantur? an & nomina? an & ruta ac caesa ex lapidicinis vel metallifodinis in fundo fructuario existentibus?*
4. *An & quo modo in vestimentis sit verus aut quasi ususfructus? & quid moribus?*

Cum in rebus fungibilibus verus non posset ususfructus constitui, dum usu consumuntur, nec salva post usum esse potest earum substantia; Senatusconsulto quasi usumfructum in illis

illis admitti placuit; quo ita traduntur res fungibiles, ut, dominio earum in accipientem translato, non eædem in ſpecie, ſed in genere, ſeu res ſimiles ejusdem quantitatis & qualitatis, reſtituantur; aut earum æſtimatio, quæ fuit tempore uſusfructus acquiſiti, *l. 1. 2. l. ſi vini 7. ff. h. t. §. conſtituitur 2. Inſtit. de uſufructu.* Peckius *de teſtam. conjug. lib. 5. cap. 24. n. 4.* Ant. Matthæus *de ſervitut. diſput. 3. th. 11. 12.* qualis quaſi uſufsructus fungibilium etiam tunc datus cenſeri debet, cum alicui bonorum omnium uſusfructus legatus eſt, in quantum in bonis reperiuntur ea, quorum uſus in abuſu eſt, arg. *l. 1. C. de uſufructu. l. uxori fructu 24. l. uxori meae 37. ff. de uſu et uſufr. legato.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 39. num. 27. et ſeqq.* licet aliter olim Ciceroni *in topicis, num. 15. a contrariis*, viſum fuerit, *non debet*, inquit, *ea mulier, cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare, id ad ſe pertinere; uſus enim, non abuſus, legatus eſt.* Nec mirum; nondum quippe condito ſenatusconſulto, quo ad res, quæ uſu conſumuntur, uſusfructus porrectus fuit. Quo modo & Ulpianus *in fragm. tit. 24. §. 26.* ſcripſit, *uſumfructum jure civili legari earum rerum, quarum ſalva ſubſtantia utendi fruendi poteſt eſſe facultas;* mox tamen Senatusconſulti de rebus fungibilibus conditi injiciens mentionem in ſeq. §. 27. Confer Galvanum *de uſufructu cap. 3. n. 3.*

2. Etſi autem ultima plerumque conſtituatur voluntate; nihil tamen vetat, quo minus ad exemplum veri uſusfructus etiam actu inter vivos introducatur: in mutuum propterea nequaquam degeneraturus; cum nihilominus maxima & media finiatur capitis diminutione, *d. §. 2. Inſt. de uſufructu.* & æſtimatio reddi poſſit, ac cautio de reſtituendo interponi debeat, ſi exigatur. *l. hoc ſenatuſconſultum 5. §. 1. l. ſi vini 7. ff. h. t.*

3. Cæterum, uti in auro, argendo, ære, oleo, frumento, vino ſimilibusque, ac in ipſa numerata pecunia quaſi uſumfructum conſtitui indubitati juris eſt, *d. §. 2. Inſt. de uſufructu.* ita in nominibus quoque eundem admitti, poſt Jurisconſultorum varietates obtinuit, *l. poſt quod 3. ff. h. t.* in quantum nomine in uſumfructum dato, pecunia ipſa data intelligatur, quæ ex tali nomine venit exigenda. arg. *l. 1. C. de uſufructu.* Et, quia *tit. 1.* dictum fuit, ad fructuarium fundi etiam lapidicinas, cretifodinas, metallifodinas, aliaque ſimilia

similia pertinere, adeo ut, si non renascantur metalla vel lapides, fructuario liceat eruta atque excisa vendere, pretioque uti; consequens est, ut & hactenus erutorum cæsorumque credamus quasi usumfructum esse, ac obstrictum fructuarium, ut pro restituenda eorundem æstimatione cautionem interponat. arg. *l. fructus 7. §. si vir 13. & 14. ff. soluto matrim. l. ult. ff. de fundo dotali. l. si ex lapidicinis 32. ff. de jure dot.* & ideo per *usumfructum* simpliciter positum in *l. veluti si 6. ff. de servit. praed. rustic.* non verus sed quasi usufructus denotatur. Vid. Sande *decis. Frisic. lib. 5. tit. 3. def. 2.* Thomingius *decis. 12. num. 4. & seqq.* Berlichius *conclus. pract. part. 3. conclus. 35. num. 21. 22.* Ant. Matthæus *de servitutibus disp. 3. thes. 4. 5. 6.*

4. De vestimentis quæstio magis anceps est, cujus cardo potissimum in eo vertitur, an vestes satis apte fungibilibus accenseri queant: eo enim firmato, dubium vix erit, quin & quasi usumfructum recipere possint. Fungibilibus autem vestes annumerari potuisse, non modo Justinianus autor est, dum in *d. §. 2. Inst. de usufructu*, conjungit vinum, oleum, frumentum, *vestimenta*, & his proximam pecuniam numeratam: sed & Constantinus, dum in *l. pro auro 25. C. de usuris*, ait, *pro auro, argento & veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras;* vestem annumerans rebus illis, quarum nomine usuræ præstantur, quas tamen non nisi ex rebus fungibilibus præstari certum est. Nec facile aptiorem facti speciem dictæ legi 25. accommodaveris, quam si in auro, argento & veste quasi usumfructum constitutum concipias, & æstimatis hisce rebus fructuarium caviisse de tanta pecuniæ quantitate reddenda, ubi mortuus aut capitis diminutionem passus fuerit, quanti hæ fuerint æstimatæ, ex præscripto *d. §. 2. Inst. de usufr.* & *d. l. si vini 7. ff. h. t.* ac de eo chirographum factum esse, cum promissione usurarum in casum moræ. Præsertim, si consideres, quasi usumfructum temporis posterioris inventum esse ex Senatusconsulto; & imperatorem, autorem d. legis 25. id, quod de usuris, ex auro, argento, veste præstandis, definit, tanquam quid novi constituisse, seu *jussisse*, secundum verba legis, adeoque permisisse, ut usuræ nomine auri, argenti, vestis, in quasi usumfructum datæ, in conventionem deduci ex mora possent, ac voluisse totum populum ejus rei certiorem facere, per d. l. 25. quæ, tanquam edictum,

ad

ad populum totum directa fuit. Nec satis apte dixeris, in d. l. 25. talem facti speciem esse, qualis proponitur in *l. pro 8. C. si certum petatur.* Etenim, cum in d. l. 25. jus novum a Constantino inductum sit, ut ex antedictis apparet, frustra fuerit, qui in lege, pluribus annis anteriore, rem eandem jam fuisse decisam contendere velit. Quin potius in *d. l. 8.* non aliud comprehensum est, quam quod etiam a Jurisconsulto traditum fuerit in *l. rogasti 11. ff. de rebus creditis.* fictam nempe traditionem in mutuo probatam esse, dum mutuum roganti res aliæ dabantur vendendæ æstimatæ, ut pretium inde redactum mutuum esset; & mutui istius nomine usuras legitimas in conventionem recte deduci. Brunnemannus *ad d. l. 8.* Denique, cum Jurisconsultus in *l. 1. ff. h. t.* expresse definiat, Senatusconsulto inductum videri, ut earum rerum, *quae usu tolluntur vel minuuntur*, possit ususfructus legari; neque præter *vestimenta* res ulla alia in legibus occurrat, circa quam quasi ususfructus esset ideo, quia *usu minuitur*, necesse est, in vestimentis, tanquam *usu minuendis*, ex senatusconsulto quasi usumfructum esse. Oleum certe, & vinum, & frumentum, usu non minui, sed in totum tolli, res ipsa loquitur: pecuniam numeratam, aurum, argentum, æs, ratione corporis nullo modo minui, expensione, adnumeratione, appensione, sed corpora eadem multoties expensa, ejusdem manere quantitatis ejusdemque valoris, sed interim expendenti, adnumeranti, appendenti, in totum perire, quatenus ita dominium & utilitas ab eo recedit, non vero diminui, expeditum est. Aut ergo in *d. l. 1. ff. h. t.* eximendum quoque erit illud *minuitur*, aut, si retineas, retinendum quoque fuerit in §. 2. *Instit. de usufructu*, vocabulum *vestimentorum;* quippe in quibus solis *diminutio per usum* in *d. l. 1.* occurrens, veritatem & exemplum invenire potest. Quibus adstructis, inter vestes quotidianas, & scenicas seu pompaticas distinguendum puto. In scenicis quidem aliisque id genus vestimentis usumfructum verum consistere vix ambigitur: cum enim scenicæ vestis vel aulæi vel alterius apparatus usumfructum habens, alibi quam in scena iis uti nequeat, *l. sed si quid 15. §. proinde 5. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* rarior horum usus efficit, ut non inepte domui aut servo aut jumento, quæ senio quoque aut vetustate minuuntur & deteriora fiunt, comparentur, atque ita eorum exemplo non quasi, sed verum admit-

mittant usumfructum. *d. l.* In quotidianis autem vel verum vel quasi usumfructum esse posse censeo testatoris arbitrio; qui, si vestimentorum usumfructum legaverit, ut quantitatis, quasi usumfructum dedit; si non ut quantitatis, sed ut corporis, verum constituisse dicendus est. Quod non obscure confirmat Ulpianus in *d. l. 15. §. & si vestimentorum 4. ff. de usufructu.* dum enim ibi ait, *si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur;* sequitur a contrario, vestimentorum quoque usumfructum sic posse legari, ut quantitatis ususfructus legetur; ne alioquin inutilia prorsus ac superflua videantur illa verba, *non sic, ut quantitatis ususfructus legetur* (sic enim legendum, non *sicut*, ut sensus legi constet) si vestimenta nunquam in materia ususfructus ut quantitates, sed semper ut corpora, venirent consideranda. Quod si ergo testator ea, ut fungibilia, in usumfructum concesserit, abuti iis fructuarius potest, ac tunc æstimatis iis, de certa pecuniæ quantitate post usumfructum finitum restituenda tenetur cavere. *d. §. 2. Instit. de usufructu.* Contra, si eorum usumfructum legaverit ut corporum, ipsa finito usufructu in specie reddenda sunt, nec injurius erit fructuarius, aut tenebitur, si ea reddiderit sine dolo malo attrita. *l. si ususfructus 9. §. si vestis 3. ff. usufruct. quemadmod. caveat.* Ut tamen inter vestes quotidianas ac scenicas vel funebres illud interfit, quod fructuarius vestem quidem scenicam aut funebrem (de quibus agit §. 5. d. legis 15.) reddere videatur sine dolo malo attritam, licet per conductores aut commodatarios in usum scenæ attrita esset, dum non quilibet, sed soli viliores homines in scenam prodire solebant; quibus alii tunc vestes pretiosas similemque alium scenæ apparatum locabant vel commodabant, sic ut & ipsi prætores scenicis, & alii prætoribus ludos edituris, dicantur commodato dedisse, *l. si, ut certo 5. §. interdum 10. ff. commodati.* at quotidianæ vestis usumfructum habens, non sicut quantitatis, non aliter videatur sine dolo malo attritam reddere, quam si ipse attriverit; quia vir bonus quotidiana veste uti ipse solet, non aliis locare: ac de his quotidianis agit *d. l. 15. §. 4.* Firmatque hanc distinctionem, quod & pecuniam numeratam (quæ vestimentis in materia ususfructus proxima esse dicitur, *§. 2. Inst. de usufr.*) vel ut corpus vel ut quantitatem considerare possumus, *l. si, is cui 94. §. sin autem 1. ff. de solution.* atque etiam a testatoribus

bus dupliciter considerata inuenitur; in quantum, simpliciter *decem legatis*, quantitas legata intelligitur, ac debita est, licet nulla pecunia numerata in patrimonio testatoris reperiatur; at, *legatis decem, quae sunt in arca*, magis certum corpus videtur relictum, adeo ut, istis decem in arca non inventis, nihil aliunde præstandum sit. *l. plane, ubi 34. §. sed hoc ita 4. l. si servus legatus 108. §. qui quinque 10. ff. de legatis 1.* Nec est quod quisquam moveatur iis, quæ in contrarium allata a Donello *comment. jur. civilis lib. 10. cap. 4.* Vinnio *ad §. 2. Inst. de usufructu num. 2.* aliisque. Quod enim non consumi sed atteri vestes quotidianas ajunt, debilius est; cum necessaria in quasi usufructu non sit plenaria rerum fungibilium consumtio, sed sufficiat, quod per usum desinant usui esse ei, cui quasi usus fructus earum datus est, sive usu tollantur in totum, sive minuantur, ut ante dictum; *l. 1. in fine ff. h. t.* Confer Galvanum *de usufructu cap. 3. num. 6.* adeoque, quemadmodum pecunia expendendo perit, salvis licet manentibus nummorum corporibus, ita & vestis attritione desinit esse usui, etsi vestis detritæ corpus superstit. Quæ & ratio fuit, quod Imp. in *d. §. 2. Inst. de usufructu*, dixit, *vestimentis proximam esse pecuniam numeratam;* similitudine procul dubio in eo posita, quod utrobique post abusum, id est attritionem, atque expensionem, corpora manent in rerum natura. Ut proinde frigidius videatur, quod ad eludendum argumentum ex *d. l. 1. ff. h. t.* petitum, Vinnius ait *ad §. 2. Inst. de usufructu* per ea, quæ *usu minuuntur*, denotari res illas, quæ per partes consumuntur. Cum utique naturaliter constet, omnes res fungibiles per partes consumi, quatenus ex majore rerum fungibilium quantitate aliæ absumuntur, aliæ adhuc consumtioni in futurum asservantur; dum neque totus modius aut acervus frumenti, neque totum dolium olei vel vini uno momento comeditur aut exhauritur, & tamen illarum partium absumtionem id operari, ut neque minuantur, quæ absumta sunt, neque minuantur necdum absumta; sed absumta quidem in totum absumenti perierint, non absumta sine ulla sui diminutione integra apud quasi fructuarium remaneant, donec ei placuerit ista quoque per usum absumere: sic ut omnia fungibilia vel debeant contineri sub consumendis, quatenus per partes consumuntur, vel debeant comprehensa esse sub diminuendis, adeoque vel *consumtionis* vel *diminutionis* superflua mentio videri debeat; quod non erit, si per *usum dimi-*

diminuenda designentur vestimenta. Non magis juvat, quod vestes commodari atque locari posse probatur ex *l. si, ut certo 5. §. interdum 10. ff. commodati. §. pen. Instit. de locatione.* quorum tamen contractuum ea natura est, ut in res fungibiles usu pereuntes non cadant. Etenim primo quidem in fungibilibus quoque rebus commodatum consistere, nihil vetat, si modo illæ dentur, ut non fungibiles: quomodo in ipsa numerata pecunia (quam vestimentis proximam esse dixit Imp.) non mutuum tantum, sed & commodatum esse, quoties ad pompam & ostentationem, ac dicis gratia, usus ejus datur, ex Ulpiano & Gajo discimus *l. sed mihi 3. §. ult. l. 4. ff. commodati.* Sed & secundo, uti in veste commodatum atque locatio est, ita verum quoque usumfructum esse posse, inficias eundum non est, ac supra jam demonstratum, maxime, si de scenicis quæstio sit, uti de iis agit *d. l. 5. §. 10. ff. commodati.* sed id non impedit quo minus in quotidianis, perinde ut in cæteris quantitatibus seu rebus fungibilibus, etiam quasi usus-fructus constituatur, ut jam probatum; animo scilicet ac destinatione patrisfamilias, usumfructum vestimentorum concedentis, efficiente, ut fructuarius iis vel utatur tantum, & in specie restituat, vel abutatur, ad æstimationem reddendam cautione devinctus. Nec recte dixeris, ea ratione in cæteris quoque rebus, velut jumentis, servis, aliisque, quasi usumfructum posse constitui, dum testator eas res æstimatas dat utendas, sub cautione certæ pecuniæ restituendæ, finito usufructu, *l. si vini 7. ff. h. t.* atque ita nihil esse in vestimentis peculiare. Non enim istam de quasi usufructu, in jumentis & servis cæterisque rebus non fungibilibus constituendo, assertionem facile admiserit, quisquis perpenderit, non nisi in subsidium & utilitatis causa ex Senatusconsulto quasi usumfructum in iis fuisse rebus inductum, quæ *per usum tolluntur vel minuuntur, l. 1. in fine ff. h. t.* quod in vestimentis quidem evenit, in servis vero ac jumentis non item; cum & servorum & jumentorum usus ac operarum exercitium boni viri arbitratu non deteriorem, sed plerumque meliorem faciat eorum conditionem, uti ex diverso torpent ut plurimum & corrumpuntur otio, inertia, ac quiete, minusque in posterum utiles apparent operarum præstationes. Neque etiam tale quid, quale objicitur, habet *d. l. si vini 7. ff. h. t.* quippe in qua dum Gajus vult, idem, quod in olei, vini, frumenti usufructu legato obtinet, *de cæteris quoque rebus,*

bus, *quae usu continentur*, *intelligendum esse*, non alias res respexit, quam quæ æque, ac oleum, vinum atque frumentum, fungibilibus adnumerari solent, qualia sunt aurum, argentum, æs & similia quæ pondere, numero ac mensura constant, & admetiendo, adnumerando aut appendendo in hoc dantur, ut accipientium fiant, ut ait Imp. *pr. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* nec alio sensu in d. l. 7. dicuntur *usu contineri*, quam quia nihil in his rebus præter usum est, nihil post usum supereſt, dum usus in abusu & consumtione consistit: imo quas res Gajus dixit *usu contineri;* Ulpianus descripsit, ut tales *quae in abusu continentur*, in fragmentis *tit.* 24. §. 27. Et generaliter illud quidem verum est, res fungibiles ex patrisfamilias destinatione posse rerum non fungibilium naturam induere quantum ad effectus; at ut res non fungibiles induerent naturam fungibilium, exemplo nullo satis idoneo ex legibus probari posse crediderim. Concludo itaque, in vestimentis scenicis atque pompaticis perinde ac in supellectili, verum, in quotidianis quasi usumfructum in dubio præsumendum esse, si juris civilis principiis inhærendum sit: etsi me non fugiat, aliquando in Hollandia judicatum fuisse, in vestimentis omnique apparatu lineo, laneo, lectis, stragulis similibusque, æque ac in reliqua supellectile, non quasi sed verum usumfructum legatum intelligi, & liberari fructuarium singula reddendo corpora, licet sine dolo malo attrita, nec compellendum, ut de æstimatione restituenda cautionem interponat, nisi aliud testator constituat; si fides autori appendicis decisionum utriusque curiæ *post consil. Holland. part. 3. vol. 1. pag. 37.*

TITVLVS VI.

SI VSVSFRVCTVS PETATVR, VEL AD ALIVM PERTINERE NEGETVR.

SVMMARIA.

1. *Cur non aeque circa res corporales, ac circa servitutes, negatoria actio recepta sit?*
2. *Quid sit confessoria actio; & an fructuarius aut heres ejus de fructibus praeteriti temporis agere possit, si pendente lite ususfructus finiatur?*
3. *Quid*

3. *Quid ſit negatoria? utraque etiam poſſidentibus datur; quod non ita eſt in rei vindicatione. Quem caſum deſignaverit Imp. in §. 2.* Inſt. de action. in fine, *ubi in rei vindicatione is, qui poſſidet actoris partes obtinet?*

4. *An ſi maritus uxori bonorum ſuorum uſumfructum legaverit, vidua privata autoritate poſſit in bonorum iſtorum poſſeſſione manere, aut ea occupare?*

Occaſione uſusfructus ac cæterarum ſervitutum, ſive perſonalium ſive realium, duæ in jure noſtro actiones ſunt proditæ, confeſſoria & negatoria. Quæ negatoria etiam *contraria* dicitur. *l. ſicut 8. ff. ſi ſervit. vind.* Quod autem duplex hic actio ſit, cum rerum corporalium intuitu unica tantum rei vindicatio competat, ejus hanc merito rationem dixeris, quod, qui agit, de ſuo jure, non de alieno, contendere debeat, ac quod ſibi, non quod alteri debetur, perſequi. *l. uti frui 5. pr. ff. h. t. pr. Inſt. de action.* In rebus autem corporalibus ita comparatum eſt, ut ex eo, quod actor negat, rem eſſe adverſarii in poſſeſſione conſtituti, non neceſſario ſequatur, rem petitoris eſſe; quia ad tertium extra litem poſitum jure dominii poſſet pertinere. Cum ergo negatione ſimplici, *rem poſſeſſoris eſſe*, nullum ſibi ipſi jus quisquam aſſerat, inutilem eſſe in rebus corporalibus negatoriam actionem, ſponte patet; nemine victoriam illic obtinente, niſi qui *rem ſuam eſſe* affirmaverit pariter atque probaverit. At ex adverſo in ſervitutibus, quisquis rem ſuam alteri perſonæ aut rei ſervire negat, eo ipſo libertatem ſuæ rei aſſertum it; in quantum negationi ſervitutis ineſt affirmatio libertatis ab eo, quod per alium arrogabatur, ſervitutis onere atque jure: ac proinde utilis hic eſſe poteſt negatoria actio; quippe qua non de jure tertii, ſed ſuo, rei ſuæ libertate, contendit, eandemque vindicat adverſus eos, qui ſervitutem non jure nitebantur uſurpare. *d. l. uti frui 5. ff. h. t. l. loci corpus 4. §. competit 7. ff. ſi ſervit. vindic.* Arnold. Vinnius *ad §. 2. Inſt. de action. num. 6.*

2. Confeſſoria (forte ſic dicta, quia adverſarius per eam adigitur fateri, rem ſuam ſervire) eſt actio civilis in rem, arbitraria, competens ei, cui uſusfructus conſtitutus eſt. Non ei, cui tantum contractu promiſſus, ſed necdum quaſi traditione acquiſitus fuit, quippe cui ſola perſonalis ex contractu actio dan-

danda foret. Uti nec vero domino; cum ei non poſſit res ſua ſervire *l. uti frui 5. ff. h. t.* Adverſus quemvis rei fructuariæ poſſeſſorem, aut in poſſeſſione uſusfructus conſtituti turbantem, *l. 1. pr. & §. 1. l. 5. §. 1. ff. h. t. l. cujuscunque 60. §. 1. ff. de uſufr. & quemad. quis utat.* aut liti ſe offerentem quaſi poſſideret. *l. ult. ff. h. t.* præcipue adverſus ipſum rei ſervientis dominum. *d. l. 5. §. 1. ff. h. t.* Ad id, ut res declaretur uſuifructui obnoxia, & adverſarius poſſeſſionem cum fructibus reſtituat, aut patiatur actorem quiete uti frui; *d. l. 5. §. in his 3. & §. ult. ff. h. t.* quod ſi aut lite pendente, aut etiam ante litem cœptam uſusfructus extinctus ſit morte fructuarii aliove modo, de fructibus præteriti temporis, & eo quod interierat ante finitum uſumfructum tam fructuarius, quam heres ejus, utiliter experiri poteſt. *l. uti frui 5. §. ſi poſt 4. ff. h. t.* arg. *l. quod eſt 3. §. pen. ff. de vi & vi armata.*

3. Negatoria itidem civilis eſt in rem, arbitraria, quæ rei domino datur, nec alteri quam domino dari poteſt, etiamſi poſſeſſor rei non eſſet fructuarius; cum utique poſſeſſor ſola poſſeſſionis efficacia potior ſit, licet nullum de cætero jus habeat. *d. l. 5. pr. ff. h. t.* Contra eum, qui uſumfructum non jure uſurpat, aut tanquam fructuarius dominum in libera rei ſuæ & libertatis poſſeſſione turbat; ad id, ut res declaretur libera ab onere iſtius uſusfructus, adverſario injungatur reſtitutio rei cum fructibus, ac eo quod intereſt; vel, ut in poſterum turbare deſinat. *d. l. 5. §. ult. ff. h. t.* Agit enim actionibus hiſce non is tantum, qui poſſeſſione deſtitutus eſt, ſed & qui etiamnum poſſidet, ne inquietetur; *d. l. 5. §. ult. ff. h. t.* qua in re inter actiones haſce ac corporalium rerum vindicationes Imperator differentiam obſervavit in *d. §. 2. in fine Inſtit. de actionib.* ſubjungens tamen, *ſane uno caſu qui poſſidet, nihilominus actoris partes obtinet, ſicut ex latioribus digeſtorum libris opportunius apparebit.* Quibus verbis, dum alii alios caſus ſingulares ex jure noſtro petitos affingere tentant, ut videre eſt apud interpretes ad d. §. 2. ego, ut quod ſentio ediſſeram, perſuaderi nequeo, ut Imperatorem ad unum quendam caſum ſingularem ibi reſpexiſſe credam; quippe quem, ſi ita eſſet, æque parco verborum apparatu potuiſſet exprimere, quam quo lectores ad latiora remittit Pandectarum volumina. Quin potius, dum ait, uno caſu poſſidentem *actoris partes obtine-*

re, non vero, eum inſpecto judiciorum ordine actorem eſſe; propius eſt, ut tantum de actoris officio in reum transferendo verba intelligamus. Actori ſcilicet uti alias regulariter, ita & in rei vindicatione incumbere probandi onus, tralatitium eſt, ſic ut actore non probante reus abſolvendus ſit, licet nihil ipſe præſtet. *l. qui accuſare 4. C. de edendo.* Sed ſi intentionis ſuæ fundamentum actor jam adſtruxerit, tum deinceps reo incumbit onus probandi exceptionem ſuam, intentioni actoris oppoſitam; quo reſpectu cum *reus in exceptione actor* dicatur, *l. 1. ff. de exception.* juncta *l. ſi quidem 9. C. eod. tit.* hunc eſſe caſum illum exiſtimo, quo is, qui poſſidet, actoris partes obtinet. Atque ita (ut facti ſpecie res fiat evidentior) cum fratres emancipati una cum fratribus in poteſtate retentis patri ſuo defuncto ſimul heredes eſſent, ac fratres emancipati fundum quendam paternum poſſidentes velut a patre communi ſibi donatum, a fratribus reliquis ſimulque coheredibus rei vindicatione convenirentur; in confeſſo autem eſſet, & patrem fundi litigioſi fuiſſe dominum, & fratres actores patri ſucceſſiſſe, adeoque abunde videretur conſtare actorum jus; injunctum fuit fratribus poſſeſſoribus rei vindicatione conventis, ut docerent, unde, ſeu quonam titulo, domini facti eſſent; atque ita detegerent, non ſatis juſto intentionem actorum fundamento conſtitiſſe. *l. ſive poſſidetis 16. C. de probation.*

4. Illud haud negligendum, licet regulariter uſusfructus promiſſus actione perſonali, conſtitutus actione in rem confeſſoria per fructuarium petendus ſit; tamen, ſi maritus uxori bonorum ſuorum uſumfructum legaverit, neceſſe non eſſe, ut uxor adverſus heredes mariti actione quadam de uſufructu legato contendat; ſed propria autoritate poſſe in rerum fructuariarum manere poſſeſſione, iisdemque uti frui; illis præſertim in locis, in quibus viget *maſſariae* jus: eo enim jure ceſſante, conſultius fuerit viduæ, res mariti haud poſſidenti, ordinariis experiri juris remediis adverſus mariti heredes, de uſufructu ſibi legato; nec iisdem reluctantibus rerum hereditariarum invadere poſſeſſionem. Peckius *de teſtam. conjug. lib. 5. cap. 24. num. 2.* Vincent. Carocius *deciſ. 45. n. 13. & ſeqq.*

TITV.

TITVLVS VII.

DE OPERIS SERVORVM.

SVMMARIA.

1. *Quid sit servitus operarum; & in quibus distet ab usufructu?*
2. *In quibus differat ab usu?*
4. *An & servitus operarum jumenti detur, quae ab usu & usufructu distincta est?*

Servitus operarum est jus percipiendi omne commodum ex operis servi alieni. Et differt ab usufructu vel usu servi. *l. 1. §. si ususfructus 9. ff. ad leg. Falcid. l. huic stipulationi 5. §. ult. ff. usufr. quemadm. caveat.* operarum namque legatarum dies non ab adita hereditate cedit, sed demum, ex quo illæ petitæ sunt. Nec operarum servitus morte aut capitis diminutione illius, cui debetur, aut non utendo, evanescit, sed demum morte servi aut usucapione ejus. Quæ aliter obtinent in usufructu, qui morte quidem fructuarii & non utendo perit, sed non rei fructuariæ usucapione. *l. hominis operae 2. l. operae 7. ff. de usu & usufructu legato. l. locum autem 17. §. pen. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Quibus non contradicit Gajus in *l. in hominis 3. & l. 4. ff. h. t.* licet enim (ut ibi dicitur) *fructus hominis* etiam *in operis consistat*, *& retro in fructu hominis* etiam *operae sint*, non tamen ideo aliæ diversitates excluſæ sunt, quatenus etiam præter servi operas alia in usufructu servi comprehenduntur, nec in usufructu tam diuturna est operarum præstatio atque quidem in hac operarum servitute, non fructuarii sed servi demum interitu evanescente,

2. Qui autem operas servi habet, easdem elocare potest, *d. l. 2. ff. de usu & usufr. legato.* quod non potest qui tantum usum servi sibi constitutum habet. *l. plenum 12. §. ult. ff. de usu & habitat. §. item is, ad quem 3. Instit. eod. tit.* Licet enim hic quoque verum sit, *operis servi legatis usum datum intelligi*, uti loquitur JCtus in *l. pen. ff. h. t.* non tamen id impedit, quominus & alia præter usum insint pinguiori huic operarum servituti.

3. Quæ de operis ſervorum dicta, ad jumentorum quoque operas extendi poſſe, ſic ut & legatum operarum jumenti ab uſu & uſufructu jumenti diſtet, colligi poteſt ex iis, quæ Ulpianus tradidit in *l. huic ſtipulationi 5. §. ult. ff. uſufr. quemadm. caveat.* præſertim, cum & jumenti proprietas utilis proprietario maneat tum in fœtura ejus, tum in carne corioque poſt mortem.

TITVLVS VIII.

DE VSV ET HABITATIONE.

SVMMARIA.

1. *Quid ſit uſus? in quo diſtet ab uſufructu? Quid juris, ſi uni uſusfructus, alteri uſus, tertio proprietas ejusdem rei detur? Quo ſenſu uſus ſine fructu, fructus ſine uſu eſſe poſſit, vel non?*
2. *Quantum uſuarius capere debeat, judicis arbitrium eſt; aucta familia plus percipere licet; ſylvae caeduae uſu civitati dato, omnia membra, licet numero aucta, caedere poſſunt.*
3. *Minus eſt in uſu quam uſufructu; niſi uſus pecuniae datus ſit, vel uſuarius omnibus fructibus indigeat; vel niſi uſus ſine fructu inutilis ſit. An id etiam in uſu ſylvae caeduae obtineat?*
4. *Uſuarius alteri nequit uſum vendere aut gratis concedere, nec res uſuarias elocare, paucis caſibus exceptis.*
5. *Qualia onera & impenſas ferat uſuarius?*
6. *Quid ſit habitatio? an habens jus inhabitandi poſſit alteri gratis concedere habitationem?*
7. *Quibus modis extinguatur habitatio? non morte ejus, qui conceſſit.*
8. *Non capitis diminutione aut non utendo; & cur?*
9. *In dubio magis habitatio ſola, quam plena proprietas praeſumitur legata. Quid juris, ſi legetur* domus ad inhabitationem, *vel*, ad inhabitandum quamdiu legatarius vivit?

USus eſt jus alienis rebus utendi ad neceſſitatem quotidianam, ſalva rerum ſubſtantia: qualis ſervitus etiam data intelligitur, cum χρησις relicta eſt. *l. 10. §. 1. ff. h. t.* Vide Rævardum *lib. 2. variar. cap. 10. 12.* (vel) & ab uſufructu diſtat: cum enim uſusfructus dividuus eſſet, & pro parte legari

gari poſſet: ac admitteret jus accreſcendi, contra nihil horum in uſu admiſſum fuit; *l. uſus pars 19. ff. h. t.* poteſtque & uſus ſine fructu & fructus ſine uſu eſſe, *l. huic ſtipulationi 5. §. 1. & 2. ff. uſufructuar. quemadm. caveat.* nec a juris ratione abſonum eſt, alteri uſumfructum ſine uſu, uſum alteri ſine fructu, tertio nudam proprietatem legari. *l. per ſervum 14. §. ult. ff. h. t.* quo caſu uſuarius deducet primo quantum ſuæ ſufficit neceſſitati: reliquum ex fructibus cedet fructuario. *l. ſi alii 42. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* Aliter quam obtineret, ſi ſimpliciter uni uſusfructus, alteri ejusdem rei uſus legatus eſſet; quippe quo caſu uterque tanquam conjunctus in uſu concurreret, fructum haberet ſolus ille, cui is legatus erat. *l. per ſervum 14. §. pen. ff. h. t.* Paulus *recept. ſent. lib. 3. tit. 6. §. 25.* Eodem modo, quo, ſi uni fundus, alteri ejusdem fundi uſusfructus legatus fuerit, ambo dicuntur in uſufructu concurſuri. *l. ſi tibi decem 6. ff. de uſufr. ear. rer. quae uſu conſum. l. ſi alii fundum 19. ff. de uſu et uſufr. legato.* Verum cum hac ratione teſtantium judicia nimia videantur ſubverti ſubtilitate ac ſyllabarum aucupio, rectius eſt ut cum Groenewegio ad *d. l. 19.* & aliis ab eo allegatis, uni tantum uſum, alteri uſumfructum deducto uſu, ex hujusmodi teſtatoris elogio aſſignemus. Sed & uſufructu conſtituto, uſum poſſe per acceptilationem tolli, eo quod uſus ſine fructu eſſe poſſit, ab Ulpiano reſponſum in *l. et per 13. §. ſi quis 3. ff. de acceptilatione.* Nec his contrarium eſt, quod uſuifructui uſus inſit, uti id ex uſusfructus definitione conſtat, & manifeſte colligi poteſt ex *l. is, qui uſumfructum 20. ff. quibus mod. uſusfr. amitt.* quodque fructus ſine uſu eſſe nequeat, ac inutile legatum ſit, ſi fructus legetur deducto uſu; ademtio denique nulla ſit, ſi fructu legato uſus adimatur. *l. per ſervum 14. §. uſusfr. 1. ff. h. t.* Verum etenim eſt, uſum quidem illum, qui ſeparatam ab uſufructu ſervitutem conſtituit, abeſſe ab uſufructu poſſe; ac de eo uſu accipiendi Jurisconſulti, dum in *ll.* ſuperius citatis fructum dixerunt ſine uſu conſiſtere: ſed id non impedit, quo minus fructui, etiam ab uſus ſervitute ſeparato, uſus inſit, in quantum fruendo non poteſt non ſimul uti: innuente id ſatis Florentino JCto; *ſi alii* (inquit) *uſus alii fructus ejusdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod uſuario ſupererit; nec minus et ipſe fruendi cauſa et uſum habebit.*

l. ſi alii 42. ff. de uſufructu et quemadm. quis utat. Confer Galvanum *de uſufructu cap. 21.*

2. Quantum vero uſuarius uſus conſtituti nomine percipere debeat, judex ex conditione ejus, dignitate ſcilicet, familiæ numero, aliisque arbitrabitur: aliquo enim largius cum uſuario agendum eſt pro dignitate ejus, cui relictus eſt uſus; neque tam ſtricte interpretandæ voluntates defunctorum. *l. plenum 12. §. 1. in med. et §. 2. in fine. l. divus 22. §. ult. ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 44. num. 3. et ſeqq.* Hinc aucta familia, modo id ſine dolo fiat, etiam plus uſuarius conſumere poteſt, arg. *l. peculium 65. ff. de legatis 2. l. grege 22. ff. de legatis 1.* Cæpolla *de ſervitut. praed. urb. cap. 50. num. 5. et ſqq.* Zoeſius *ad Pand. h. t. num. 4.* ex eoque fundamento traditum ab interpretibus, ſi conceſſum fuerit oppido, vico, pago, aut alteri univerſitati jus ſecandi ligna ex vicino nemore, quantum cuique membrorum ejus ad uſum ſufficit, aucto poſtea membrorum ſeu incolarum numero, omnibus tamen competiturum hoc lignorum cædendorum jus. Coſtalius aliique ad *d. l. 22. ff. h. t.*

3. Licet autem uſus iisdem modis conſtituatur ac finiatur, quibus uſusfructus, & iisdem in rebus conſiſtere poſſit, *pr. Inſtit. h. t.* minus tamen eſt in uſu, quam in uſufructu, uti id de uſu fundi, ædium, ſervorum, jumentorum ac pecorum exponit Imperator in *§. 1. & ſeqq. Inſtit. h. t. l. ſi habitatio 10. §. ult. l. plenum 12. §. 1. 2. & ſeqq. ff. h. t.* niſi pecuniæ numeratæ uſus conſtitutus ſit, quippe qui ab uſufructu pecuniæ non ſeparatur, *l. hoc ſenatusconſultum 5. §. ult. l. quoniam 10. §. 1. ff. de uſufr. ear. rer.* vel niſi ad neceſſitatem quotidianam omnibus fructibus indigeat uſurarius; quo caſu cum omnes conſumere poſſit, non plus utilitatis proprietario ſupereſt, quam ſi uſusfructus conſtitutus eſſet, *l. fundi uſu 15. ff. h. t.* licet in cæteris maneat natura uſus, ſic ut nec vendere alteri nec elocare poſſit, ut poſt dicetur. Vel niſi uſus ſine fructu eſſet inutilis, quo caſu etiam venditionem uſuario permitti Pomponius a Divo Hadriano conſtitutum obſervat. *l. Divus 22. ff. h. t.* Sed cum id ab Hadriano in ſingulari tantum caſu conſtitutum fuerit, quo quibusdam uſus ſylvæ legatus erat, cujus peculiares potuerunt eſſe circumſtantiæ in lege non expreſſæ; vix eſt, ut regulariter legatario uſus ſylvæ cæduæ permittatur lignorum ex ea ſylva cæſorum venditio: præſertim cum ratio in d.

l. 22.

l. 22. propoſita, ſi generaliter acciperetur de omni caſu, manifeſtiſſimam eſſet involutura falſitatem: quis enim obſecro, verum eſſe credat, *nihil habituros eſſe legatarios uſus ſylvae, niſi ipſis ſylvam caedere liceret & vendere; quemadmodum uſufructuariis licet:* ſi modo conſideret, utilitatem in eo poſſe conſiſtere, quod quis ad quotidianas neceſſitates ex ſylva cædua ligna ferat, juxta *l. plenum 12. §. praeter 1. in fine ff. h. t. & §. 1. Inſt. h. t.* atque hinc eſt, quod Coſtalius *ad d. l. 22.* poſt Joh. Fabrum reſtringit d. legem 22. ad caſum, quo tam remota eſt ſylva uſuaria, ut commode percipi uſus ejus ſine venditione non poſſit.

4. Illud ſane conſtat, uſuarium non poſſe uſum ſuum ſeu commodum ejus in alium transferre, ſive vendendo, ſive locando, ſive donando; quamvis hæc poſſit fructuarius, §. *1. 2. 3. Inſt. h. t. l. ſed neque 8. l. inque 11. ff. h. t.* eo quod uſufructuarii omnes æqualiter viri boni arbitratu fruuntur; at fructuum jure uſus abſumendorum quantitas pro ratione perſonæ variat, dum non una & conformis omnium indigentia eſt. Ut tamen permiſſa locatio ſit, ſi vel hæc videatur fuiſſe mens concedentis uſum, vel forte aliter inutilis uſuario uſus eſſet, dum teſtator ſciens uſuarium hujus eſſe inſtituti, & vitæ, ut rerum talium uſum elocaret, ipſe rebus non uteretur, earundem uſum ei reliquit. *l. plenum 12. §. equitii 4. ff. h. t.* vel denique ædium ſpatioſarum uſus homini mediocri conceſſus ſit: neque enim invidendum ei fuit, ſi modica portiuncula contentus, reliqua ex parte elocata penſionem percipiat, *l. caeterum 4. ff. h. t.* præſertim cum id jure conſtitutum ſit, quod, licet tam anguſtus ſit legatarius, cui domus uſus legatus eſt, ut non poſſit occupare totius domus uſum; tamen eis, quæ vacant, proprietarius nequeat uti. *l. pen. §. licet 1. ff. h. t.*

5. Sed uti minus in uſu eſt quam uſufructu ratione commodi, ita quoque onerum ferendorum intuitu minus eſt; cum enim uſufructuarius impenſas modicas facere obſtrictus ſit, eo quod omnes fructus ſuos facit, ut latius *tit. de uſufructu* dictum: uſuarius ex adverſo nullas ſuffert; niſi ita omnem abſumat rei utilitatem, ut fructum nullum percipere proprietarius queat. Qua ratione ædium uſum habens, easdem reficere cogendus eſt, quoties nulla earum parte proprietarium uti patitur. *l. ſi domus 18. ff. h. t.* Nec dubium videtur, quin is, cui uſus ſervi conſtitutus eſt, alimenta ei ſubminiſtrare teneatur;

tur; cum omnes operas ejus utendo consumere queat. arg. *l. in rebus 18. §. possunt 2. ff. commodati. l. item si servi 30. §. 1. in fine ff. de aedilit. edicto.* Rarior interim hodie usus quam quidem ususfructus inter privatos constitutio est, ob difficultates plerumque emergentes, quousque usuarius uti debeat, & ob deprædandorum fructuum metum sub usus exercendi obtentu.

6. Habitatio, ad usum proxime accedens, est jus inhabitandi ædes alienas salva earum substantia, quam qui habet sibi constitutam, alteri non quidem donare, sed tamen locare potest. *l. si habitatio 10. ff. h. t. §. pen. Instit. h. t.* Adde Responsa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 13.* Manticam *de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 4. num. 8.* cui non contradicit Vivianus, dum habitationem commodato concedi posse asserit, *l. 1. §. 1. ff. commodati.* cum tamen commodatum gratuitum sit, & liberalitatis ac donationis speciem contineat. Non enim legis illius sensus est, quod habitationis jus, jam alteri constitutum, commodato concedi possit per eum, cui constitutum est: sed potius, quod, uti per legatum alicui conferri potest inhabitandi jus, & servitus hæc constitui, ita & per commodatum; quod & colligi potest ex *l. si gratuitam 17. ff. de praescriptis verbis*, quæ ejusdem Viviani mentionem facit. Atque ita in *l. Aquilius 27.* & *l. Lucius 32. ff. de donation.* epistola proponitur, qua permittitur alteri *hospitio quodam superioribus diaetis omnibus gratuito uti: habitare in certo coenaculo eoque uti ex dono.* Adeoque non de constituta, sed per commodatum constituenda habitatione *d. l. 1. §. 1.* intelligenda est: eodem nempe modo, quo & per precarium servitutes constitui posse, Pomponius asserit, *l. & habet 15. §. precario 2. ff. de precario.*

7. Perit autem hæc servitus morte ejus, cui concessa; cum personalis sit, *l. si habitatio 10. ff. h. t. l. habitatio 11. C. de usufructu.* non vero morte concedentis; quippe cujus heredes ratam habere tenentur habitationis concessionem a defuncto factam, sive is oneroso sive lucrativo donationis titulo eandem concessisset; cum non magis donatio, quam contractus alii, morte donantis evanescat. *l. Aquilius Regulus 27. ff. de donation.* Sed graviter his obstat *l. Lucius Titius 32. ff. eod. tit. de donation.* quæ heredibus voluntatis mutandæ ac revocandæ habitationis tribuit facultatem. Antinomiæ hujus tollendæ causa varii varias tentarunt distinctiones, vide Cujacium

lib.

lib. 17. obſeru. 33. Pacium *enantioph. cent. 6. num. 81.* Zoeſium *ad Pand. tit. de donationibus num. 58.* Wiſſenbach *ad d. tit. de donation. vol. 2. diſput. 16. num. 16.* ſed quæ minus probabiles, nec nodum ſolvunt. Verius eſt, *d. legem 32.* de precaria habitationis conceſſione agere; nam & habitationem precario concedi poſſe, conſtat ex *l. 2. C. de precario.* Cumque hæc præcarii natura ſit, ut heredes concedentis, tanquam ejusdem juris ac poteſtatis cum defuncto, æque ac concedens ipſe, precario datum rei uſum revocare poſſint, ut dicetur *tit. de precario*, & patet ex *l. locatio 4. ff. locati. l. ait praetor 2. §. & naturalem 2. l. cum precario 12. ff. de precario.* quid quæſo mirum, ſi & heredibus in *d. l. 32.* voluntatis mutatio permiſſa ſit. Atque ita de precario eam jam ante interpretatus fuit cum aliis Covarruvias *variar. reſolut. lib. 3. cap. 15. num. 1.* quos & ideo in d. l. 32. non legiſſe, *quamdiu volueris*, *utaris*, ut Florentinus liber habet; ſed *quamdiu voluerim*, probabile eſt; cum alioquin, ſervata Florentini codicis lectione, de precario accipi lex nullo modo poſſet; quod & Antonio Fabro placet, qui & ideo *libr. 2. conjectur. cap. 19.* pro *volueris* ſubſtituit *voluerim*, conſtituto donationis & habitationis conceſſæ fine, non in donatarii ſed donantis arbitrio ac poteſtate.

8. Non tamen evaneſcit habitatio non utendo, aut capitis diminutione. *d. l. ſi habitatio 10. ff. h. t. l. penult. ff. de capite minutis.* Cum enim capitis diminutione, & non utendo, non alia amittantur, quam quæ in jure conſiſtunt, habitationem his modis non extingui neceſſe fuit, eo quod in facto magis, quam in jure conſiſtit, ut Modeſtinus ait in *d. l. pen. ff. de capite minutis.* neque dubium, quin habitatio ſit alimentorum pars, ſic ut alimentis legatis, cibaria, veſtitus & habitatio videantur data, *l. legatis 6. ff. de aliment. vel cibar. legatis.* naturalem vero eſſe alimentorum præſtationem, vel inde certum eſt, quod & ſervis pœnæ, & deportatis, juris civilis prorſus incapacibus, deberi ex legato poſſint, nec tam quæratur, an legati aut juris alicujus capaces ſint, quam potius hoc unum, an de facto ali poſſint, *l. is cui 11. ff. de aliment. vel cibar. legat. l. ſi in metallum 3. ff. de his quae pro non ſcriptis.* Et hoc eſt quod per JCtum in *d. l. pen. de capite minutis.* indigitatum puto, dum dixit, *habitationem in facto magis quam in jure conſiſtere*,

9. Eſt

9. Eſt autem ſubinde ob verborum ambiguitatem incertum an plena proprietas ædium, an nudum habitationis jus videatur conceſſum: ſed placuit Juſtiniano, in dubio non dominium ædium, ſed ſolum habitationis ſervitutem præſumi relictam; niſi probationibus evidentiſſimis ipſe legatarius oſtendere poſſit, etiam dominium ejus domus ſibi relictum eſſe, *l. cum antiquitas 13. C. de uſufructu.* Ut tamen cenſeri debeat proprietas legata, ſi cui ædes certæ, ac ſuis deſignatæ conſinibus ſituque, *ad inhabitandum* legatæ: nam & ſi prædia legentur *ad alimenta*, non fructum tantum, ſed plenam proprietatem videri legatam, reſponſum eſt; ac adjectionem illam *ad alimenta* aut ſimile quid, magis ad cauſam legandi quam ad uſumfructum conſtituendum pertinere, *l. 4. l. pen. in fine ff. de aliment. vel cibar. legat.* Mantica *de conject. ult. volunt. libr. 9. tit. 4. num. 8.* & *tit. 2. num. 29.* Menochius *libr. 4. praeſumt. 133. num. 11.* Carpzovius *defin. for. part. 3. conſtit. 13. defin. 9. & defin. 10. num. 4.* Peckius *de teſtamentis conjug. lib. 5. cap. 25. num. 6.* (diſſentit Galvanus *de uſufructu cap. 23.*) niſi adjectioni *ad alimenta, ad uſumfructum, ad habitationem*, ſubjungantur verba, *quamdiu vivit:* tunc enim non proprietas, ſed habitatio ſola aut uſusfructus, morte perſonæ evaneſcens, videretur datus, quaſi deſignata habitatione vel uſufructu, dum propria ejus exprimitur qualitas ac natura. Everhardus *conſil. 180.* Menochius *d. lib. 4. praeſ. 133. num. 12.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 30. num. 4. & ſeqq.* Carpzovius *defin. for. part. 3. conſtit. 13. defin. 9. num. 7. 8.* & *defin. 10.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 2. n. 29. in fine.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 16.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 1. conſil. 75.*

TITVLVS IX.

VSVFRVCTVARIVS QVEMADMODVM CAVEAT.

SVMMARIA.

1 *Qualis cautio in vero & quaſi uſufructu & uſu & habitatione interponenda ſit? & quid reſtituendum ſit, ut ſatisfiat cautioni de reſtituendo?*

2. *Inventarium fieri rerum fructua-*

ctuariarum ſuaſit jus Romanum, deſiderant omnino mores; nec liber eſt ab inventarii neceſſitate, cui alienandi potestas data eſt.

3. *Cavet fructuarius datis fidejuſſoribus. Quid ſi fidejuſſores invenire nequeat? quid ſi per contumaciam cavere nolit?*
4. *Quis cavere debeat, ſi legatarius uſumfructum legatum alteri reſtituere rogatus ſit?*
5. *Cavendum illis ad quos finitus uſusfructus redibit: ſingulis, ſi plures ſint: utrique, ſi incertum, ad quem ex duobus rediturus ſit; etiam confructuario ob jus accreſcendi.*
6. *Evaneſcit cautio, ſi is, cui cautum, durante uſufructu emittat proprietatem.*
7. *Quibus cautio a lege remiſſa ſit? an ei cui uſusfructus pure proprietas in diem, vel ſub conditione legata; An patri; an moribus etiam matri?*
8. *An donatori?*
9. *An cautio fructuaria remitti poſſit per eum, qui uſumfructum actu inter vivos conſtituit? An & heres teſtatoris uſumfructum legantis? an & ipſe teſtator, reſpectu membri utriusque fructuariae cautionis?*
10. *Quo modo per indirectum teſtator poſſit fructuario remittere cautionem?*
11. *Cautio ab initio non exacta, poſtea tamen durante uſufructu exigi poteſt, ſine ulla temporis praeſcriptione, Si nec tunc exacta ſit, quibus remediis proprietarius finito uſufructu ad rerum reſtitutionem experiri poſſit? Cautio non eſt de ſubſtantia veri vel quaſi uſusfructus.*

Ut is, ad quem uſusfructus & uſus finitus redire debet, de jure ſuo ſecurus ſit, nec malitia aut inopia fructuarii in damno hæreat, cautionem interponi neceſſe eſt; quæ tamen aliter in vero, aliter in quaſi uſufructu concipitur. Quaſi fructuarius enim, cum rerum fructuariarum dominus ſit, & abutendi atque conſumendi poteſtatem habeat, de utendo fruendo boni viri arbitratu cavere non compellitur, ſed tantum de re eadem in genere, vel æſtimatione ejus reddenda. *l. ſi vini 7. ff. de uſufr. ear. rer. quae uſu conſum. §. 2. Inſtit. de uſufr.* Vid. *tit. de uſufr. ear. rer.* At fructuarius uſuarius & habitationis jure gaudens, ſe fruiturum, uſurum, habitaturum boni viri arbitratu, & finita ſervitute rem eandem in ſpecie reſtituturum cavet, dolumque malum abeſſe & abſuturum eſſe. *l. 1. pr. & §§. ſeqq. l. huic ſtipulationi 5. ff. h. t.* Cujus cautionis membrum alterum, quatenus de reſtituendo agit, ſemel tantum committi poteſt, poſt finitum nempe uſumfructum; alterum, quo de fruendo boni viri arbitratu promittitur, ſæpius etiam

etiam usufructu constante. *l. 1. §. pen. ff. h. t.* Adde Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 17.* Censeturque satisfacere fructuarius cautioni de restituendo, si id reddat, quod tempore ususfructus finiti ex re fructuaria extabit, si illa casu aliquo diminuta vel extincta dicatur, vel sine dolo malo attrita sit. *l. 1. in pr. & §. ult. l. si ususfructus 9. §. pen. ff. h. t.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 46. num. 4.* Responsa JCtor. Holl. *part. 4. consil. 76. post med. & consil. 78.*

2. Quia vero post longa tempora & finem vitæ longævi hominis dubium esse posset, quarum, qualium, quantarumque rerum ususfructus datus esset, præsertim, ubi bonorum omnium, aut suppellectilis, aut alterius rerum universitatis ususfructus est; recte facturum heredem & legatarium, ait Ulpianus, si in testatum redegerint, quales res sint, cum frui incipit legatarius, ut inde apparere possit, an & quatenus rem fecerit pejorem, atque insuper constare, in quid fidejussores obligati sint. *l. 1. §. recte 4. ff. h. t.* Cumque justum visum fuerit ac populare hoc Ulpiani consilium, utpote litium multarum materiam tollens, ac a difficile sæpe probandi necessitate proprietarium sublevans, paulatim in perpetuam transivit observantiam, tantusque moribus hodiernis ejus inventarii conficiendi favor repertus est, ut fructuarius nunc non minus ad inventarii confectionem quam cautionis interpositionem constringi possit; imo facilius aliquando cautionis quam inventarii remissio procedat, ut post dicetur. Neque ab hac inventarii conficiendi necessitate fructuarium omnium bonorum liberabit, quod ei cum usufructu libera quoque alienandi potestas concessa sit: cum enim talis, tanquam fiduciarius universali fideicommisso gravatus considerari debeat, ut *tit. 1.* dictum, & ideo quartam ad minimum debeat restituere, nec sine prævia bonorum omnium descriptione dignosci queat, quam quantitatem quarta contineat, consequens est, ut & ipse ad inventarii compellatur conscriptionem. arg. *nov. 108. cap. 1.* Sande *decis. Frisic. lib. 5. tit. 3. def. 4.* Neostadius *Curiae Holl. decis. 20.* & *supr. Cur. decis. 91.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 144. num. ult.* & *145. n. 10. 11.* Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 27. def. 25.* D. Someren *de jure novercar. cap. 7. n. 1.*

3. Interponenda hæc cautio datis fidejussoribus; tum quia *satisdatio* desideratur. *l. huic stipulationi 5. §. 1. ff. h. t. l. si cujus rei 13. ff. de usufr. & quemad. quis utat.* tum quia prætoria

ria eſt, quæ perſonarum interventum requirit. *l. 1. pr. d. l. 5. §. 1. ff. h. t.* junct. *l. praetoriae 7. ff. de ſtipulationibus praetoriis.* unde & nominatim fidejuſſoribus oblatis caveri, Paulus voluit *recept. ſent. lib. 3. tit. 6. §. 27.* Quodſi idoneos fructuarius fidejuſſores invenire nequeat, arbitrio judicis relinquendum videtur, ut conſiderata perſonæ qualitate, rei fructuariæ quantitate, proniore aut difficiliore perdendi occaſione ſimilibusque, æſtimet, utrum juratoria cautione vel pignoribus datis eum ad utendum fruendum admittere debeat, an vero res fructuariæ ſequeſtrandæ aut elocandæ ſint, aut ipſi proprietario permittendum, ut fructus colligat, & collectos fructuario præſtet. Pati ſane non debet judex, ut is, qui ſatisdationem offerre non poteſt, propterea a liberalitate teſtatoris depellatur. arg. *l. cum non facile 6.. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid. licuerit. leg. eſſe dic. l. hac edictali 6. §. his illud 1. in med. C. de ſecundis nuptiis. l. 1. §. jubet autem 9. ff. de collation. auth. generaliter C. de epiſcop. & clericis.* Gomezius *variar. reſolut. tom. 2. cap. 15. num. 4.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 9. art. 13. num. 7.* Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 18.* Andr. Gayl. *libr. 2. obſerv. 47.* Joh. Papon. *lib. 14. tit. 2. arreſt. 11.* Mynſingerus *cent. 6. obſerv. 48.* Peckius *de teſtamentis conjug. lib. 5. cap. 24. num. 4. in fine.* Galvanus *de uſufructu cap. 20. num. 5.* Pinellus *ad l. 1. C. de bon. mat. part. 2. num. 79.* Paulus Voet *ad pr. Inſt. de uſufructu num. 5.* Ant. Matthæus *de ſervitut. diſput. 2. theſ. 10.* & *diſput. 3. theſ. 13.* Sed ſi exactam per proprietarium cautionem interponere valens, cavere perfracte nolit, a commodo uſusfructus, donec caverit, depellendus eſt, *l. ſi cujus rei 13. ff. de uſufr. & quemad. quis utat.* adeo ut fructus a tempore cautionis exactæ usque ad tempus ejusdem præſtitæ percepti non cedant fructuario, ſed ſorti adjungendi ſint, ac uſufructu finito cum rebus cæteris debeant ad proprietarium reverti. Neoſtadius *Cur. ſupr. deciſ. 33. in fine.* Andr. Gayl. *lib. 2. obſerv. 46. num. 6. & ſeqq.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlin. tit. 9. art. 13. num. 11.* Abr. a Weſel *ad novell. conſt. Ultraject. art. 11. num. 59. & 60.* Confer Caſtillo Sotomayor *de uſufructu cap. 16.* Plane ſi quos ante petitam cautionem fructus perceperit, eos ſuos facit. Appendix deciſionum *poſt reſponſ. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 36.*

4. Cavere tenetur quisquis ex uſufructu commodum ſperat: ſi plures ſint confructuarii, ſinguli. *l. ſi tibi 8. in fine. ff. h. t.*

h. t. Si fructuarius mox alteri usumfructum sibi legatum restituere rogatus sit, videndum, an legatario post restitutionem factam aliqua duret spes ususfructus, & ex testatoris voluntate possit post mortem fideicommissarii ad eum, tunc adhuc superstitem, recidere; quo casu rem ita expediri, Ulpianus censuit, ut fideicommissarius legatario, legatarius heredi, caveat. Quodsi solius fideicommissarii causa ususfructus relictus sit, nec legatario spes ulla recuperandi superfit, magis placuit, recta via fideicommissarium, subducta legatarii persona, cavere oportere domino proprietatis. *l. si ususfructus 9. pr. ff. h. t.*

5. Cavendum illis, ad quos usufructu finito res reverti debet, aut saltem speratur reditura. Si plures sint, singulis, *l. si ususfructus 9. §. ult. ff. h. t. l. si cujus rei 13. ff. de usufr. & quemad. quis utat.* uti &, si incertum sit, apud quem ex duobus, finito usufructu, proprietas extitura sit; veluti cum ususfructus fundi pure, proprietas alteri sub conditione legata est; cum enim existente conditione legatarius, eadem vero deficiente heres proprietatem habiturus sit, justum visum fuit & legatario proprietatis & heredi caveri. *l. si tibi 8. ff. h. t.* Sed &, si proprietatem alteri pure legatam ponas, eundemque rogatum eam post tempus alteri restituere, utrique itidem ob incertum ususfructus finem satisdandum placuit. *d. l. 8.* Denique etiam, cum duobus conjunctim ejusdem rei ususfructus legatus est, utrumque duplicem cautionem interponere obtinuit, alteram quidem, qua sibi invicem securitatem præstant in casum, quo post unius obitum ususfructus totus ex jure accrescendi obveniet superstiti; alteram heredi, in casum, quo ad socium ususfructus jure accrescendi transiturus non est. *d. l. 8. in fine ff. h. t.*

6. Cæterum, ei, qui nullo casu rem fructuariam ad se redituram sperare potest, frustra cavetur; usque adeo, ut & cautionis ab initio interpositæ vis omnis evanescat, si is, cui cautum, proprietatem amiserit; cum neque ei, ad quem prodesse ultra possit, proprietate in perpetuum carenti, neque ei, ad quem proprietas delata; quippe cui nulla poterat ex aliena stipulatione actio videri quæsita, sed is tempore acquisiti dominii sibi alia debuisset prospicere cautione.

7. Sunt autem casus, quibus remissa invenitur cavendi necessitas: nam etsi a cautione liber non sit, cui testator usumfructum

fructum pure, ſub conditione proprietatem reliquit, dum dubium eſt ob incertum conditionis eventum, an unquam proprietatis dominium adepturus ſit, *l. omnes 3. §. ſed etſi 3. ff. h. t.* non tamen ſatisdat, cui uſusfructus pure, proprietas in diem legata eſt; quia verum eſt, ad eum vel heredem ejus proprietatem perventuram, *l. ſi uſusfructus 9. §. plane 2. ff. h. t.* nec fiscus, arg. *l. 1. §. ſi ad fiscum 18. ff. ut legat. ſeu fideic. cauſa cav.* nec pater uſumfructum habens in adventitiis filiifamilias, *l. ult. §. ſin autem 4. in fine C. de bonis quæ liberis.* Carpzovius *defin. for. part. 2. conſt. 10. def. 9.* Groenewegen *ad Grotium lib. 2. cap. 39. n. 3.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 57. quaeſt. 10.* quod hodie ad matrem etiam extendi poſſet, quoties teſtamento cavendi neceſſitas remiſſa eſt, quaſi communicato cum matribus jure illo, quod hodie partibus ex veteri ſupereſt patria poteſtate. Quo facit, quod ex jure Romano matri ad vota ſecunda tranſeunti, & ita proprietatem relictorum ſibi a priore conjuge amittenti, hic honor fuit habitus, ut pro ſolis mobilibus, non vero immobilibus exponeret apud liberos ſatisdationem. *l. hac edictali 6. §. 1. C. de ſecund. nuptiis.* Quamvis aliis placeat, ne patri quidem hodie remiſſam videri cautionem, quaſi is eſſet ex jure Romano peculiaris effectus illius patriæ poteſtatis, quæ nuſpiam hodie ſupereſt; aut ſaltem arbitrio judicis id committendum eſſe, an parenti imponenda ſit cautio, nec ne. D. Someren *de jure novercar. cap. 11. ſect. 3. num. 2. in fine.* Illud conſtat, inventarium omnino, ſi maxime cautio a parente præſtanda non ſit, conficiendum eſſe. Groenewegen & Carpzov. *d. ll.* de quo & in ſeqq.

8. Immunem quoque a cautione eſſe donatorem, qui proprietate per liberalitatem in donatarium translata, ſibi reſervavit uſumfructum, vulgo receptum eſt; cum placuerit generaliter, eos, qui ex liberalitate conveniuntur (adeoque & donatorem de proprietate rerum donatarum uſufructu finito conventum) non ultra id quod facere poſſunt, damnandos eſſe, *l. Divus Pius 28. ff. de reg. juris. l. inter eos 19. §. 1. ff. de re judicata.* neque inſuper cum donatore tam rigide, atque quidem cum aliis agendum ſit. *l. ad res donatas 62. ff. de aedilit. edict.* Andr. Gayl. *libr. 2. obſerv. 145. num. ult.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 79.* Mynſingerus *cent. 5. obſerv. 39.* Wiſſenbach *ad Pand. vol. 2.*

diſput. 16. theſ. 11. in med. Anton. Matthæus *de ſervitutib. diſput. 3. theſ. 15.*

9. Sed & dubium vix eſſe poteſt, quin is, qui actu inter vivos uſumfructum conſtituit, recte fructuario per expreſſam conventionem remittat cavendi neceſſitatem; uti & heres teſtatoris, uſumfructum legantis: cum ita uterque non alieno ſed ſuo juri renunciet; quod lege permittitur. *l. pen. C. de pactis. l. poteſt heres 71. ff. ad leg. Falcid.* Groenewegen *ad l. 4. C. de uſufructu.* Et ſane, ſi legatarius conventione poſſit heredi remittere cautionem legatorum nomine, ſic ut remiſſa heredi per legatarium non poſſit ex pœnitentia revocari; quia licet cuique ſui juris perſecutionem aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem facere, *l. pactum inter 46. ff. de pactis.* cum tamen illa cautio etiam ſimul concerneret favorem teſtatoris; rationi conveniens eſt, longe magis heredem hanc poſſe fructuariam remittere cautionem, quæ ſolius heredis reſpicit utilitatem, ut in ſequentibus patebit. Neque tali remiſſione vel dolus de futuro remittitur, quod fieri non poſſe conſtat ex *l. ſi unus 27. §. illud 3. ff. de pactis.* vel fructuarius ad delinquendum invitatur, cum nihilominus & de damno & de reſtitutione actio ſuperſit, ut poſt dicetur; niſi heredem dixeris ad delinquendum invitari, cum ei cautio legatorum nomine per teſtatorem remiſſa eſt; & commodatarium, precario tenentem, depoſitarium, mutuatarium, ſimilesque ad reſtitutionem & doli culpæque præſtationem obligatos, quoties ab illis cautio pro reſtitutione ac deterioratione petita non eſt, nec peti poteſt. Teſtatorem quod attinet, eum non poſſe remittere cautionem fructuariam, verius eſt; idque non modo quantum ad eam cautionis partem, quæ de utendo fruendo boni viri arbitratu concepta eſt; ut ſatis plane atque clare ſancitum in *l. pen. C. ut in poſſeſſ. legat.* ſed & alterius membri intuitu, quo de re finito uſufructu reſtituenda cavetur: quod abunde evincitur ex *l. ſi pecuniae 6. ff. ut in poſſeſſ. legat. nomine.* & *l. 1. C. de uſufructu*, ubi, cum uxor marito omnium bonorum reliquiſſet uſumfructum, ac cautionem ab eo exigi prohibuiſſet, ab Impp. reſcriptum fuit, *non aliter maritum a debitoribus ſolutam pecuniam accipere poſſe, quam oblata ſecundum formam ſenatusconſulti cautione.* Quæ verba non de alia cautionis parte recte acceperis, quam de ea, quæ pro reſtitutione ſecuritatem præbet; cum de pecunia exacta, adeoque rebus fungibilibus ex jure

jure usufructus accipiendis, ibi quæstio esset; quarum intuitu non aliam quam de restituendo cautionem interponi, notum est. Neque enervatur hæc sententia ex eo, quod excipitur a Vinnio hic dissentiente *select. quaest. lib. 1. cap. 29.* in quasi usufructu quidem de restituendo cautionem remitti testamento non potuisse, convenienter *d. l. 1.* at aliter in vero servari: ex ratione, quod fungibilium, tanquam usu consumendorum, vindicatio nulla sed sola condictio, post finitum quasi usumfructum superst. *l. hoc senatusconsultum 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* ut proinde in cautione præsidium majus majorque securitas quærenda fuerit; contra vero rerum non fungibilium corpora, usufructu finito, vindicari possint, atque adeo extra cautionem remedium ad indemnitatem potentissimum proprietario comparatum sit. *l. omnes 3. §. ult. l. & si ususfructus 7. pr. l. ult. ff. h. t.* Non, inquam, ista urgent satis: nam etsi demus, paulo potentiorem esse rei vindicationem, quam condictionem, non tamen inde recte deduxeris, in vero ergo usufructu cautionem de restituendo remitti posse; in quasi non item. Utrobique sane cautio securitatem addit, utrobique etiam, cautione deficiente, remedium ad recuperandum in jure proditum est, condictio in altero, in altero vindicatio; sed & utrobique deficiente cautione remedium tum vindicationis tum condictionis sæpe inane est; sic ut non majorem in vindicatione, quam condictione indemnitatem habeat, cui usufructu finito res reddenda est. Quid enim, si mobilis sit aut sese movens, & ex fructuarii culpa nusquam appareat? sane inefficax æque vindicatio foret, atque condictio, ubi fructuarius solvendo non est. Quæ cum ita sint, magis est, ut secundum superius dicta concludamus, nullam cautionis fructuariæ partem a testatore remitti posse. Nec huic contrarium est, quod testatori permissum sit remittere heredi cautionem legatorum nomine. *l. pen. C. ut in poss. legat.* Etenim primo quidem, ab ea, quæ legatorum nomine interponitur, ad fructuarium male argumentum duci, ex ipsa illa *l. pen.* manifestum est, dum verbis perspicuis aliud juris in illa quam hac servari oportere, ibidem constitutum est. Atque insuper evidens diversitatis ratio in eo consistit, quod cautio legatorum nomine magis in favorem testatoris introducta fuit, ut voluntas ejus effectum sortiretur; fructuaria cautio magis heredis contemplatione, tanquam proprietarii, ut securus sit. Scilicet, ut apertius dicam,

cautio legatorum nomine voluntatis defunctorum tuendæ gratia introducta fuit, *l. ipſis 2. C. ut in poſſeſſ. leg.* quia voluntas pendente legatorum die vel conditione nondum impleta eſt, dum necdum quicquam legatarii ex teſtatoris liberalitate adepti ſunt; adeoque tendit ad id, ne, die vel conditione exiſtente, ſpe ſua excidant honorati ob heredis inopiam, & eluſorium reddatur defuncti judicium, ſed quibus teſtator dari fierive voluerit, his diebus detur vel fiat. *l. 1. pr. ff. ut legat. vel fideic. ſervand. cauſa caveatur. d. l. ipſis 2. C. ut in poſſeſſ. legat.* Si ergo teſtator non tanti faciat certitudinem implementi circa ea, quæ ſupremo placuerant elogio, cautionem legatorum nomine efficaciter remittet, non alieno, ſed ſuo juri ſic renunciaturus. *d. l. 2.* At ex adverſo cautio fructuaria primario in gratiam heredis eſt; eo quod teſtatoris judicium jam ſuum effectum ſortitum fuit, dum heres proprietatem earum rerum, quarum uſusfructus alteri legatus erat, aditione ſibi acquiſivit; adeoque cautio fructuaria non ad id tendit, ut aliquid, ex teſtatoris voluntate præſtandum, acquiratur, uti quidem ea, quæ legatorum nomine fit; ſed magis, ut proprietas, ſecundum teſtatoris diſpoſitionem jam acquiſita, deinceps heredi ſalva ſit; quem præcipuum heredis, non teſtatoris, favorem eſſe, non eſt quod dubitetur: quemadmodum enim teſtatoris favor in eo non vertitur, quod legatarii legata ſemel quæſita conſervent, aut ex adverſo alienent, perdantve, ſi fideicommiſſi onus adjectum non ſit; ita nec favor ejus eſt, quod heres proprietatem ſemel aditione nactus ex ejus voluntate, eandem deinceps ſibi cautionis interventu ſalvam atque incolumem habiturus ſit. Levius vero eſt, quod objicitur, teſtatorem potuiſſe nihil penitus heredi inſtituto relinquere, ergo longe magis per remiſſionem cautionis fructuariæ id efficere, ut paulo minorem pro conſervanda teſtatoris liberalitate ſecuritatem heres habeat; ſecundum vulgatam regulam, qua enim debet, cui plus licet, non licere quod minus eſt. *l. non debet 21. ff. de regul. juris.* Non enim iſti regulæ locus eſt, niſi illis in caſibus, in quibus quantum ad id, quod minus eſt, lex impedimento non eſt; quale legis impedimentum, de cautione fructuaria non remittenda per teſtatorem, jam ante probatum eſt. Quo modo teſtator poteſt heredem non inſtituere, ſed ſi inſtitnat, neque ex certo tempore, neque ad certum tempus id poteſt, §. *heres & pure 9. Inſt. de hered. inſt.* ſed & olim licuit teſtatori heredem non inſtituere, ſed quem inſtituebat, huic quartæ Falcidiæ detractionem

nem interdicere non licuit. *l. quodibonis 15. §. frater 1. ff. ad leg. Falcid.* Et quamvis jure novo Falcidiam vetari posse per testatorem, certum sit, *nov. 1. cap. hinc nobis 2. in fine.* non tamen recte inde deduxeris, fructuariæ ergo cautionis exactionem heredi jure per testatorem prohiberi; cum Falcidia primario in testatoris gratiam excogitata sit, ne supremum ejus judicium destituatur; *pr. Inst. de leg. Falcid.* at fructuaria cautio principaliter concernat heredis utilitatem, ut ante dictum. Ac ex hisce ita expositis sponte quoque corruit opinio ea, quam Galvanus *de usufructu cap. 20. n. 5. 6. 7. 8. 9.* latissime defendere conatur, jus scilicet cautionis fructuariæ neque a domino proprietatis neque a testatore remitti posse, sed tamen ab utroque remitti factum cautionis. Præterquam quod distinctio illa inter remissionem *juris* cautionis, & *facti* nullo jure suffulta est, ac proinde velut commentitia merito rejicitur. Estque hæc sententia de non remittenda per testatorem cautione fructuaria conveniens plane usui fori; secundum quem omnis inventarii atque cautionis fructuariæ remissio testamento facta, ipso jure nulla est, sic ut ad utendum fruendum fructuarius admittendus non sit, nisi postquam cautionis & inventarii solennibus paruerit (si patrem matremque quantum ad cavendi necessitatem excipias secundum ante dicta) adeo ut ipsa quoque pœnæ comminatio, testamenti tabulis comprehensa in casum cautionis contra prohibitionem exactæ, nullius momenti sit, nec executionem habeat, sive simpliciter ususfructus datus sit, sive liberrima ei adscripta sit alienandi facultas. Neostadius *Curiae Holland. decis. 20.* & *Curiae supr. decis. 33. & 91.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 145.* Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 39. n. ult.* Peckius *de testam. conjug. lib. 5. cap. 24. n. 4.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 15.* Carpzov. *def. for. part. 3. constit. 13. defin. 12. & 14.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit. 9. art. 13. n. 3. 4.* Georg. de Cabedo *part. 1. decis. 136.* D. Someren *de jure novercar. cap. 7. n. 1.* & *cap. 11. sect. 3. n. 2.* Parens p. m. Paulus Voet *ad §. 1. Inst. de usufructu n. 5.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 6.* Responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 5. 15. 30.* & *part. 2. consil. 103. 178. 325.* & *part. 4. consil. 231.*

10. Per indirectum tamen quin testator possit fructuario remittere cautionem fructuariam, ambiguum non est: nam si testator pluribus institutis heredibus, alteri usumfructum legaverit, ac unum ex heredibus jusserit pro fructuario satisdare,

placuit, utile quoque cautionis esse legatum, & velut duo legata videri data, alterum ususfructus, cautionis alterum. *l. tribus 8. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* ibique vulgo DD.

11. Quod si ab initio cautio exacta non fuerit, medio tempore ante usumfructum finitum condici potest incerti condictione, atque ita exigi, vel etiam res fructuaria vindicari per proprietarium, donec cautum sit. *l. hoc senatusconsultum 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum. l. & si ususfructus 7. ff. h. t.* Adeo ut ne longissimo quidem temporis spatio praescribi possit huic cautionis exactioni; cum ea res meræ facultatis sit, & uti perpetua ad rei fructuariæ restitutionem obligatio est, ita quoque perpetuam oporteat esse cautionis pro restitutione exactionem, ut accessorium sequatur suum principale. Sed si nec medio tempore cautio postulata fuerit, res quidem ipsæ fructuariæ per proprietarium usufructu finito vindicari possunt, *l. omnes. 3. §. ult. l. ult. ff. h. t.* quantitates vero seu res fungibiles iu quasi usufructu extincto condici, *l. hoc senatusconsultum 5. §. 1. in fine ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* vel in factum actione peti. *l. partis tertiae 10. ff. de praescriptis verbis.* de damnis denique in re fructuaria datis actione ex lege Aquilia cum fructuario experiri concessum est. *l. si cujus rei 13. §. de praeteritis 2. ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Non enim credendum est, deficiente cautione verum aut quasi usumfructum substantiali aliquo (ut loquuntur) requisito destitutum esse; sed magis est, ut quamdiu ea exacta non fuit, adeoque fructuarius nullam in ea interponenda moram adhibuit aut tergiversationem, jure quoque optimo utatur fruatur, si modo sine vitio nactus fuerit fructuariæ rei possessionem. Etsi non videatur eundum inficias, quin ad cautionem offerendam teneatur, quoties non possidens, reali vel personali actione persequendum putat utendi fruendi jus. arg. *l. 1. C. de usufructu. l. 1. §. 1. l. si pecuniae 6. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa. l. 2. §. quod ait praetor 1. ff. quod legatorum.* Andr. Gayl. *libr. 2. observ. 46. num. 6. 7. & seqq.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 16. num. 26. & seqq.* Galvanus *de usufructu cap. 19.* Fachineus *controverf. lib. 8. cap. 43.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit. 9. art. 13. num. 11.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 23. defin. 3.* Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art. 11. num. 60.* Leeuwen *cens. forens. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 7.*

LIBER

LIBER OCTAVUS.

TITVLVS PRIMVS.

DE SERVITVTIBVS.

SVMMARIA.

1. *Quandoque ſervitutis appellatione per excellentiam ſolae reales denotantur; & inde explicatur* l. 8. ff. h. t. l. 44. ff. locati.
2. *Reales ſervitutes ſine praedio dominante & ſerviente eſſe nequeunt. An futuro praedio imponi vel acquiri ſervitus poſſit?*
3. *Praedia vel urbana vel ruſtica ſunt; nec loco, ſed uſu diſtinguuntur.*
4. *Servitutis vel urbanae vel ruſticae denominatio ſit a praedio dominante: eadem ſpecies ſervitutis poteſt aliquando urbana aliquando ruſtica eſſe: poſſunt & reales ſervitutes concedi ut perſonales.*
5. *An una, an vero plures ſervitutes ſint, non ex ſervientium ſed dominantium praediorum numero aeſtimandum.*
6. *Si Servitutes praediales jam conſtitutae ſint, ſequuntur univerſales, & particulares praediorum ſucceſſores, active & paſſive. Si tantum promiſſae, particularis ſucceſſor eas non tenetur imponere; at omnino univerſalis; & quousque?*

Expoſitis ſervitutibus perſonalibus, reſtat, ut de realibus dicamus. Etſi autem ſervitutum appellatione, velut genere, & perſonales & reales comprehendi, vulgo notum ſit; infrequens tamen non eſt, ut nomen generis uni applicetur ſpeciei, & reales ſervitutes velut per excellentiam quandam ſervitutum denominatione deſignentur; quomodo & hujus tituli inſcriptio de *ſervitutibus* generaliter concepta, ad ſolas reales pertinet, cum toto libro præcedente de perſonalibus actum ſit. Nec minus in tit. ff. de ſervitute legata ſolæ reales denotatæ, eo quod in titulo præcedente de uſufructu & uſu & habitatione & operis legatis jam fuerat tractatum. Ex qua obſervatione legum quarundam explicatio petenda eſt. Etenim, cum Ulpianus in *l. locare 44. ff. locati* ait, neminem poſſe ſervitutem locare, non recte de omnibus, tum prædia-

libus, tum perſonalibus, id ipſum acceperis, ſed de ſolis realibus, quæ ſeparatim a prædiis exiſtere, & ſine his intelligi nequeunt; quippe mera prædiorum accidentia & qualitates. Perſonales ſane ſervitutes, ſaltem uſumfructum, & operas ſervorum, & habitationem elocari potuiſſe, tum idem Ulpianus, tum Papinianus, & ipſe quoque Juſtinianus, autores ſunt. *l. arboribus 12. §. uſufructuarius 2. ff. de uſufructu & quemad. quis utat. §. 1. & pen. Inſtit. de uſu & habitat. l. cum antiquitas 13. C. de uſufructu l. hominis operae 2. ff. de uſu & uſufructu legato.* Similiter, cum a Paulo in *l. 8. ff. h. t.* traditum invenitur, *ut pomum decerpere liceat, ut ſpatiari & ut coenare in alieno poſſimus; ſervitutem imponi non poſſe*, non aliud eo indigitatum exiſtimo, quam quod prædio talis ſervitus acquiri non poſſit; cum & ſpatiari & cœnare & pomum decerpere non prædii ſed perſonæ jus ſit, ad amœnitatem hominum magis, quam ad prædiorum commoda reſpiciens: adeoque, uti in tituli hujus inſcriptione, ita & in *l.* 8. ſervitus non generaliter, ſed ſola realis intelligenda eſt; alioquin & pomum decerpere & ſpatiari & cœnare in alieno, procul dubio ad ſervitutem uſus, certo modo limitatam, reduci poſſe, non eſt quod dubitetur.

2. Reales autem ſervitutes, ubi ſcilicet res rei ſervit, adeoque conſtituens jus ſuum diminuit, alterius auget. *l. de pupillo 5. §. & belle 9. ff. de operis novi nunciat.* alitet in jure noſtro prædiales dictæ ſunt; eo quod & dominans prædium, cui debeantur, & ſerviens, quod debeat, ad earum conſtitutionem & exercitium, neceſſarium eſt; nec ſine prædiis exiſtere poſſunt. §. *ideo autem 3. Inſtit. de ſervitut. praedior.* Quid enim aliud (inquit Celſus) ſunt jura prædiorum, quam prædia, qualiter ſe habentia, ut bonitas, ſalubritas, amplitudo, *l. quid aliud 86. ff. de verb. ſignif.* junct. *l. qui fundum* 12. *ff. quemadmod. ſervit. amitt.* & jura quidem, poſſidenti commoda, debenti damnoſa; adeo ut fundum habens ſervituti obnoxium, non poſſit eundem divendere, *ita ut optimus maximusque eſt. l. cum venderes 59. ff. de contrah. emt.* Quod ergo Pomponius tradidit, futuro quoque ædificio, quod nondum eſt, vel imponi vel acquiri ſervitutem poſſe, *l. ſi ſervitus 23. §. 1. ff. de ſervitut. praed. urban.* & Paulus, ædificio necdum ædificato ſervitutem conſtitui; nondum inventa aqua ſervitutem aquæ ducendæ concedi; denique, viam quoque ab eo promitti

mitti posse, qui fundum non habet, *l. heredes ejus 25. §. contra* 10. *ff. famil. erciscundae. l. Labeo* 10. *ff. de servitut. praed. rustic.* id de promissione ac constitutione conditionali intelligendum est; in quantum tacite subauditur, *si aliquando fundus fuerit acquisitus, aut aqua inventa.* Etsi enim servitutes praediales ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possint; tamen si haec adjecta sint, placitis standum esse obtinuit, *l. servitutes ipso 4. ff. h. t.* neque etiam vetitum, servitutes hasce posse sub conditione summo jure promitti, *l. existimo 98. ff. de verb. oblig.* atque ita promissionis semel iterumque mentio est in *d. l. 25. §.* 10. *ff. famil. erciscs.*

3. Praedia haec ad servitutum praedialium constitutionem requisita vel urbana sunt, vel rustica. Urbana dicuntur, quae in urbe vel agro habitandi causa exstructa sunt; omnia namque aedificia urbana praedia apellamus, etsi in villa aedificata sint. *§. 1. Instit. de servitut. praedior.* quae aedificia etiam insularum appellatione veniunt, si circumiri possint, relicto inter domos vicinas spatio intermedio; quod apud Romanos habuisse latitudinem sestertii pedis, seu pedum duorum cum semisse, ad ambitum ac circuitum, docet Brissonius *antiquitat. lib. 1. cap. 2.* Rustica sunt, quae fructuum percipiendorum condendorumque gratia comparata sunt, ut agri, pomaria, horti: sic ut non locus, sed usus urbana & rustica praedia distinguat. *l. urbana familia 166. l. urbana praedia 198. ff. de verb. sign.* Unde & pro usu vario tum horti, tum stabula, tum areae, nunc rusticis, nunc urbanis praediis adnumerantur. Area namque trituraria si sit, si horti olitorii, aut vinearii, atque ita plurimum in reditu consistant, si stabula non in continentibus aedificiis sint posita, urbanorum praediorum numero procul dubio non continentur. *l. eo jure utimur 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah. d. l. urbana praedia 198. ff. de V. S.* arg. *l. ult. in fine C. de servitut. & aqua.* contra vero, si horti vel stabula aedificiis juncta inveniantur, voluptati & habitationi commodiori inservientia, si areae tales sint, quae aedium partem faciunt, urbani haec praedii esse, responsum est. *d. l. urbana praedia 198. ff. de V. S.* arg. *d. l. 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. si grege legato 22. in fine ff. de legatis 1. l. fundi 211. ff. de V. Signif.* Quin imo, in hortis suburbanis habitasse veteres, eaque ratione & hortos &

villas domus appellatione contineri, conſtans eſt ex *l. lex Cornelia 5. §. quid ſi quis 3. ff. de injuriis.* quales amœnas hortorum habitationes Romanis diætas fuiſſe dictas, apparet ex *l. pen. §. 1. ff. de donat. inter. vir. & uxor. l. ſenatus 43. §. 1. ff. de legatis 1.* Briſſonius *antiquit. lib. 3. cap. 13.* nec longe diverſas fuiſſe a ſprætoriis voluptati tantum deſervientibus, colligi poteſt ex *l. urbana praedia 198. ff. de verb. ſignif.* junct. *l. Titia 34. §. Gajus Sejus 3. ff. de legatis 2.* Confer Vinnium paulo aliter ſentientem *quaeſt. ſelect. lib. 1. cap. 30.* Sciendum tamen, quædam in hac ſervitutum materia prædiis ruſticis accenſeri, quæ, ſi de pignore tacito in invectis illatis quæſtio ſit, ab urbanis cæteris non longe differunt. *l. eo jure 4. §. 1. ff. in quibus cauſ. pign. tacite contrah.*

4. Ex hac prædiorum diſtinctione proceſſit ſervitutum in urbanas & ruſticas diviſio. Urbanæ dictæ quæ urbanis, ruſticæ quæ ruſticis prædiis ſunt debitæ; denominatione facienda a prædio dominante, ſic ut ſervitus urbana ſit, ubi prædium dominans tale eſt; etſi ſerviens non urbanum ſed ruſticum foret: uti perſonalis ea eſt quæ non rei ſed perſonæ debetur. *l. 1. §. & datur 43. ff. de aqua quot. & aeſtiv.* Atque hinc eſt, quod una eademque ſervitutis ſpecies quandoque urbana quandoque ruſtica dicitur, prout vel urbano vel ruſtico fuerit prædio conſtituta: uti id in ſervitute altius tollendi vel non tollendi, projiciendi ſeu protegendi, cloacæ, aquæductus, itineris ad domum, aliisque ſimilibus manifeſtum eſt. Confer *l. ſervitutes 20. §. ſi domo 1. ff. de ſervit. praed. urban. l. ſi ego emi 11. §. 1. ff. de public. in rem act. l. 2. ff. de ſervit. praed. urban. l. 2. ff. de ſervit. praed. ruſtic. §. 1. Inſtit. de ſervit. praedior. l. 1. §. illud quaeritur 11. ff. de aqua quotid. & aeſtiva.* Ne nunc dicam, novum nou eſſe, ut ſervitus natura ſua realis in perſonalem commutetur, dum id agitur, ut jus eundi, agendi, aut pecoris paſcendi, aquamve hauriendi, certæ tantum perſonæ tribuatur, nec ad heredes ejus tranſitorium ſit, *l. pecoris 4. ff. de ſervit. praed. ruſtic. l. pen. ff. de ſervitute legata. l. Mela 14. §. ult. ff. de alimentis vel cibar. legatis l. 1. §. praeterea 12. ff. de aqua quot. & aeſt.* atque ita uſum aquæ perſonalem eſſe, & ideo ad heredem uſuarii non transmitti, Paulo ac Modeſtino placuit, *l. uſus aquae 21. ff. de uſu & habitat. l. pen. ff. de ſervit. praed. ruſt.* licet alioquin plenum hauriendi jus non hominis ſed prædii ſit. *l. ſi mihi 20. §. ult. ff. de ſervit. praed. ruſtic.*

ruſtic. §. inter ruſticorum 2. Inſt. h. t. Adde Wiſſenbach *ad Pand. vol. 1. diſp. 20. num. 16.*

5. Cæterum an una an plures ſint ſervitutes, non ex ſervientium ſed dominantium prædiorum numero æſtimandum eſt: una namque via eſt, etiamſi per plures fundos imponatur; adeo ut, ſi per unum fundum itum fuerit, per alios non, tota tamen ſervitus ſervetur, etiam ratione prædiorum illorum ſervientium, per quæ tanto tempore, quanto ſervitus amittitur, non fuit exercitum viæ jus. *l. una eſt via 18. l. cum eſſent 33. §. 1. ff. de ſervitut. praed. ruſt.* Sin pluribus prædiis per eundem locum via debeatur aut alia ſervitus, plures ſervitutes ſunt, ſic ut ex his una poſſit præſcriptione aut aliter extingui, reliquis ſalvis. *l. ſi aedes 32. ff. de ſervit. praed. urb. l. nam ſatis 6. §. ſi ego 1. ff. quemadm. ſervit. amitt.*

6. Etſi autem reales ſervitutes impoſitæ quosvis onerent & univerſales & particulares prædii ſervientis ſucceſſores, ac viciſſim iis proſint, prædiis ſcilicet cum ſuo tranſeuntibus. Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 24. defin. 2.* quia tamen ſola promiſſio ſervitutis prædia non afficit, quamdiu quaſi traditio ſubſecuta non eſt, ſed ſolummodo perſonam promittentis devincit, ſecundum vulgata jura. Cæpolla *de ſervit. praed. urban. cap. 21. num. 1.* Coſtalius *ad l. 19. ff. quib. mod. ſervitus amitt.* hinc, ſi promiſſæ tantum ſint, particularem ſucceſſorem, velut emtorem, donatarium, ſimilesque non gravant neceſſitate eandem imponendi, niſi emtioni aut donationi adjecto pacto id actum ſit. Univerſales vero ſucceſſores promiſſoris in tantum obſtricti manent, ut & ſinguli in ſolidum ſtipulantis arbitrio ad præſtandam viam aliamve ſervitutem a defuncto promiſſam conveniri poſſint: nam etſi obligationes regulariter inter coheredes ipſo jure diviſæ ſunt, id tamen in illis fallit, in quibus ſui natura diviſionem reſpuit res promiſſa, quo in numero ſervitutes quoque ſunt; in quibus magis probata eſt regula, quod ex perſona heredum conditio obligationis non poſſit mutari, & ex individua dividua fieri. *l. ſtipulationum 2. pr. §. 1. & 2. ff. de verbor. obligat. l. heredes ejus 25. §. contra* 1c. *ff. famil. erciſc.* Si tamen ad unum ex pluribus heredibus ex adjudicatione in ſolidum pervenerit fundus ille, cui ſe ſervitutem impoſiturum defunctus promiſerat, eum ſolum ad ſervitutem imponendam compelli, rationis eſt; cum ſolus ipſe poſſeſſor prædii, ſolus etiam imponendi facultatem

tatem habeat. arg. *l. ſed mihi 3. §. heres 3. ff. commodati.* Gomezius *var. reſolut. tom. 2. cap.* 10. *num.* 16. verſ. *ſecunda concluſio.*

TITVLVS II.

DE SERVITVTIBVS PRAEDIORVM URBANORVM.

SVMMARIA.

1. *De ſervitute* oneris ferendi; *quid in ea ſingulare?*
2. *De ſervitute* tigni immittendi, & *an eam habens, plura tigna, quam ab initio immiſerat, deinceps immittere, & an in locum corruptorum alia ſubſtituere poſſit, per diſtinctiones explicatur. Item de ſervitute immittendi, ac ut ſuper immiſſis ædificare liceat.*
3. *De ſervitute* tigni projiciendi *ſeu protegendi; quid ſint projectiones, ſuggrundæ, meniana, & unde dicta?*
4. *Si quid in meum parietem ſit immiſſum per vicinum, qui ſervitutem non habet, reſcindere privata autoritate poſſum; non item, ſi tantum protectum. Quæ ſit ratio diverſitatis?*
5. *Monſtratur, ſervitutem* altius tollendi *non eſſe, ſed potius libertatem, cum vicinus vicino permittit altius tollere contra modum lege vel ſtatuto præfinitum.*
6. *In quo conſiſtat ſervitus, quæ tribuit* licentiam altius tollendi?
7. *An etiam ſit quædam ſervitus* alius tollendi, *qua vicinus cogitur altius tollere in ſuo?*
8. *Quid ſit ſervitus* altius non tollendi?
9. *Quid ſit ſervitus* luminum *ſeu* luminis immittendi? *quid? moribus ſit* venſter-recht? *An acquiſita cenſeatur luminum ſervitus, ſi feneſtram poſuerim in vicini pariete, eo ſilente nec contradicente?*
10. *Quid ſit ſervitus* luminis non aperiendi? *ſi talis conventio ſit interpoſita, afficit prædium ſerviens ſine ulla quaſi traditione.*
11. *De ſervitute* ne luminibus officiatur. *Diſtat a ſervitute* ne altius tollatur. *An ſervitus hæc generaliter conſtituta pertineat etiam ad lumina futura, quæ tempore conſtitutionis nondum erant?*
12. *De ſervitute* proſpectus, &, ne proſpectui officiatur, &, *ne in* aream alterius proſpiciatur.
13. *De ſervitute* ſtillicidii & fluminis. *An ſtillicidium influmen converti poſſit, & contra? an retroduci, an produci? an & quatenus ædificari poſſit in*

eo

eo loco, in quo aqua caſſitat? quid moribus?

14. *De ſervitute* cloacæ, fumi immittendi *ex taberna caſearia vel ex alio loco*, effundendi vel abjiciendi in *aream vicini*, *& qualia tunc effundi poſſint? item* ne vicinus in ſuo quid poſitum habeat, *ut* liceat in aream vicini terram, ſaxa, lapides provolvere, *ut* theatra vel contignationes in area vicini ad ædificandum facere liceat. *Quando vicinus invitus ad id cogi poſſit?*

15. *De* pariete communi, *ſeu* cratitio, concratitio, intergerino. *In dubio paries aut ſepimentum inter duo prædia præſumitur commune eſſe; & duas continuas habens domos ſi unam vendat, etiam mediam parietis cratitii partem cenſetur vendidiſſe. Quæ ſint ſpecialia ſigna unde præſumi poſſit, parietem communem eſſe, vel unius vicini proprium?*

16. *Quid vicinorum alter altero invito facere poſſit circa parietem communem? ubi de deſtructione, mutatione, fiſtularum, tubulorum, furni, cloacæ, camini, ſimiliumque applicatione, parietis ipſius incruſtatione & ornatu.*

17. *An, & quousque vicinorum alter, altero invito, ſuperſtruere poſſit parieti communi? & quid agendum, ſi non jure id fecerit?*

18 *De veſtibulo communi, quid in eo poſſit vel non poſſit ſociorum unus, invitis reliquis? ubi de clivis faciendis feneſtris aut januis aperiendis, & ſimilibus; & an peti poſſit diviſio veſtibuli communis, invito uno?*

Plures urbanæ hoc titulo recenſentur ſervitutes, quarum graviſſima eſt, *oneris ferendi*, cum vicini paries vel columna onus aliarum ædium ferre tenetur. In qua illud ſingulare ac præ cæteris grave eſt, quod prædii ſervientis dominus non pati tantum, ſed & facere tenetur, parietem nempe vel columnam reficere, & vel fultura vel innovatione reddere oneri ferendo perpetuo parem; quod & ipſa *oneris ferendi* denominatio ſatis innuit, involvens quippe obligationem ad factum aliquod, quo interveniente onus feratur, columnæ ſcilicet aut parietis ædificationem refectionemve. *l. eum debere 33. ff. h. t. l. etſi forte 6. §. etiam 2. l. ſicut 8. §. diſtant 2. ff. ſi ſervit. vind.* Ut tamen pro derelicto habendo prædium ſerviens, evitari poſſit refectionis neceſſitas, *d. l. & ſi forte 6. §. etiam 2. in fine.* atque etiam, durante refectione, prædii dominantis domino fulciendi oneris cura incumbat; niſi illud interim deponere malit, & denuo reſtituere, cum paries fuerit reſtitutus. *d. l. ſicut 8. pr. ff. ſi ſervit. vind.*

2. Ti-

2. Tigni immittendi jus eſt, quo vicino licet in vicini parietem tignum immittere, ita ut illud in dominantis ſimul & ſervientis prædii pariete requieſcat. *l. urbanorum 2. l. 25. ff. h. t. l. ſicut 8. §. 1. 2. l. ſi, cum meus 14. ff. ſi ſervit. vind. l. malum 242. §. 1. ff. de verbor. ſignific.* In qua ſervitute jus commune obtinet, quod nihil facere teneatur dominus prædii ſervientis, adeoque nec refectione parietem reddere immiſſioni tignorum ſuſcipiendæ parem. *d. l. ſicut 8. §. diſiant. 2. ff. ſi ſervit. vindic.* nec collapſum parietem ſervientem reponere. arg. *l. ſi quis alia 18. §. ult. ff. quemadm. ſervit. amitt.* Quisquis autem ſimpliciter pactus eſt hanc ſervitutem, *dat hy t' allen tijden't ſijnen gelieven ſoude mogen ankeren en balken in ſijn buyrmans muer*, non expreſſo trabium aut anchorarum numero, neque immiſſionis cauſa, ſi quasdam immiſſas habuerit, alias deinceps immittere, numerumque pro prædii ſui utilitate augere non prohibetur; &, quia prædiales ſervitutes natura perpetuæ ſunt, in corruptarum locum alias de novo ſubſtituere licitum, ſive ejusdem ſive alterius formæ: generaliter enim concepta ſine reſtrictione intelligenda ſunt. arg. *l. ſi ſervitus 23. ff. h. t. l. 1. §. 1. ff. de legatis præſtand. contra tab. bon. poſſ. pet.* Cæpolla *de ſervitutibus præd. urbanor. cap. 30. num. 5.* Reſponſa ICtor. Holl. *part. 1. conſil. 233.* Contra ſervatur, ſi non indefinite immittendi ius tributum ſit; ſed ab initio trabium numerus & immittendi modus inveniatur conventione circumſcriptus: tunc enim neque plura immittere, neque formam immiſſionis mutare licet. arg. *l. ſervitutes ipſo 4. §. 1. ff. de ſervitutibus. l. is, cui via 11. ff. quemadm. ſervit. amitt.* Cæpolla *d. cap. 30. num. 6.* præſertim, cum ſervitutis conceſſio, tanquam odioſa (quippe libertati naturali adverſa) ſtrictam recipiat interpretationem, & in dubio pro libertate pronunciandum ſit. Carpzovius *defin. for. part. 2. conſtit. 41. def. 4.* Berlichius *part. 2. concluſ. 49. num. 27.* Gratianus *diſcept. for. cap. 572. num. 58. & ſeqq.* Reſponſa ICtor. Holl. *part. 5. conſil. 146.* Idemque eſt, ſi ſine expreſſa conventione, ſola ſcientia & patientia atque conniventia tali, quæ conſenſum includit, vicinius permiſerit trabium quarundam immiſſionem. Uti &, ſi ſine expreſſo tacitove conſenſu domini prædii ſervientis per ſolam præſcriptionem tigni immittendi jus primitus quæſitum fuerit: cum enim non plus præſcribi poſſit, quam poſſeſſum aut quaſi poſſeſſum eſt, nec tacitus conſenſus qui

ex

exſcientia ac patientia facti alieni colligitur, ultra illud factum, in trabium certarum immiſſione conſiſtens, extendi debeat, quippe factum præſupponens; neceſſario ſequitur, non ultra periiſſe ſervientis prædii libertatem, quam quatenus factum interceſſit libertati contrarium. arg. *l. ſi, cum meus 14. ff. ſi ſervit. vind.* Chriſtinæus *ad leg. Mechlin. tit. 14. art. 30. num. ult.* Præterea, ſi in conſtituenda tigni immittendi ſervitute cauſa immiſſionis expreſſa ſit, veluti ad exſtructionem vicinæ domus, conſequens eſt, ut alios in uſus, aliosque fines extra domus ædificationem, immiſſio tignorum illicita judicetur, ac jure poſſit prohiberi; eo quod ceſſante in uniuerſum cauſa finali conceſſionis, conceſſio ipſa ceſſare debet. arg. *l. Labeo 17. ff. quemadm. ſervit. amitt.* Cæpolla *d. cap. 30. de ſervit. præd. urb. num. 5.* Denique, ſi quis expreſſa quidem conventione vicino generaliter indulſerit tignorum in parietem ſuum immiſſionem, ſed deinde paries in longitudinem aut latitudinem a prædii ſervientis domino productus ſit; in partem eam de novo ædificatam fieri non debere immiſſionem conſtat, quia pars ea nunquam ſeruituti obnoxia fuit reddita: niſi nominatim futuro quoque parieti impoſita doceatur. arg. *l. ſi ſervitus 23. pr. & §. 1. ff. h. t.* Manzius *de muro communi num. 23. 24. 25.* Plane quin in locum tignorum vetuſtate corruptorum alia ſimilia ſubmittere ad eandem formam numerumque liceat domino prædii dominantis, non videtur dubitandum, etiamſi præſcriptione vel conventione ad certum tignorum numerum onus ſervitutis limitatum ſit (niſi nominatim contrarium placuiſſe inter paciſcentes doceatur) cum ea ſervitutum natura ſit, ut perpetuo durent, atque etiam collapſis aut depoſitis in univerſum ædibus ſive dominantibus ſive ſervientibus, ac dein iterum reſtitutis, redintegrentur. *l. ſervitutes 20. §. ſi ſublatum 2. l. teſtamento 31. l. eum debere 33. ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 2. cap. 34. num. 12.* Reſponſ. Juriſconſ. Holl. *part. 1. conſil. 304.* Et hoc puto velle Pomponium in *l. ſi, cum meus 14. ff. ſi ſervit. vind.* dum ait, *ſi paſſus ſim te immittere tigna, quæ antea habueris, ſi nova velis immittere, prohiberi a me potes; imo etiam agere tecum potero, ut ea, quæ nova immiſeris, tollas.* neque enim illic per *tigna nova* deſignat ea, quæ in locum priorum de novo ſubmiſſa erant. Etenim primo ponit, dominum ſervientis prædii jam paſ-

ſum

ſum eſſe illam tignorum ſubmiſſionem in locum exemtorum, dicens, dominum parietis paſſum eſſe, per vicinum *tigna immitti*, *quæ antea habuerat*, nec de his quicquam monet, quaſi injuria ſubmiſſis ſeu reſtitutis, aut quaſi dominus parietis illam potuiſſet prohibere eorundem aut ſimilium tignorum repetitam immiſſionem. Cum autem prædii dominantis dominus præter ea, quæ jure repoſuerat in locum exemtorum, quorumque repoſitionem vicinus ſecundum ante dicta pati tenebatur, alia inſuper nova prioribus addere vellet, tum demum recte eum prohibere, aut ſi is nullo jure jam immiſiſſet, ad ea tollenda jure conveniri potuiſſe, verba legis evidenter probant. Ant. Faber ad *d. l. 14.* Eſt & plenior quædam immittendi ſervitus, qua id conceditur, *ut in parietem vicini tigna immittere mihi liceat*, *ſuperque ea tigna* (verbi gratia) *porticum ambulatoriam facere*, *ſuperque eum parietem columnas ſtructiles imponere*, *quæ tectum porticus ambulatoriæ ſuſtineant. l. ſicut 8. §. 1. ff. ſi ſervit. vind.*

3. Diverſa ab hac tigni immittendi ſervitute eſt ea, qua vicino licet emittere ſuum tignum extra ſuum parietem, ita ut ſupra vicini aream promineat ſeu propendeat, non requieſcat; & appellatur tigni projiciendi vel protegendi; quo pertinent meniana, ſuggrunda ac protectiones. *l. ſi duo 3. §. item videamus 5. & 6. ff. uti poſſidetis. l. malum 242. §. 1. ff. de verb. ſignif. l. 2. ff. h. t.* inſcriptio *tit. ff. de damno infecto & ſuggrundis & protectionibus.* Suggrunda, vel ſuggrundæ, quaſi ſuggerunda, vel ſubgerundia, ſunt ea, quæ extra ædes emiſſa prominent, & ab inferiori parte ſuſtinentur ſeu ſubgeruntur: quæ, ſi fuerint pars tecti, ultra ſtructuram ædium projecta ac prominens, ad arcendas a parietibus pluvias ac ſtillicidia, *protectiones* dicuntur. Meniana Feſtus & Iſidorus *lib. 15. orig. cap. 3.* appellata volunt a Meniano vel Menio cenſore, qui primus in fora ultra columnas tigna projecit, quo ampliarentur ſuperiora ſpectacula. Contra, meniana a μήνη id eſt, luna derivat Stephanus Le Moyne *in variis ſacris vol. 1. in præfat. aſteriſco 18.* quia exſtructa erant, ut poſt ſolis occaſum & ad plurimam noctem ibi ſomnos captarent, vel liberrimum & frigidiorem aërem ſpirarent, poſt intolerabiles & urentes dierum longiorum æſtus & ardores: nam qui mollius cuticulam curabant, habeant ſolaria, & meniana a ſolariis diſtincta.

4. Diſtat

4. Distat vero tigni immissio a projectione vel protectione, in eo, quod, si quis in meum quid immiserit, servitute carens, id mihi privata corrumpere liceat vel rescindere autoritate; at si solummodo supra meam aream quid protexerit, aut e suo Semiserit, servitutem non habens tantum agi per me possit, jus vicino non esse ita protectum habere: *l. sed si inter 27. ff. h. t. l. quemadmodum 29. §. si protectum 1. ff. ad legem Aquil.* multum enim interest, quod ille in alieno fecit, hic in suo protexit. *d. l. 29. §. 1.* Scilicet, quidquid unusquisque in alienum immittit, aut in alieno exstruit, id ejus fit, cujus solum est, adeoque & tignum in meum parietem nullo jure a vicino immissum, & trajectus ab eo per meam domum aquæductus, non immittentis aut facientis manet, sed mihi jure dominii acquiritur. *§. cum in suo 29. & 30. Inst. de rer. divis.* Dum ergo id, quod ita immissum aut trajectum est, rescindo, de re mea jure dominii dispono, nec id quod alienum est, sed meum corrumpo, quod licet arg. *l. in re mandata 21. C. mandati.* nec ea ratione inter me ac vicinum meum jus mihi dicere videor, contra *l. non est singulis 176. ff. de Reg. juris.* Protectum vero a vicino supra meam aream meum non fit, quia nuspiam requiescens, ædibus meis aut fundo junctum non est. Cui consequens, ut nec jure meo rescindere aut perdere possim, quod meum effectum non est, legis Aquiliæ condemnationi, si fecerim, subjiciendus. *d. l. 29. §. 1.* Nam & arboris in alieno radicatæ ramos, supra meum propendentes, non aliter rescindere aut sublucare possum, quam si prius prohibitorium impetraverim a prætore interdictum, ne vis mihi fiat ramos rescindenti, postquam vicinus admonitus id facere distulit aut denegavit. *l. 1. passim ff. de arboribus caedendis.*

5. De servitute *altius tollendi* prolixa disputatio est, ac in varias opiniones iverunt interpretes. Vinnius quidem cum aliis *ad §. 2. Instit. de action. num. 5.* fuse adstruere allaborat, tunc esse altius tollendi servitutem, cum posita lege municipali, qua certus est præfinitus ædificandi modus, ac circumscripta ædificiorum altitudo, quam nullus excederet, idque in gratiam vicinorum (de qua est *l. 1. §. nuncianus 17. ff. de operis novi nunciat. l. qui luminibus 11. ff. h. t. l. 1. C. de servit. & aqua l. ex quo pace 12. §. & nos 1. C. de aedif. privatis.*) vicinus vicino licentiam indulget altius æ-

dificandi contra legem, modum certum altitudinis non excedendum definientem. Cui opinioni quo minus subscribam, facit, quod & ex jure nostro & ratione naturali didici, licentiam altius in suo tollendi etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente, non servitutem sed libertatem esse, *l. altius 8. l. 9. C. de servitutibus & aqua l. sicut 8. §. Aristo 5. ff. si servit. vind. l. cum eo 9. ff. h. t. l. Proculus 26. ff. de damno infecto.* hanc vero licentiam adeoque libertatem vel conventione vel lege imminui posse; eoque ipso servitutem introduci. Confer Andr. Gayl *lib. 2. observ. 69. num. 10. & seqq.* Cæpollam *de servitut. praed. urban. cap. 61. num. 5.* Et quia de conventione id expeditum est, superest ut idem de lege adstruatur. Patet autem id ex *l. ult. §. 1. C. de servitut. & aqua.* ubi Justinianus in usum agriculturæ generaliter constituit, nemini licere sic ædificare prope aream alterius triturariam, ut idoneum ventum ac sufficientem ad præfatum opus (secretionem nempe paleæ a frugibus) infringat, & inutilem domino aream faciat. Patet ex omnibus legibus paulo ante de forma ædificandi & altitudine præfinita adductis; in quibus, etsi vocabulum servitutis non occurrat, tamen contra naturalem libertatem aliquid introductum esse, nemo sanus ibit inficias; quod ipsum non alia, quam *servitutis* appellatione, potest venire. Patet denique ex *l. 1. §. ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* ubi a natura ipsa servitus introduci dicitur, & semper inferiorem agrum in aqua excipienda superiori servire; ac hoc incommodum naturaliter pati agrum inferiorem a superiore, compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquæ incommodum ad eum defluere. Neque ratio ulla est, cur non æque rerum, ac personarum, servitutes ex jure gentium vel civili induci possent. Confer Brissonium *select. antiquit. lib. 1. cap. 1. & lib. 4. cap. 6.* Ubi ergo per legem publicam servitus ita publice invenitur imposita, vicinus vicino concedens aliter aut altius ædificandi facultatem, quam quidem definierant jura municipalia Principumve edicta; non jam nova servitus altius tollenti quæsita videri potest, sed magis restituta naturalis libertas, quae prius fuerat per impositam a lege servitutem ademta. Quemadmodum enim, si privata pactione mihi libertatem ædificandi ademerim, ea contrario pacto

ac remiſſione ſervitutis redintegratur, ſic ut deinceps non jure novæ ſervitutis, ſed recuperatæ libertatis, meo ædificem arbitratu, ut ipſe Vinnius fatetur, & certum eſt ex *l. ſi ſtillicidii 8. ff. quemadm. ſervit. amitt.* ita quoque, ſi privatus vicinus remittat ſervitutem publica lege in ſui favorem conſtitutam, aliter concipi res non poteſt, quam quod libertas reducta ſit. Ac fruſtra plane Vinnius eſt, dum hic ſuggerere tentat diverſitatis rationem. Quamvis enim tunc, cum lege poteſtas naturalis libere ædificandi ſublata eſt, unius vicini conceſſione ſeu remiſſione res ſerviens non in uniuerſum libera eſſe incipiat; ſed nihilominus ex vi legis affecta maneat eadem qualitate ac conditione reſpectu cæterorum vicinorum, quorum intereſt ædes altius non tolli; non tamen ullatenus inde jus diverſum in ſervitutibus a lege impoſitis, & iis, quæ ex conventione conſtituuntur, deduci poteſt; cum idem quoque in ſervitutibus ex conventione deſcendentibus eveniat. Uti enim lex pluribus vicinis proſpicit, ſervitutem imponendo, ita quoque vicinis pluribus eandem altius non tollendi ſervitutem ex conventione concedi poſſe, palam eſt. Neque dubium, quin tot ſeparatæ ſervitutes ſint, quot prædia dominantia ſeparata ſunt, quibus ſervitur. *l. ſi aedes meae 32. ff. h. t.* Quemadmodum ergo tunc, cum omnes vicini ſervitutem altius non tollendi in ſuum commodum a lege introductam remittunt, prædium incipit in univerſum ab ea legali ſervitute liberum eſſe, ut hoc Vinnius haud diffitetur; ita quoque ex remiſſione ſervitutis illius quæ ex conventione eſt, per omnes eos facta, quorum ſeparatis ædibus conſtituta erat, ædes ſervientes in univerſum liberæ efficiuntur. Et viciſſim, uti uno ex vicinis legitimam ſervitutem remittente, reliquis adhuc ſuum jus ſervitutis intactum eſt; ita quoque, cum unus ex pluribus diverſarum ædium dominis, ac ſervitutem per conventionem habentibus, eandem remittit, integra nihilominus reliquis eſt poteſtas vindicandæ ſervitutis, ejus ſolius intuitu, qui remiſit, libertate utroque in caſu redintegrata. Sic ſane Julianus in *d. l. 32. ff. h. t.* cuius verba lubet apponere: *ſi aedes*, inquit, *meae ſerviant aedibus Lucii Titii, & aedibus Publii Maevii, ne altius aedificare mihi liceat, & a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per ſtatutum tempus aedificatum habuero, libertatem adverſus Publium*

Maevium usucapiam; non enim una servitus Titio & Maevio debebatur, sed duae. Argumentum rei praebet, quod si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilominus servitutem deberem. Nec distinguit, an conventione, an lege, servitus constituta sit, sed de casu, quo ædes meæ ædibus Titii & ædibus Mævii serviunt, generaliter quæstionem concipit, ac subnectit decisionem. Nec dictis adversatur *l. 1. C. de servit. & aqua.* cui talem nonnulli sensum affingunt, quasi contra impositam a lege servitutem præscriptio, non libertatem, sed novæ servitutis speciem induceret. Aliam namque commodam d. legi sententiam posse tribui, ex glossa constat. Neque erraturum putem, qui ita illud rescriptum acceperit; scilicet, adversus eum, qui contra veterem formam, lege vel edicto præscriptam, exstruxit, ut luminibus vicini officeret, recte agi posse, ut destruat, quod in servitutis publicæ præjudicium ædificavit. Sed cum forte de lege municipali aut edicto principali circa ædificandi modum docere læsus non posset, Imperator ulterius judici suggerit, eum scripturum, *longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere.* Quasi diceret, servitutem publicam non modo lege vel constitutione, sed & consuetudine, induci posse: cum consuetudo, ut alibi dictum, easdem cum lege vires habeat. Cæterum ita demum consuetudine servitutem induci, si is, qui eam pro se allegat, & altiore ædificatione *pulsatur*, id est, læditur, nec vi nec clam nec precario possederit. Licet enim aliquando *pulsari* dicatur, qui tanquam reus judicio convenitur. *l. de aetate 11. §. qui interrogatus 9. ff. de interrogat. in jure fac.* tamen & eum, qui læditur ac damnum patitur, in jure nostro *pulsari*, constat ex *l. consensisse 2. §. item si extra 5. ff. de judiciis.*

6. Vidimus, servitutem altius tollendi non in eo consistere, ut alicui in suo liceat altius ædificare: neque tamen diffiteri licet, aliquam in jure nostro notam esse servitutem, quæ altius tollendi licentiam contineat: ita enim in *l. 2. ff. de servit. praed. rust.* Neratius tradidit, prædiorum servitutes esse, *licere altius tollere, & officere praetorio vicini.* Idemque est *in l. in tradendis 7. §. 1. ff. commun. praed.* Nec aliud Gajus voluit in *l. 2. ff. h. t.* cum ait, *urbanorum praediorum jura esse, altius tollendi & officiendi luminibus vicini.* Existimo autem jurisconsultos in *d. ll.* non aliam denotasse altius tollendi licentiam, quam qua per vicinum mihi conceditur jus & facultas

altius

altius tollendi in ſuo ad mei prædii utilitatem, atque ita officiendi quoque luminibus aut prætorio vicini, ſi non niſi cum eo vicini incommodo altior ædificatio peragi queat: veluti ſi fingas expedire prædio meo, ut paries in vicini loco fiat, qui non eſt; vel ut jam extructus vicini paries altior ſit, quam eſt; & ob id is mihi facultatem tribuat, parietem de novo in ſuo ædificandi, vel eum, qui jam illic eſt, in uſum meum meo ſumtu ad altitudinem majorem perducendi, ſive luminum gratia mea interſit, ut radii ſolares repercuſſione in parietem elevatiorem ingrediantur cœnaculum meum, ſecundum *l. ſi arborem 17. §. interdum 2. ff. h. t.* ſive alterius uſus & utilitatis gratia. Etenim in ſuo quidem jure libertatis naturalis quisque altius ædificare poteſt, etſi vicino noceat, & luminibus ejus aut proſpectui officiat, quoties ſervitus, *ne luminibus vel proſpectui officiatur*, conſtituta non eſt, *l. inter ſervitutes 15. l. 16. 17. ff. h. t. l. ſi in aedibus 9. C. de ſervitutib. & aqua. l. Proculus ait 26. ff. de damno infecto.* In alieno id non licere, niſi ſervitute conſtituta, certum eſt, ac probatur arg. *l. 1. §. ult. in fine. l. 2. §. item Varus 5. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* Qua ratione Ulpianus ſcripſit, *ſolere opus in alieno fieri, cum jure ſervitutis, quam quis habet alieno agro impoſitam, opus in alieno facit, l. damni infecti 30. pr.* junct. *§. ult. ff. de damno infecto.* Nec recte dixeris, in exemplo poſteriore oneris ferendi ſervitutem contineri; cum ea ratione vicini paries onus ædium mearum haudquaquam ferat, ſicut evenit in oneris ferendi ſervitute. Suadentque hanc interpretationem exempla reliqua, quæ in *d. l. 2. ff. h. t.* & *d. l. 2. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* junguntur ſervituti, *altius tollendi licentiam* reſpicienti: quippe quæ pleraque comprehendunt facultatem aliquid faciendi in alieno, vel ſupra alienum prædium, veluti, *cloacam habere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere, ſtillicidium avertere in tectum vel aream vicini, immittere tigna in parietem vicini.* Addita quidem invenitur ſervitus altius non tollendi, & ſtillicidii in aream vicinam non avertendi, quæ duæ non pertinent ad licentiam faciendi in alieno; ſed earum mentionem non male dixeris habitam tantum occaſione ſervitutis oppoſitæ, *licere altius tollere, aut ſtillicidium avertere*, in *d. ll.* inter alias enumeratæ.

7. Dixi, quo ſenſu *licere altius tollere* ſervitus ſit: ſed præter eam, etiam aliam in jure noſtro occurrere opinor, qua vi-

cinus in commodum vicini cogitur in ſuo altius extollere, & habere altius ædificata, ſive propter lumina id fiat, ſive umbræ gratia vicino prædio utilis aut neceſſariæ, ſive frigoris & venti a prædio vicino arcendi cauſa; quales etiam præcipui ſervitutis, licentiam in alieno altius tollendi continentis, fines ſunt. Quod ut apertius intelligatur, conſiderandum, ſervituti, ne luminibus officiatur, frequentius quidem ineſſe ſervitutem, ne altius tollatur, in quantum altius ductis vicini ædibus plerumque lumina vicini contingit obſcurari: *cum ſervitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus ſit vicino, invitis nobis, altius aedificare, atque ita minuere lumina noſtrorum aedificiorum*, inquit Paulus *l. luminum 4. ff. h. t.* Quandoque tamen ineſſe & eam, ut altius ædificata vicinus habeat, quoties nempe luminibus ſeptentrionem verſus apertis, radii ſolares non directo, ſed per quandam repercuſſionem lucem idoneam cœnaculo dominanti præſtant; ſic enim in *l. ſi arborem 17. §. 2. ff. h. t.* Ulpianus obſervavit, *interdum eum quoque, qui tollit* (id eſt deſtruit) *aedificium, vel deprimit, luminibus officere, ſi forte κατὰ ἀνταύγλασιν, id eſt, per refractionem ſeu repercuſſionem, vel preſſura quadam, lumen in eas aedes devolvatur;* cui conſequens eſt, ut teneatur in vicini gratiam perpetuo altius habere ædificatum in ſuo; atque adeo etiam, ad exemplum ſervitutis oneris ferendi, facere aliquid in ſuo, contra ordinariam ſervitutum naturam; cum eadem hic, quæ in onere ferendo, ratio ſit; forma ſcilicet & formula conventionis, qua ſervitus altius tollendi, ac oneris ferendi, inducitur, *ut paries altius tollatur, &, ut paries oneri ferendo, uti nunc eſt, ita ſit.* arg. *l. eum debere 33. ff. h. t.*

8. Contraria huic ſervituti eſt ea, qua vicinus prohibetur altius in ſuo ædificare, ſive id luminum cauſa, ſive utilitatis alterius gratia fiat. *l. altius 8. l. 9. l. ult. §. 1. C. de ſervitutibus & aqua. l. luminum 4. l. ſi domus 21. l. ſi aedes 32. ff. h. t.*

9. Luminum ſervitus non ea eſt, qua vicinus licentiam habet lumina, ſeu feneſtras, in ſuo proprio pariete aperiendi; id enim libertatis eſt, licet paries prope confinium poſitus eſſet; Vide Chriſtinæum *ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 28.* Carpzovium *defin. for. part. 2. conſtit. 41. defin. 12.* ſed potius, qua vicino licet in vicini pariete lumina habere; ſeu, qua vicinus cogitur lumina ſeu feneſtras vicini in ſuo pariete pati & excipere;

cipere; unde & hæc *luminis immittendi* ſervitus dici poteſt. *l. luminum 4.* junct. *l. pen. ff. h. t. l. altius 8. C. de ſervitut. & aqua.* Aliter luminum ſervitutem (vulgo venſter-recht) accipit Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 34. n. 25. 26.* deſcribens eam, quod ſit jus aperiendi feneſtram pendulam ſupra aream alterius; quod ſine ſervitute fieri non poſſet; cum tota feneſtræ apertura ac converſio ſuper cardine ſupra proprium, non alienum, ſolum fieri debeat. Quodſi feneſtram poſuerim in vicini pariete, eo ſilente nec contradicente tunc, cum id fit, videri non poteſt mihi ea ratione quæſitum jus luminum immittendorum; cum ad libertatis conſervationem ſufficiat, in ſervitutem non conſenſiſſe, nec contradictio requiratur. *l. invitum 5. ff. h. t.* arg. *l. filiusfamilias 8. §. invitus 1. ff. de procurator.*

10. Oppoſita huic eſt ſervitus luminis non aperiendi, qua vicinus conſtituit, ſe in ſuo pariete feneſtram non aperturum, idque in prædii vicini utilitatem. Etſi enim nuda conventio, ne ſibi in ſuo quid facere liceat, improbata videatur. arg. *l. pen. ff. de pactis.* id tamen fallit, quoties inde commodum aliquod vicino prædio accedit, ne uſus ejus deterior fiat; ſecundum ordinariam ſervitutum naturam. arg. *l. quotiens 15. §. 1. ff. de ſervitutibus.* & quia praeter conventionem ulterior uſus aut patientia neceſſaria non eſt ad hujus ſervitutis conſtitutionem, conſequens eſt, ut in emtorem quoque, aut alium ſucceſſorem particularem, prædii ſervientis onus illud dicamus tranſire. Cæpolla *de ſervit. praed. urban. cap. 62. num. 8.* Carpzovius *defin. for. part. 2. conſtit. 41. defin. 14.* fruſtra diſſentiente autore notarum *ad Matth. de Afflictis deciſ. 285. num. 7.* quippe qui opinioni ſuæ fundamentum ſubſternit erroneum; quod nempe ſola perſonalis obligatio, non vero ipſum ſervitutis jus, ex tali profluueret conventione; cujus contrarium jam demonſtratum.

11. Conſtituta ſervitute, *ne luminibus officiatur*, id actum cenſetur, ut vicino liceat ita lumina habere in ſuperiore parte ſui cœnaculi, ut nihil iis opponi a vicino poſſit, quo lumen ſolare impediretur. Unde ſi id, quod a vicino ponitur, lumen quidem non impediat, ſolem tamen auferat, nihil contra hanc ſervitutem fieri cenſetur; niſi umbram faciat in loco, cui ſol erat neceſſarius, veluti ſolario, vel heliocamino. *l. inter ſervitutes 15. 16. 17. ff. h. t.* Et licet hac ſervitute *maxime* illud

acquisitum dicatur, ne vicinus altius tollat ædes suas; *l. luminum 4. ff. h. t.* (quo motus Cujacius, hanc cum altius non tollendi servitute perperam confundit, *lib. 17. observ. 35.*) non tamen illud tantum: cum neque viridaria (quas etiam *sylvas* appellari docet Cujacius *lib. 10. observ. 15.*) neque alia similia, quibus lumen impeditur, opponere possit hanc debens servitutem; uti quidem id potest, qui nudum constituit altius non tollendi jus. *l. aedificia 12. l. si arborem 17. ff. h. t.* Imo quandoque altius tollere tenetur, ac altius elevata deponere aut deprimere prohibetur dominus prædii servientis, quoties lumen reflexione & refractione radiorum solarium ingreditur cœnaculum prædii dominantis, ut ante dictum, *d. l. 17. §. 2. ff. h. t.* quod & alibi ipse Cujacius notat *l. 23. observ. 20.* Constituta autem generaliter servitute, *ne luminibus officiatur*, ambiguum fuit, utrum id de luminibus, quæ nunc sunt, an & de futuris accipiendum esset: sed humanius visum, verbo generali omne lumen, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit, significari. *l. qui aedificium 22. l. 23. ff. h. t.* Bronchorst *enant. cent. 2. assert. 1.* Et, si inter vicinos non conveniat, ad quam altitudinem prædii servientis dominus ædificium, aut aliud, quod facere instituit, ædificare aut ponere debeat, ut salva nihilominus sit servitus, nec luminibus officiatur; ab arbitro id definiendum est. *l. qui luminibus 11. §. 1. ff. h. t.* Vide *l. ex quo pace 12. §. 1. 2. C. de aedif. privatis.* Respons. Jurisc. Holland. *part. 1. consil. 199.*

12. Cum jure *luminum immittendorum*, & *ne luminibus officiatur*, in plerisque conveniunt servitutes *prospectus*, & *ne prospectui officiatur:* eo excepto, quod prospectus in inferiore cœnaculi parte potissimum locum sibi vindicet, lumina in superiore; & latior pleniorque de prospectu, quam de luminibus, servitus sit. *d. l. 15. 16. 17. ff. h. t. d. l. 12. §. 2. C. de aedif. privatis.* Et huic quoque servituti opposita est servitus non prospiciendi in aream alterius, quod alioquin jure naturali permissum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. libr. 2. cap. 34. n. ult.*

13. De *stillicidiis*, aqua scilicet guttatim ex tecto decidente, deque *fluminibus*, id est, aqua collecta ac cum impetu decidente, *recipiendis* vel *non recipiendis*, *avertendis* vel *non avertendis*, in jure nostro servitutes proponuntur, *§. 1. Instit. de servitut. praed. l. servitutes 20. §. 2. 3. 4. 5. 6. l. 21. ff. h. t. l. si*

a te

a te 16. ff. ſi ſervit. vind. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 34. num. 13. 14. 15. 16. & n. 27. 28. 29. 30.* Leeuwen *cenſur. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. num. 20. 21.* quarum natura varia intelligi facile poterit, ſi primo libertatem hac in parte cognoverimus, quæ eſt, quod unusquisque aquam ex ſuo cadentem in ſuum derivare & poſſit & debeat. Quo poſito, pro diverſa conditione regionis ſiccæ atque torridæ, vel ex adverſo aquoſæ, proque aquarum copia vel inopia ibidem reperta, jus recipiendi vel non recipiendi, avertendi vel non avertendi ſtillicidii fluminisve, in ædes aut aream aut cloacam ex vicinorum uſu ac utilitate conſtitui poſſe, dubium non eſt. Dummodo meminerimus, graviorem fluminis, quam ſtillicidii, ſervitutem eſſe; adeoque ſtillicidium dimitti inferius non poſſe, ne ex ſtillicidio flumen fiat; contra vero tolli altius poſſe; cum levior eo facto ſervitus reddatur, dum id, quod ex alto cadit, lenius & interdum direptum dilabitur, nec pervenit ad locum ſervientem. *l. 20. §. 5. ff. h. t.* Flumen tamen nec deprimi nec attolli poſſe tradit Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 30.* Similiter retro duci quidem poſſe ſtillicidium placuit; quia in noſtro magis incipiet cadere; produci non poſſe, ne alio in loco cadat, quam in quo poſita ſervitus eſt, *l. ſervitutes 20. §. ſtillicidium 5. ff. h. t.* &, ſi antea ex tegula caſſitaverit ſtillicidium, fieri non poteſt, ut ex tabulato aliave materia deinceps cadat, *d. l. 20. §. ſi antea 4. ff. h. t.* denique domino ſervientis areæ ibi, ubi caſſitare cœpiſſet ſtillicidium, altius ædificare non aliter licet, quam quatenus ſtillicidio nullum impedimentum generatur. *d. l. 20. §. ſi ſervitus 3. & ult. l. ſi domus 21. ff. h. t. l. ſi eo loco 9. ff. ſi ſervit. vind.* Qua de cauſa moribus noſtris etiam obtinuit, ſtillicidii debitorem in ſuo prædio ſerviente ædificare non poſſe ſupra prædii dominantis latitudinem, niſi relicta inter parietem prædii dominantis altitudine vacua quinque pollicum, aut alio ſpatio ſtatutis vel conſuetudine determinato, ad aquam recipiendam ſtillatim cadentem. Quo etiam pertinet forte Imperatorum Antonini & Veri reſcriptum in *l. Imperatores 14. ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 13. 14.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. num. 21.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 233. in fine.*

14. Eſt inſuper ſervitus *cloacae* mittendæ, qua vicinus alienam cloacam tenetur in ſuo recipere, atque ita locum cavum præ-

bere, per quam colluvies quædam fluat. *l. 1. pr.* & *§. cloaca 4. ff. de cloacis. l. jus cloacae 7. ff. de servitut.* de qua plenius *tit. de cloacis.* Est & jus immittendi fumum ex taberna cascaria in superiora ædificia. *l. sicut 8. §. Aristo 5. ff. si servit. vind.* de quibus tabernis caseariis & vetere caseorum fumigandorum more, vide Brissonium *select. antiquit. lib. 4. cap. 15.* licet alioquin fumum modicum in suo facere, cuique liceat; uti licet ignem in suo facere, aut sedere aut lavare. *d. l. sicut 8. §. apud Pomponium 6. ff. si servit. vind.* Petrus Gregor. Tholosanus *syntagm. jur. civilis lib. 4. cap. 13. n. 4. & seqq.* Est & jus effundendi vel abjiciendi aquam aut aliud quid ex superiore loco in inferiorem vicini aream. *d. l. 8. §. 5. fere in pr. ff. si servit. vind.* Cæpolla *de servit. praed. urb. cap. 31.* Petrus Gregor. Tholosanus *syntagm. juris civil. lib. 4. cap. 13.* Qua servitute concessa, urinæ tamen aut stercoris aliorumque putidorum projiciendorum facultas in dubio non videtur quæsita. arg. *l. ult. §. si stercus 3. ff. quod vi aut clam. l. 2. §. idem ait 29. ff. ne quid in loco publico.* Cæpolla *d. cap. 31. n. 5.* Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 34. n. 17. 18. 19.* Gregor. Tholosanus *d. cap. 13. n. 2.* Adhæc servitus, ne vicinus in suo quid positum habeat, dum id forte prædio vicino obesset. *l. si quando 17. §. cum in domo 1. ff. si servit. vind.* Cujacius *lib. 10. observat. 15.* Item ut vicino liceat in aream vicini terram saxa lapides provolvere, aut posita habere, aut lapidem in suo cædere, ut fragmenta in aream vicini cadant; aut theatra seu contignationes facere in area vicini ad ædificandum. arg. *l. sicut 8. §. aristo 5. in med. ff. si servit. vind. l. item sui 3. §. 1. 2. ff. de servitut. praed. rusticor.* ad qualem contignationum erigendarum licentiam concedendam etiam vicinus invitus constringi posset, si ædificatio alia nequeat ratione institui; idque tum publici aspectus favore, tum etiam exemplo viæ, quæ necessario cedenda ei, qui exitu alio adituque destitutus est, de quo *tit. seq.* Christinæus *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 14. artic. 31.*

15. Servitutum urbanarum occasione non incongruum fuerit de *muro cummuni* nonnulla subnectere, quem in confinio ædificatum collatis utrimque semipedibus aut alia latitudine Romani *cratitium* & *concratitium* dixerunt, *l. cum duobus 52. §. item Mela 13. ff. pro socio.* etiam *intergerinum.* Festo teste *in verb. intergerinus.* In primis sciendum est, inter ædes duas hor-

hortosve parietem intermedium in dubio communem præsumi, quoties pro pleno vicini alterutrius domino indicia desunt ac probationes. Idemque de sepimento ligneo, ac interstitio inter duas ædes vacuo, aliisque omnibus inter duo prædia vicina intermediis, statuendum est, si non unius propria probentur. arg. *l. adeo 7. §. ult. & l. 8. ff. de acquir. rer. domin. l. si is 4. ff. de servit. legata. §. si Titius 31. Instit. de rer. divis. l. arbor. 19. ff. communi divid. l. pen. ff. pro socio.* Cæpolla *de servitut. praed. urban. cap. 40. n. 9.* Mantica *de tacitis & ambiguis lib. 4. tit. 15. n. 24.* Casper Manzius *in libello de muro communi n. 37.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit. 14. art.* 12. *&* 13. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib. 2. cap.* 14. *n.* 16. Nam &, si paries ab uno vicinorum in confinio ædificatus fuerit, communis est, juxta tritum illud, quo inædificata solo cedunt. arg. *l. si supra 28. ff. de acquir. rer. domin. §. cum in suo 29. & 30. Instit. de rer. divisione.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 34. n. 4.* Nec dubitatur, quin is, qui duas habens domos unam distraxit, etiam parietis intergerini partem mediam, velut ædium portionem, credatur vendidisse; si non aliud actum sit. arg. *d. l. si is 4. ff. de servitute legata.* Ex quibus autem indiciis signisque peculiaribus pro parietis communione, aut proprietate unius vicini, conjecturæ probabiles desumi queant, latius enarratum vide apud Menochium *de praesumtion. lib. 6. praesumt. 73.* Mascardum *de probation. conclus.* 1150. Cæpollam *de servit. praed. urban. cap. 40.* Manzium *d. libello de muro communi quaest. 1. n. 2. & sqq. ad n. 37.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil. 304.* & *part. 2. consil. 6.* Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit.* 14. *art.* 13.

16. Cæterum, uti nulli licet in alieno quid facere invito domino, ita nec in pariete communi, si non accedat vicini consensus, eo quod res communis pro parte aliena est. Qua ratione neque fenestram in pariete communi aperire uni vicinorum licet. *l. pen. ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad. jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 34. n. 6.* Christin. *d. tit.* 14. *art.* 14. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil. 304.* & *part. 3. vol. 2. consil. 35.* & *part. 4. consil. 327.* neque tubulos balnearios aut fistulas eidem junctas habere, quibus aqua ducitur ex castello vel ex cælo capta, *l. quidam* 13. *l. fistulam* 19. *ff. h. t.* nec eum demolire, aut reficere, nisi urgente necessitate. *l. parietem 8. l.*

in

in re communi 26. ff. h. t. junct. *l. ſi aedes 12. ff. communi dividund. l. in parietis 35. l. 36. 37. ff. de damno infecto.* eo excepto, quod Hollandiæ & quorundam aliorum moribus receptum ſit, poſſe vicinum unum invito altero ligneum deponere ſepimentum commune, ſuoque ſumtu parietem lateritium cjus loco ſurrogare, futurum deinde inter eosdem vicinos communem. Hugo Grotius *d. lib. 2. cap. 34. n. 5. 6.* Chriſtinæum *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 14. art. 12.* Et quamvis furnum parieti communi adſtruere jure Romano vetitum haud fuerit, ſi modo vicinis caveretur de damno infecto, *l. ſi ſervus 27. §. ſi furnum 10. ff. ad leg. Aquil.* hodie tamen neque fornacem neque latrinam neque aliud ſimile, quod nocere ſolet, ſecundum parietem communem fieri poſſe, magis obtinuit, teſte Grotio *d. lib. 2. cap. 34. n. 7.* Sic ut in his omnibus melior vicini prohibentis conditio ſit. *l. Sabinus 28. ff. communi dividundo l. ſed ſi inter 27. §. 1. ff. h. t.* Plane quod de furno Romanis placuit, id de camino non inepte dixeris, eum parieti communi admoveri poſſe, ſi inde non probabiliter ex judicio atque arbitrio peritorum artis damnum metuatur. arg. *l. ſicut §. §. apud Pomponium 6. ff. ſi ſervit. vind. d. l. 27. §. 10. ff. ad leg. Aquil.* Gratianus *diſcept. forenſ. cap. 572. n. ult.* Cæpolla *de ſervitut. praed. urban. cap. 64, n. 6.* Quemadmodum nec prohiberi poteſt vicinus, quominus balneum habeat juxta parietem communem; aut cameram ex figulino opere ſeu laterculis ita factam, ut, etiam ſublato pariete maneat; aut ſcalas, quæ removeri poſſunt. *d. l. quidam 13. & l. fiſtulam 19. pr. & §. 1. 2. ff. h. t.* Manzius *de muro communi n. 47. & ſeqq.* aut canalem ſuperimponat ad aquam collectam verſus plateas publicas derivandam. Grotius *manuduct. ad juriſpr. Holl. lib. 2. cap. 34. n. 28. 29.* Sed & incruſtare parietem communem, & picturis exornare vicinorum alter jure ſuo poteſt; aliaque facere, quibus nullum vicino circa parietis communionem præjudicium generatur. *d. l. quidam 13. §. 1. ff. h. t.* Denique etiam omnia ea agere, quæ primæ conveniunt intentioni ac deſtinationi eorum, inter quos paries communis eſt. arg. *§. religioſam 9. Inſtit. de rer. diviſ.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 12. in fine.* usque adeo, ut, ſi vicini ſemipedes inter ſe contulerint, ut ibi cratitium ſeu intergerinum parietem inter ſe ædificarent ad onera utriusque ſuſtinenda, deinde ædificato pariete, alter in eum immitti non patiatur, pro ſocio agendum ſit,

sit. *l. cum duobus 52. §. item Mela* 13. *ff. pro socio.* arg. *l. in parietis 35. l. 36. 37. ff. de damno infecto.*

17. Utrum autem vicinorum unus invito altero in pariete aut supra parietem communem ædificare jure suo possit, non prorsus expeditum est. Ad medietatem usque id vicino licere, verius videtur; maxime, si paries pro diviso communis sit, quod & in dubio præsumendum volunt: dummodo prima sociorum intentio non manifesto refragetur, & pars illa dimidia oneri ferendo sufficiens sit, nec opere facto in alterutrius vicini ædes inclinetur; sic ut & ei, qui non ædificat, vitiumque ex opere futurum timet, per ædificantem cautio de damno infecto præstanda foret. *l. inter quos 39. l. ex damni 40. §. quotiens* 1. junct. *l. in parietis 35. & seqq. ff. de damno infecto l. si, cum meus 14. §. 1. ff. si servit. vindic. l. hoc quod dictum 25. §. 1. ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 3.* Menochius *de praesumtion. lib. 6. praes. 73. num. 23. & seqq.* Cæpolla *de servit. praed. urban. cap. 40. num. 19.* Manzius *de muro communi, quaest. 12. num. 53. & seqq.* Unde &, si ex tribus ædibus in loco impari positis, ædes mediæ superioribus serviant, inferiores autem nulli serviant, & paries communis, qui est inter inferiores & medias, altius a domino inferiorum ædium sublatus sit, jure eum altius habiturum, cum Sabino Pomponius respondit, *l. hoc, quod dictum 25. §. 1. ff. h. t.* eo quod sociorum unus rei communi servitutem imponere solus ita non potuit, ut socio non consentienti diminueret libertatis jus pro parte ejus *l. unus 2. ff. de servitut. l. per fundum. 11. ff. de servit. praed. rust.* Manzius *de muro communi, num. 73. 74.* Si tamen paries intermedius non nisi ad prædium a prædio separandum exstructus videatur, vix est, ut tunc vicino ad medietatem usque altius ædificandi jus asseramus; cum secundum ante dicta nihil socius invito socio possit in rei communis præjudicium, ultra primam eorum intentionem. arg. *d. l. 28. ff. communi divid. l. sed si inter 27. in fine ff. h. t. l. an unus 11. ff. si servit. vindic.* Ant. Thesaurus *decis. 41. num. 13.* Cæpolla *de servit. praed. urb. cap. 40. n. 33.* Quod si, cum ad medietatem usque liceret, ultra eam sine vicini consensu ædificatum appareat, si quidem sciente ac tacente eo id factum sit, destruendum non est, sed tantum id quod interest tacenti præstandum: sin eo ignorante, vel sciente ac contradicente, deponendum foret non jure impositum.

l. Sa-

l. Sabinus 28. ff. communi divid. nisi consuetudo loci ferat, neminem ad destruendum compelli, qui ultra annum & diem opus habuit, nullo jure, & cum vicini læsione, factum; sed id quod interest exsolvendo liberari. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 36. n. 7.*

18. Vidimus de muro communi; de vestibulo communi (*een gemeene gang*) non minor dubitatio est, quid in eo quisque possit? Sane, cum locus talis sociorum voluntate ad exitum, introitum transitumque ab initio destinatus sit, magis est, ut unus eorum, invito altero ac repugnante, nihil novi facere possit, quo transitus, exitus introitusque rederetur praepeditior, etsi non in universum usus tolleretur; veluti januam appendendo, quae cardine supra huiusmodi verteretur vestibulum; aut gradus exstruendo, per quos ex aedibus in vestibulum commune descensus ascensusve fiat, dum aedes vestibulo altiores sunt aut depressiores. Quam opinionem non modo vulgatum firmat axioma superius commemoratum, quod nempe melior causa sit socii prohibentis ne quid novi fiat in re communi, quod primæ adversatur sociorum destinationi *l. Sabinus 28. communi divid.* sed & argumentum ex *l. ult. §. 1. ff. h. t.* in qua dum Scævola respondit, Lucium Titium prohiberi a vicino Publico Mævio non potuisse, quo minus, aperto pariete domus suæ, januam in publico aperiret, quoties neque luminibus Publii Mævii, neque itineri ejus officeret; satis a contrario significat, Publium Mævium legitimam habiturum actionem, ne ea fiant, quibus iter ejus impediretur. Et, si is, cui viæ vel itineris servitus per fundum alienum constituta est, cum proprietario per inædificationem iter obstruente agere possit, jus ei non esse ita ædificatum habere, *l. si eo loco 9. ff. si servit. vindic.* longe magis hanc inædificandi atque ita nocendi potestatem per legitimos tramites impedierit, qui jure suo, sine servitutis jure, vestibulo commmuni uti vult secundum primam sociorum destinationem. Denique, si nullus sine servitute, vel in area alterius aliquid facere possit, vel supra aream alterius fenestram suam januamve aperire, dum is, cuius solum, ejus & cælum est; arg. *l. quemadmodum 29. §. si protectum 1. ff. ad leg. Aquil.* Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib. 2. cap. 34. n. 25.* Cæpolla *de servitut. praed. urban. cap. 55. num. 1.* consequens est, ut nec in communi vestibulo socius

cius iſta, ſocio reluctante, poſſit; cum & res communis pro parte aliena ſit. Cæpolla *de ſervit. praed. urban. cap. 39. num. 6.* Reſponſa Jurisconſ. Hollandiæ *part. 4. conſil. 235. 236.* Quibus non adverſatur *l. ſervitutes 20. §. ſi domo 1. ff. h. t.* qua potiſſimum moti nonnulli, contra reſponderunt, *d. part. 4. conſil. 377. & 378.* cujusque ſententia eſt, ſi domo meo altior area tua eſſet, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere ceſſiſti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuum eſſet, poſſe me gradus vel clivos prope januam meam jure facere, dum ne quid ultra, quam quod neceſſe eſt, itineris cauſa demoliar. Quod enim illic clivos gradusve exſtruere licet, id inde eſt, quia jure ſervitutis vicinus indulſerat per ſuam aream vicino jus eundi agendi ad domum ejus; ſervitute vero conceſſa omnia conceſſa cenſentur, ſine quibus ſervitus expediri non poterat; eſtque, quod ſibi vicinus praedii ſervientis dominus imputet, dum ſciens, ex plano non poſſe vicinas introiri ædes, non apertius circumſcripſerit ſervitutis conceſſionem. Alia veſtibuli commmunis ratio eſt; quippe cujus uſum communem ad ingreſſum tranſitumque dum ſibi communi conſenſu ſocii nominatim reſervarunt, jus non paciebatur, ut unus caeteris invitis, qui nec propalam nec per conſequentiam ab initio conſenſerant, tolleret aut diminueret aedificando uſum tranſitus, adeo manifeſte non in unius ſed omnium ſociorum utilitatem deſtinati conſervatique, ut, licet rerum omnium communium intuitu ad unius ſocii deſiderium a communione recedendum ſit, tamen de veſtibulo communi binarum aedium arbiter communi dividundo, invito utrolibet, dari non debeat; ne is, qui de veſtibulo licitari cogitur, neceſſe habeat interdum totarum aedium pretium facere, ſi alio aditu deſtitutus ſit. *l. arbor. 19. §. de veſtibulo 1. ff. communi divid.*

TITVLVS II.

DE SERVITVTIBVS PRAEDIORVM RVSTICORVM.

SVMMARIA.

1. *Quid ſit* iter, *tum jure Romano, tum moribus? Qui fundum vendens aquam excipit in illo fundo,* & circa eam late decem pedes, *non proprietatem ſed iter tantum cenſetur excepiſſe.*

2. *Quid*

2. *Quid* actus, *quae latitudo ejus? an & quo ſenſu iter actui inſit, vel non?*
3. *Quid* via: *quo modo iter & actum contineat? Quae ſit latitudo viae jure civili & moribus?*
4. *Vicinus viam vendere vel precario concedere cogitur vicino, cujus praedium nullum exitum aditumque habet. Et quid diſtet talis via a viis aliis circa poteſtatem claudendi, ſcindendi, corrumpendi viam?*
5. *Quid ſit via vicinalis, & an claudi poſſit?*
6. *Quid ſit* aquæductus? *requirit aquam vivam. Quid ſi fons exaruerit iterumque fluat poſt tempus quod praeſcriptioni ſufficit? An ſi aqua longo tempore ex praedio ſuperiore ad inferiora defluxerit, dominus agri ſuperioris poſſit extraneo aquam concedere, in praejudicium domini agri inferioris?*
7. *Quid* aquæhauſtus? *An hauſtum debens cingere puteum & muro includere poſſit? ad quem ſpectet refectio & purgatio putei ſervientis, vel putei communis? an via publica aut locus ſacer intermedius hauſtum impediat?*
8. *Itinere, actu, via, aquaeductu, ſine certi loci deſignatione conceſſis, electio competit domino praedii dominantis, per quam fundi partem ire agere &c. velit. Sed* civiliter *eligere debet. Nec, ſi elegerit, mutare rurſus poteſt. Dominus tamen praedii ſervientis mutare poteſt, & alium aeque commodum locum aſſignare.*
9. *An flumen publicum intermedium impediat iter, actum, viam, hauſtum; ſi non vado nec ponte ſed pontonibus trajiciatur?*
10. *Quid ſit ſervitus* pecoris paſcendi? *quando realis, quando perſonalis ſit? an tunc ex paſcuis novalia fieri? An dominus ſuum quoque pecus immittere? An includi poſſit animal alienum non jure depaſcens?*
11. *Recenſentur aliae plures ruſticae ſervitutes, & earum requiſita, partim ex legibus partim ex moribus.*
12. *Exemplo ſervitutum enumeratarum poſſunt & aliae excogitari, ſi modo ſervitutis natura & requiſita adſint. An ſervitus ſit, ſi teſtator juſſerit,* ab uno prædio alteri prædio præſtari certam arundinum aut ſimilium quantitatem; *vel ſi id inter duorum fundorum dominos contractu actum ſit?*

Ut urbanarum, ita & ruſticarum ſervitutum plures in jure ſpecies occurrunt, quæ cum non magnis ſint difficultatibus innodatæ, ſuffecerit obiter eas recenſuiſſe. Iter eſt jus eundi ambulandi hominis, *pr. Inſt. de ſervitut.* adeoque eundi ac redeundi: ambulare enim eſt ſpatia reciproca facere, & in ſua veſtigia reflectere. Vel etiam eſt, qua quis pedes vel

eques

eques commeare poteſt, *l. inter actum 12. ff. h. t.* aut etiam ſella vel lectica vehi, *l. qui ſella 7. ff. h. t.* quale iter a ſpatiandi ſervitute diſtat, quippe quæ plus voluptatis quam utilitatis in ſe continet, ideoque perſonæ potius, quam prædio conſtituitur. *l. ut pomum 8. ff. de ſervitutibus*, ut latius traditum *tit. 1. de ſervit.* Quisquis vero iter habet, non ipſe tantum ire poteſt, ſed & cum eo domeſtici, hoſpites, convivæ, mercenarii, medici. arg. *l. uſu retinetur 20. ff. quemad. ſerv. amitt. §. 1. & 2. Inſtit. de uſu & habitat. l. 1. §. is cujus colonus 7. 11. l. inde etiam 3. §. uti videmur 4. ff. de itinere actuque privato.* Obſervandum tamen, uſu noſtro iter proprie eſſe, qua quis pedes commeare poteſt (vulgo *een voedpad*) ab eoque diverſum eſſe jus equo commeandi per fundum alterius, quod vulgo *een ry-pad* appellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 35. num. 1. & ſeqq.* Si itineris latitudo definita non ſit, ab arbitro definienda eſt, *l. certo 13. §. latitudo 2. ff. h. t.* plerumque ad trium quatuorve pedum latitudinem, ut vult Groenewegen *ad l. 8. ff. h. t.* Leuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 35.* Quod ſi quis duo habens prædia, in unius venditione aquam, quæ in fundo naſcebatur; & *circa eam aquam late pedes decem* exceperit, non dominium ejus loci, ſed iter duntaxat per illud ſpatium videtur ſibi pactus eſſe. *l. qui duo 30. ff. h. t.*

2. Actus eſt jus agendi jumentum vel armentum vel vehiculum, *pr. Inſt. de ſervit. praedior. l. inter actum 12. ff. h. t.* cujus latitudo ſi partium conventione definita non ſit, certam a lege determinationem non habet, ſed ab arbitro ſtatuenda eſt *l. certo 13. §. latitudo 2. ff. h. t.* ac proinde quod a Feſto ſcriptum eſt, *actum eſſe iter inter vicinos quatuor pedum latum;* non de latitudine per legem definita accipiendum, ſed de ea, quæ plerumque partium ſolebat conventione comprehendi. Meminiſſe etenim oportet, illam ſaltem eſſe debere actu latitudinem, ut illac jumentum duci queat: nec præciſe requiri, ut & jumentum & vehiculum illac duci poſſit: proinde ſi tam anguſti loci demonſtratio facta fuerit, ut neque jumentum neque vehiculum ea inire poſſit, iter magis quam actus acquiſitus videretur: ſed ſi jumentum ea deduci potuerit, non etiam vehiculum, actum datum intelligi, Pomponius docet, *l. ſi tam anguſti 13. ff. de ſervitutib.* cum quo ut Modeſtinus concilietur, dum ait in *l. inter actum 12. ff. h. t.*

actum' esse, *ubi & armenta trajicere & vehiculum ducere licet*, dicendum est, & jumentum & vehiculum duci in dubio posse ab eo, qui actum habet, si tanta inveniatur designata actus latitudo, ut vehiculi quoque ductum admittat; imo actu concesso sine latitudinis determinatione, arbitrum non angustiorem debere assignare locum, quam quo & jumenti & vehiculi ductus patet: cæterum sufficere posse ad actus constitutionem, si vel ea latitudo a partibus definita reperiatur, qua non vehiculum sed tantum jumentum inire potest. Quæ & ratio esse videtur, quod ab Ulpiano & Justiniano actus fuerit descriptus jus agendi jumentum *vel* vehiculum; quasi alterum ad actus naturam sufficiat, *l. 1. ff. h. t. princ. Instit. de servitut. praediorum.* Qui autem actum habet, etiam iter habet, eoque uti in dubio etiam sine jumento potest, *d. pr. Inst. de servitut. praedior. d. l. 1. ff. h. t.* nisi aliud in actu constituendo placuerit, ut scilicet non nisi cum jumento, quod pellitur, eat; quo casu actus sine itinere esse dicitur. *l. loci 4. §. qui iter 1. ff. si servit. vindic.* In dubio scilicet hæc conjectura est, eum, qui actum concessit, longe magis iter, quod minus est, voluisse concedere; quæ præsumtio cessat, ubi in contrarium manifesta voluntatis declaratio est. Quod vero Paulus scripsit, eum, qui actu legato iter adimit, nihil adimere, quia nunquam actus sine itinere esse potest, *l. 1. ff. de adimend. vel transfer. legatis.* id de eo haud dubie intelligendum itinere, quo quis jumentum ducens aut vehiculum, simul ipse ire debet. Sed & dici potest, illum, qui actu legato iter ademit, nihil agere, quia iter, quod ab actu separatim consideratur ut alia servitus, non legaverat; frustra vero adimit testator, quod non prius ipse legavit. Quo modo & in *l. si quis ita 3. §. si loci 6. ff. de adim. vel transf. legatis.* Ulpianus ait, usufructu loci legato, si testator iter adimat, non valere ademtionem, nec vitiari legatum; sicuti qui proprietatem fundi legat, iter adimendo legatum non minuit. Actui nempe iter aliquod inest ex necessitate, quod abesse aut separari ab actu nequit, dum quis jumentum ducens, illud comitatur; de quo *d. l. 1. ff. de adimend. vel transf. legatis.* Inest & aliud non ex necessitate, sed sola probabili conjectura, puta, quo quis solus ire potest sine jumento: quod proinde etsi in dubio quoque datum intelligatur, adimi jure potuit, quo de casu est *d. l. 4. §. 1. ff. si servit. vind.* non ademtum nominatim, ipso jure competit domino prædii domi-

dominantis, velut actus pars; idque non formaliter, ita ut separata itineris & actus servitus esset, sed materialiter & naturaliter ut loquuntur. Unde actum habens *iter & actum habere* dicitur, *l. qui iter 2. ff. quemadm. servit. amitt.* & qui actum stipulatus est, si deinde iter stipuletur posteriore stipulatione nihil agit; non magis, quam si quinque quis stipuletur, qui prius decem deduxerat in stipulationem, *l. si pupillus 9. §. ult. ff. de novation. l. qui usumfructum 58. ff. de verb. oblig.* atque insuper actum habenti, si statuto tempore iverit tantum, non egerit, ablatum non censetur præscriptione agendi jus, *d. l. 2. ff. quemadm. servit. amitt.* quæ aliter obtinerent, si iter actui non foret incluſum. Plane formaliter (ut ajunt) actus in se iter non continet, quatenus actum habens iter separatim vindicare nequit; &, si maxime cœperit iter separatim vindicare, nec obtinuerit, actum deinceps vindicare non prohibetur: quasi aliud nunc peti videatur, aliud ante petitum sit, ac ideo exceptio rei judicatæ cessare debeat, *l. si mater 11. §. si quis iter 6. ff. de except. rei judic.* junct. *l. si pupillus 9. §. ult. in fine ff. de novation.* quod falsum esset, si iter formale esset actus pars; cum utique totum petere nequeat, qui in partis petitione succubuit, & versa vice. *l. si quis cum totum 7. pr. & §. pen. & ult. ff. de except. rei judic.*

3. Via est jus eundi, ambulandi, agendi, lapidem insuper aut tignum trahendi, hastam rectam referendi, si modo fructus non lædat; quæ posteriora nec itineris nec actus jure permissa sunt. *l. qui sella 7. ff. h. t.* Continetque via in se iter & actum, non materialiter tantum, sed & formaliter, sic ut viam habens sibi constitutam etiam iter aut actum vindicare nominatim possit, prout vel ire vel agere fuerit impeditus *d. pr. Instit. de servitut. praed.* & viam remississe censeatur, qui cum eam prius in stipulatum deduxisset, deinceps & iter & actum accepto tulit. *l. & per jusjurandum 13. §. si id 1. ff. de acceptilat.* Unde & non ineleganter Ulpianus scripsit, *via iter & actum in se continet, l. 1. ff. h. t.* quasi tribus servitutibus in unum collatis; eo fere modo, quo idem Ulpianus notavit, stipulationem judicatum solvi tres clausulas in unum collatas habere, *l. 6. ff. judicatum solvi.* Confer Rævardum *ad leg. 12. tab. cap. 14.* Etsi autem latitudo viæ ex partium determinatione anguſtior ampliorve esse possit; eam tamen ad minimum tantam esse necesse est, ut illac & jumentum & vehiculum

inire queat; ne alioquin iter magis aut actus, quam via, videretur concedi. *l. si tam angusti 13. ff. de servitut. l. [illegible] constitui 23. ff. h. t.* Quod si latitudo a partibus definita non sit, lex duodecim tabularum in subsidium eam octo pedum in porrectum & sedecim in anfractum esse jussit, *l. viae latitudo 8. ff. h. t.* ac nostris moribus, quotes non uni sed pluribus per locum eundem via concessa est sine latitudinis expressione, solere arbitrio judicis assignari latitudinem pedum duodecim, ut currus obvii sibi invicem cedere queant, testes sunt Groenewegen *ad l. 8. ff. h. t.* Leeuwen *censur. for. part. 1. lib. 2. cap 14. num. 35.*

4. Præter viam, arbitrio domini prædii servientis constituendam aut denegandam, alia insuper via est, quæ ex necessitate per prædii servientis dominum concedenda est, dum aditum exitumque nullum fundus vicinus habet: (vulgo *een nood-weg*) qualis via aut iter jure quidem Romano necessario cedi debebat ei, qui sepulchrum in fundo habebat, nullam autem ad sepulchrum viam. *l. si quis sepulchrum 12. ff. de religios. & sumt. funerum.* adeo ut & Pomponius autor sit, legibus prædiorum vendendorum cautum fuisse, ut dominis prædiorum, in quibus sepulchra fecerint, post venditos fundos ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter, aditus, ambitus funeris faciendi sit. *l. utimur 5. ff. de sepulchro violato.* Sed id ex æquitate ab interpretibus ad omnia prædia, aditu exituque carentia, extensum fuit, ut scilicet, implorato extra ordinem judicis officio, vicinus vel jus viæ plenum constituat, justo pretio accepto; vel saltem precario viam concedat, tum exercendam, cum necessitas postulaverit; idque cum minimo, quoad ejus fieri potest, vicini patientis detrimento. *d. l. 12.* arg. *l. ult. ff. de servitut. praed. urb. l. item Labeo 22. §. sed etiam 3. ff. famil. ercis. l. servum filii 44. §. ult. ff. de legatis 1.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 51.* Papon *lib. 14. tit. 1. art. 3.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 35. num. 5.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. num. 30. & 34.* Qualis via ex necessitate ac precario indulgenda a cæteris in eo distat, quod non claudi tantum per dominum prædii servientis, sed & scindendo vel effodiendo corrumpi possit; ita ut demum rogatus, & necessitate urgente, eandem aperire teneatur, & habilem ad usum præstare. Grotius & Leeuwen *d. loc.* Cum ex adverso vias cæteras dominus prædii servientis

entis nec ſcindendo nec aperiendo corrumpere poſſit, arg. *l. per quem 14. ff. h. t.* imo ne oſtio quidem præcludere aliter, quam ut ſemper prædii dominantis domino pateat liber per oſtium tranſitus. arg. *l. ſi quid. 5. C. de ſervitut. & aqua.* Leeuwen *d. cap. 14. num. 39.* van Alphens Papegaey *part. 1. tit. 16. van complainte, t' eerſte verbaal.*

5. Sed nec confundenda via, jure ſervitutis conſtitui ſolita, cum ea quæ vicinalis eſt, ex collatis vicinorum agris facta, cujus pars una in militares ſeu publicas vias exitum habet, altera ſine ullo exitu in vico intermoritur. *l. ult. ff. de locis & itiner. publicis.* Quam etiam non niſi communi vicinorum conſenſu claudi poſſe, notat Grotius *d. lib. 2. cap. 35. n. 7.*

6. Aquæductus eſt jus aquæ ducendæ per fundum vel ex fundo alieno, ſive ex capite ſive ex alio quovis loco: non tamen ex puteo, vel ſtagno, vel lacu aut piſcina vivam aquam non habente. *l. ſervitus 9. ff. h. t. l. 1. §. quanquam 6. ff. de aqua quot. & aeſtiva l. un. §. hoc interdictum 4. ff. de fonte. l. foramen 28. in fine ff. de ſervitut. praed. urban.* Quæ quidem ſervitus, exareſcente fonte, ex quo aqua ducebatur, evaneſcit; reviviſcit tamen, ubi rurſus eodem ex fonte cœperit aqua fluere, etſi demum poſt temporis tanti ſpatium, quo ſervitus non utendo amitti ſolet; eo quod jus ducendi ſine negligentia aut culpa amiſſum erat. *l. unus ex ſociis 34. §. ſi fons 1. l. 35. ff. h. t.* Poteſt autem non uni tantum, ſed & pluribus eundem per locum aquæductus concedi, ut vel ſimul, vel diverſis ſinguli diebus horisve ducant, ſi modo aquæductus & aqua omnibus ſufficiat. l. *ruſticorum 2. §. 1. 2. ff. h. t.* Quodſi aqua longo tempore ex prædio ſuperiore ad inferiora defluxerit, an prædii ſuperioris dominus extraneo poſſit jus aquæ ducendæ concedere, in præjudicium inferiorum, quibus hactenus aqua profuerat, quæſtionis eſt: quæ ut definiatur, videndum, utrum aqua naturaliter, vel opere manu facto in prædio inferiore, ad prædia inferiora defluxerit, an vero opere in ipſo prædio ſuperiore manu facto. Priore enim caſu, ratio non eſt, cur non dominus ſuperioris prædii aquam in ſuo erumpentem, atque adeo ſuam, vel ſibi retineat, vel cui voluerit ſervitutis jure ducendam concedat, ab inferioribus prædiis ad quæ delabi ſolebat avertendam; arg. *l. ſi ibi 10. C. de ſervit. & aqua.* cum nulla hic concipi queat ſervitutis præſcriptio per inferiorum fundorum dominos facta aquæ intuitu, ſed pleniſſimam fun-

dus ſuperior retinuerit libertatem; aut ſi quæ ſervitus hic quæreretur, in eo magis conſiſteret, quod inferiora prædia ſuperiori ſerviant in aqua ſuperflua excipienda. *l. 1. §. ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* Et ſane, ſi cuique liberum ſit, venas aqueas ſubterraneas, quibus ad alterius agrum aqua delata ibidem erumpit, in ſuo fundo reſcindere, quia jure ſuo ſic utitur, quoties ſervitus in contrarium conſtituta non eſt, *l. ſi in meo 21. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae. l. fluminum 24. §. ult. ff. de damno infecto.* quidni eodem jure impediat quoque, ne ſupra faciem ſoli ſui fluens aqua ad inferiores fundos labatur? Si vero opere manu facto in fundo ſuperiore inferioris fundi dominus aquam in ſuum derivaverit, cum ita præſcriptione jus aquæ ducendæ prædio inferiori quæſitum ſit. arg. *d. l. 1. §. ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* non poteſt in præjudicium juris inferiori prædio quæſiti aliis concedere aquæ ducendæ jus. arg. *l. per quem locum 14. ff. h. t.*

7. Proximus ductui hauſtus eſt, jus nempe aquæ hauriendæ ex fonte vel puteo vel flumine privato alieno, imo noſtris moribus utiliter etiam ex ciſterna aliena. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 35. n. 10.* Quo conceſſo, datum ſimul cenſetur iter ad puteum; uti vice verſa itinere ad puteum dato ſimul hauſtus intelligitur indultus. *l. item ſic 3. §. qui habet 3. ff. h. t. l. unic. §. plane 5. ff. de fonte.* Poteſt autem dominus prædii ſervientis, in quo puteus aut fons eſt, prædium muro aut ſepimento includere, ſi modo januam in ſepimento relinquat, arbitrio haurientis aperiendam. Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 39.* De cætero, putei vel ciſternæ purgatio atque refectio communis eſt domino putei & illis, qui ex illo puteo aquæ hauriendæ ſervitutem habent, quamdiu non renunciarunt juris ſervitutis. arg. *l. & ſi forte 6. §. 2. ff. ſi ſervit. vindic.* Grotius *d. lib. 2. cap. 35. n. 12.* Leeuwen *d. cap. 14. num. 37.* Quodſi ſervitus quidem aquæhauſtus conſtituta non ſit, ſed tota vicinia communem puteum habeat, in tantum communis erit iſtius putei refectio, ut nec unus ex vicinis poſſit renunciando juri aquæ hauriendæ ab illo refectionis onere in totum liberari. Chriſtinæus *ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 46. 47. n. 4. 5.* Imbertus *enchiridio;* verbis, *vicinus an contribuat.* Via publica ſi inter duo prædia ſit intermedia, atque hauſtus quidem ſola dominorum voluntate conſtitui poteſt, at aquæductus non niſi

Prin-

Principe permittente, aut juxta mores hodiernos consentientibus illis, quibus viarum publicarum cura tum in urbe tum in agris demandata est. *l. servitutes praediorum 14. §. ult. ff. de servitutibus. l. si prius 17. §. via publica 2. ff. de aqua & aquae pluv. arc.* Grœnewegen *ad d. l. 14.* eo quod ad haustum exercendum nil præter iter per viam publicam requiritur; quod omnibus liberum est: enimvero in ductu viam publicam scindi seu aperiri & trajectum fieri necesse est, quod sola publica, nequaquam privata permissum autoritate. *l. 2. §. ult. & tot. tit. ff. ne quid in loco publico fiat.* Plane, si sacer aut religiosus fundus intermedius sit, non aquæ tantum ducendæ, sed & hauriendæ servitus impedita est; cum id, quod humani juris esse desiit, non recipiat servitutem. *d. l. si prius 17. §. sic & 3. ff. de aqua & aquae pluv. arcend. d. l. servitutes 14. §. ult. ff. de servitut.* junct. *l caveri 4. ff. communia praediorum.*

8. Illud itineri, actui, viæque, quin & aquæ ductui ac haustui commune est, quod simplicius tali servitute per fundum cessa, vel testamento relicta, nec facta partis assignatione, per quam ea exerceatur, electio ejus prædii dominantis domino competat, *l. si cui 9. ff. de servitut. l. ult. ff. de aqua quot. & aestiva.* &, si plurium fundo communi servitus eadem legata sit, omnes debeant de loco consentire. *l. itinere 28. ff. h. t.* Cujus electionis illa ratio est, quod, nulla parte destinata, totus fundus & omnes fundi glebæ credentur servire, *l. certo 13. §. si totus 1. l. si mihi 21. ff. h. t.* Quo posito, inficias iri non potest, quin prædii dominantis dominus, per quamcunque iverit, egerit, duxeritve prædii partem, id jure suo vi servitutis in infinito, seu indefinite, concessæ agat. Unde nec obstat, quod in actibus inter vivos electio debitori potius tribuenda sit. *§. si quis agens 33. Instit. de action.* Cum illa regula tantum locum habeat, ubi res in genere, vel duæ res alternative debitæ sunt, adeoque nec totum genus nec res utraque, sed una tantum species solvenda est; quod non ita est in casu nostro, ubi non quædam, sed omnes partes & glebæ fundi dicuntur servire. Quod autem Paulus in *l. si via 26. ff. h. t.* heredi facultatem tribuit, per quam fundi partem constituere velit servitutem itineris actus viæ aquaeductus simpliciter legatam; id ad antiqui juris vestigia referendum est, & de damnationis legato accipiendum, in quo electio heredis erat. Sed sublata legatorum differentia, electio ex jure novo legatario

relinquenda fuit, ut in materia legatorum latius dicetur. Ita tamen prædii dominantis domino eligendi poteſtas eſt, ut *civiliter* in eligendo verſari debeat. Unde primo quidem permittendum ei non eſt, ut per villam ipſam mediasve vineas eat agat, cum id æque per alteram partem facere poſſet, minore fundi ſervientis detrimento: usque adeo, ut, licet totus fundus ſervire dicatur, non deſtinata parte quæ ſerviret, tamen partes illæ ſolæ, quæ tunc, cum ceſſio fieret ſervitutis, ædificiis, arboribus, vineis vacuæ fuerint, eo nomine ſervire intelligantur, *l. ſi mihi 21. l. 22. ff. h. t. l. ſi cui 9. ff. de ſervitutib.* arbitro etiam ad definiendum locum dando, ſi minus civiliter & cum captione domini prædii ſervientis velit ſervitutem exercere. *l. certo 13. §. ſi totus 1. & 3. ff. h. t.* Sed & ſecundo conſtitit, eum, qua viam primum direxerit, ea demum ire agere deinceps debere, nec amplius mutandæ ejus habere poteſtatem; adeo ut cæteræ agri partes præter eam, qua ſervitus exercita, in poſterum liberæ cenſeantur, *d. l. certo 13. §. 1. ff. h. t. d. l. ſi cui ſimplicius 9. ff. de ſervitut.* arg. *l. 1. §. illud tamen 15. ff. de aqua quot. & æſtiva.* niſi etiam mutandi licentia conventione conceſſa ſit. *l. nam ſatis 6. §. 1. poſt med. ff. quemadm. ſervit. amitt.* Quæ tamen non impediunt, quo minus domino prædii ſervientis mutare liceat, & aliud, quam prius electione vel conventione deſignatum fuerat, ſpatium ad iter actum viam aſſignare; ſi modo nullum inde prædii dominantis domino præjudicium generetur. Unde &, ſi viam debens ædificium ponat in aſſignato viæ loco, non poteſt per dominantis prædii dominum prohiberi, ne in opere cœpto pergat, interpoſita novi operis nunciatione; ſed viæ ſervitutem vindicare debet, ut alia parte æque commoda ire agere per fundum permittatur. *l. qui viam 14. ff. de operis novi nunciat. l locum 2. §. pen. ff. de religioſ. & ſumt. fun.* Coſtalius *ad l. ſi cui 9. ff. de ſervitut.* Ant. Faber *in rational. ad d. l. 9.* & *Cod. lib. 3. tit. 24. defin. 4.* Cæpolla *de ſervitut. urban. praed. cap. 23. num. 3.* Reſponſ. Jurisc. Holl. *part. 5. conſil. 50.* niſi ædificando tota agri latitudo occuparetur: tunc enim, quia via in totum impediretur, viam vindicans, eo ipſo quoque obtineret operis cœpti inhibitionem; de quo caſu accipienda *l. ſi. eo 9. ff. ſi ſervitus vind.* Vide Rævardum *lib. 2. varior. cap. 2.*

9. Similiter itineri actui viæ & aquæ hauſtui commune eſt, quod, uti via publica, inter prædium dominans ac ſervi-

ens

ens intermedia, harum ſervitutum impoſitionem non impedit, ita neque intermedium publicum flumen, quoties illud vel vado tranſiri poteſt, vel ponte ſtrato, *l. 1. ff. de ſervit. praed. urb. l. ſervitutes 14. §. ult. ff. de ſervitut. l. ult. ff. h. t.* Quodſi pontonibus trajiciendum ſit, Paulo quidem Jurisc. aliquando placuit magnitudinem fluminis impedimento eſſe, quo minus hæ ſervitutes tunc conſtituantur, *l. ſi prius 17. §. via publica 2. ff. de aqua & aquae pluv. arc.* ſed eidem, penitius omnia conſideranti, poſtmodum contra viſum fuit: adeoque ſi fingas, tua prædia meo vicina eſſe, tuis flumen, trans flumen rurſus tua vel tertii prædia, ac denique viam publicam, in quam iter mihi acquiri volo ex meo prædio, recte a te mihi via iterve conceditur usque ad flumen; & rurſus a te vel a tertio prædii trans flumen ſiti domino a flumine usque ad viam publicam datur: qui ſenſus eſt *d. legis ult. ff. h. t.* Ant. Faber *in rational. ad d. l. ult.*

10, Pecoris paſcendi jus eſt, quo licitum alicui ſuum pecus immittere in pratum alterius paſcendi cauſa. Quæ ut realis ſit ac prædio debeatur, requiri videtur, ut talia paſcantur animalia, quæ prædii vicini inſtrumento continentur, adeoque prædii acceſſoria ſunt; veluti, cum id agitur, ut boves aratores, per quos fundus colitur, vicino in agro paſcantur, *l. item ſic 3. pr. ff. h. t.* alioquin perſonæ conceſſa nec emtori nec heredi debetur. *l. pecoris 4. ff. h. t.* Hac vero ſervitute conſtituta, non amplius liberum eſt prædii ſervientis domino ex paſcuis facere novalia; cum generaliter in ſervitutis conſtitutæ præjudicium nihil invito prædii dominantis domino innovandum ſit, arg. *l. ſi quid 5. l. ſi manifeſte 7. C. de ſervitut. et aqua.* quamvis & ſuum pecus ſimul immittere poſſit paſcendi cauſa, quatenus utriusque animalibus pratum ſufficit. arg. *l. certo 13. §. ſi totus 1. ff. h. t.* Quodſi ſine ſervitutis jure pecus immiſſum ſit, domino fundi expellere illud ſine atrocitate, at non includere, permiſſum eſt; ut latius ad *tit. de pauperie.*

11. Sunt præterea ſervitutes pecoris ad aquam appulſus, dummodo pecora colligata pellantur ad aquam per fundum alterius, ne fructibus noceant. *l. 1. §. Trebatius 18. ff. de aqua quot. & aeſtiva.* arg. *l. ſi cui ſimplicius 9. ff. de ſervitut.* Chriſtin. *ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 50.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. num. 38.* cretæ educendæ, lapidis cædendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ in fundo alieno, ſi modo id ad

prædii alicujus dominantis utilitatem fiat, nec ultra calx coquatur aut effodiatur arena, quam quatenus ad ipsum illud prædium dominans opus est. *l. 4. 5. §. 1. l. 6. ff. h. t.* Confer *tit. seq.* Est & jus navigandi per alterius lacum perpetuum ad nostra prædia, *l. via constitui 23. §. si lacus 1. ff. h. t.* cum quo coincidit in his regionibus aquaticis jus navigandi per fossam alterius navigabilem; quo casu fossam communibus illorum, qui ea utuntur, impensis purgari & navigabilem conservari receptum est. arg. *l. et si forte 6. §. 2. ff. si servit. vindicetur.* Leeuwen *d. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 41. 42.* item, ut aquam in alieno quærere & inventam ducere liceat, *l. Labeo 10. ff. h. t. l. ult. ff. si servit. vindic.* ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur, *l. item 3. §. idem 1. ff. h. t.* ut tugurium habere liceat in fundo vicini; scilicet si quis habeat pascendi servitutem, aut pecoris appellendi, ut, si hiems ingruerit, habeat, quo se recipiat, *l. veluti 6. §. 1. in fine ff. h. t.* ut in alieno uvas premere, frumenta vel legumina excutere liceat, *l. Mela 14. §. ult. ff. de aliment. vel cibar. legatis.* ut vicino habenti lapicidinas, fundo alteri vicino imminentes, jus sit terram saxa in vicini fundum jacere, posita habere, provolvere, ac inde exportare, *d. l. 3. §. 2. ff. h. t. l. 8. §. 5. ff. si servit. vindic.* ut aquam in suo superficientem exonerare liceat per fundum alterius: etsi enim naturaliter agri inferiores servire dicantur superioribus in aqua excipienda, quamdiu scilicet inferior dominus nullum adhibuit obstaculum ad arcendam a suo prædio aquam nocentem; *l. 1. §. ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* non tamen eundum inficias, quin inferioris agri domino liceat secundum libertatem naturalem ea in suo facere, quibus aquam sibi nocituram ac aliunde affluentem avertat. Imo, si prædii superioris dominus opere manu facto id egerit, ut aqua in prædium inferius immittatur, agere poterit inferior, jus alteri non esse id ita facere. *l. sicut 8. §. Aristo 5. ff. si servit. vind.* Ne ergo exonerationi aquarum impedimenta struantur, aquæ exonerandæ servitutem constitui utile est. *l. qui duo 29. ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 35. n. 14.*

12. Porro non dubium, quin hisce jam enumeratis servitutibus novæ aliæ ex voto contrahentium addi possint, si modo servitutum prædialium aut personalium natura in iis inveniatur. Alioquin enim fieri potest, ut prædii alicujus dominus

minus ad annuam præstationem salicis aut arundinum alteri prædio obligetur, nec tamen ideo illa species ad servitutes reducenda sit. Qua ratione, cum Sejus prædia diversis pagis Mæviæ & Sejæ legasset, & ita cavisset, *praestari volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua arundinis millia trecena, & salicis mundae annua librarum singula millia*, responsum fuit, servitutem jure constitutam non videri, neque in personam neque in rem. Non in personam, quia non personæ sed prædio præstatio fit; non in rem, quia morte legatarii extinguitur, adeoque magis ut annuum legatum consideratur. *l. Gajus Sejus 12. ff. de annuis legatis.* Rursus, cum Lucius Titius promisisset de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædiis Gaji Seji, & postea Titius vendidisset fundum additis his verbis; *quo jure quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur*, definitum fuit, emtorem Gajo Sejo obligatum non esse; quod utique falsum esset, si Titii prædium venditum vel reali vel personali fuisset affectum servitute. *l. ult. §. Lucius Titius 1. ff. de contrah. emt.* Plane, si constet, hæc, quæ ex uno præstantur prædio, ad alterius prædii culturam requiri; non inepte prædialem servitutem tum dixeris videri constitutam; veluti, cum id actum, *ut pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur. l. item sic 3. §. idem 1. ff. h. t. l. veluti 6. §. 1. ff. h. t.* Et in hisce spectandam esse potissimum testatoris legantis aut contrahentium voluntatem, vide apud D. Noodt *probabil. lib. 1. cap. 3. n. 10. & 11.*

TITVLVS IV.

COMMVNIA PRAEDIORVM TAM URBANORVM, QVAM RVSTICORVM.

SVMMARIA.

1. *Servitutes prædiales rusticæ & urbanæ iisdem constituuntur modis, pactionibus & stipulationibus; an hodie necesse sit, eas constitui coram lege loci?*
2. *Ultima quoque voluntate, & officio judicis.*
3. *Quid jure veteri, medio, & novo obtinuerit circa usucapionem & præscriptionem servitutum, & de lege Scribonia?*
4. *An ad servitutum acquisitionem per praescriptionem requiratur*

ratur ſcientia domini? an & juſtus titulus verus?

5. *Non acquiritur ſervitus præſcriptione, ſi quis longo tempore non ſit uſus jure ſuo, puta, altius non ædificaverit, & inde vicinus commodum ſenſerit, licet ad preces vicini id intermiſiſſet; ſecus ſi id omiſiſſet ad vicini prohibitionem.*

6. *Quanto tempore ſervitutes moribus hodiernis acquirantur? & de annali præſcriptione ejus, qui quid ſine ſervitute exſtruxit, quod ſervitutem redolet, ex lege municipali.*

7. *An poſſint eſſe* ſervitutes ſervitutum *& an ſervitutes* neque ex bonis neque extra bona ſint? *ad explicationem* l. 1. ff. de uſu & uſufr. legato.

8. *Servitutes urbanæ & ruſticæ jam conſtitutæ, una cum prædiis pignori dari poſſunt, ſine prædiis ſeorſim nullo modo: poſſunt tamen utræque vicinum prædium habenti creditori de novo conſtitui in crediti ſecuritatem, duraturæ, donec debitum ſolutum fuerit.*

9. *Prædiales ſervitutes omnes individuæ ſunt, pro parte acquiri vel amitti nequeunt. An unus ſociorum imponere poſſit prædio communi? Quid juris, ſi plures ſocii ſeparatim prædio communi ſervitutem impoſuerint actu inter vivos vel teſtamento? & quid moribus?*

10. *An unus ſociorum prædio communi ſervitutes acquirat? quid hodie? an heres acquirat prædio quod alteri ſub conditione legatum eſt, ut proſit legatario?*

11. *An & quatenus ſuperficiarii, vaſalli, emphyteutæ eas imponant?*

12 *An prædialem ſervitutem habentes poſſint novum opus nunciare?*

13. *Diſputatur, an ſervitutes, & nominatim an ſervitus aquæductus conſtitui poſſit ultra prædii dominantis utilitatem? vel quis alteri ductum aut hauſtum ex ſuo ductu concedere?*

14. *An unquam res ſua cuiquam ſervire poſſit? qua occaſione explicatur Africani locus in* l. 33. §. 1. ff. de ſervit. præd. ruſt.

15. *Servitutes prædiales ſolius amœnitatis gratia conſtitui non poſſe ſine concurrente prædii dominantis utilitate.*

16. *Plures ſervitutes prædiales per eundem locum pluribus concedi poſſunt. Conceſſa ſervitute, omnia conceſſa videntur, ſine quibus ſervitus exerceri nequit, quod exemplis in hauſtu, ductu, itinere, actu, via, eorumque complanatione, impedimentorum remotione, refectione, & aditu refectionis cauſa, aliisque monſtratur.*

17. *Servitutem debens nihil agit, ſed tantum patitur. Omnes ſervitutes debent habere cauſam perpetuam, non tamen uſum continuum. Quid juris de ſervitute* foraminis pavimenti proluendi cauſa *tum jure civili tum moribus?*

18. *Si ſervitutes ad certum tempus, vel precario concedantur, id præter earum naturam eſt, ſed tamen ſubſiſtunt. An qui precario conceſſit ſervitutem præ-*

prædialem, illam omni tempore pro arbitrio revocare possit, distinctione explicatur.

19. *Requiritur in servitutibus prædialibus vicinitas prædii dominantis & servientis; unde vicinitas æstimanda sit, tanquam servituti sufficiens?*

Quamvis in nonnullis urbanæ servitutes a rusticis diversæ sint, plurima tamen habent inter se communia. Etenim iisdem prope finiuntur modis: iisdemque constituuntur; puta pactionibus atque stipulationibus, accedente quasi traditione, quæ in usu atque patientia, vel demonstratione loci ad servitutis exercitium, consistit, §. *ult. Instit. de servit. præd.* & nostris moribus solenni ritu coram lege loci facienda est, ut prædium serviens reali afficiatur servitutis jure, ac creditoribus impedimento sit; quo minus illud ut liberum sub hasta divendant, cum invalidæ sint ex vulgata praxi & jure certo immobilium alienationes, non factæ coram lege loci, ubi immobilia sita sunt, alienationis autem appellatione veniant etiam servitutum constitutiones. *l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* Groenewegen ad §. *ult. Instit. de servit. praedior.* & ad *Hug. Grotii manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 36. num. 1.* Quamvis ipsi Hugoni Grotio contra placuerit, edictum Caroli V. de immobilibus non nisi coram lege loci tradendis ad servitutis impositiones haud esse porrigendum, in Respons. JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 136. revera 216. pag. mihi 564.*

2. Ultima quoque voluntate prædiales imponi & acquiri servitutes, palam est, *d. §. ult. l. potest 16. ff. h. t.* quo casu nec quasi traditione opus est, sola testatoris dispositione sufficiente ad transmittendum in legatarios jus in re, arg. *l. a Titio 64. in fine ff. de furtis.* unde & servitutis legatæ vindicatio legatario tribuitur. *l. ult. ff. de servit. legata.* Sed & officio judicis in judiciis divisoriis easdem constituti nihil vetat; sive id agatur, ut prædium hereditarium, uni adjudicatum heredi, alteri prædio itidem hereditario servitutem debeat, sive judicati exsequendi causa duo debitoris prædia distrahantur, quorum unum sine servitute per alterum constituta minus commodum emtori præberet usum. *l. item Labeo 22. §. sed etiam 3. ff. famil. ercisc. l. communi 7. §. Neratius 1. l. ut fundus 18. ff. communi divid.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib. 1. cap.*

cap. 12. num. ult. Legis etiam dispositione jura servitutum induci, *tit. 2.* latius dictum est.

3. Usucapionem quod attinet, antiquissimis quidem temporibus nullam urbanarum aut rusticarum servitutum usucapionem admissam fuisse constat; cum illæ, tanquam incorporales, possideri non potuerint; sine possessione autem usucapio nulla sit. *l. si aedes 32. §. 1. in fine ff. de servit. praed. urban. l. servitutes 14. ff. de servitut.* junct. *l. sine possessione 25. ff. de usucapion.* Successu tamen temporis eas beneficio prætorio per longi temporis capionem cœpisse acquiri, probabile est. Quin & urbanæ usu populi ac prudentum interpretatione cœptæ usucapi, donec lex Scribonia earum inhibuit usucapionem. *l. sequitur 4. §. ult. ff. de usurp. & usucap.* Ex quo tempore, etsi cum ædificiis longo tempore capi potuerint, velut accessoriæ, nuspiam tamen potuerunt per se solæ, teste Ulpiano *l. si aliena 10. §. hoc jure 1. ff. de usucapion.* An autem lege Scribonia, uti urbanarum, ita quoque rusticarum servitutum usucapio sublata fuerit, non æque expeditum est. Si conjecturis locus in re obscura, magis est, ut de urbanis tantum eam conceptam fuisse existimemus; tum, quia nec dum satis demonstratum invenio, rusticis in servitutibus unquam usu invaluisse eam, quæ ex lege 12. tabularum erat immobilium, biennii usucapionem. (Vide Vinnium *select. quaestion. lib. 1. cap. 31. in pr.*) tum quia lex Scribonia de iis egit servitutibus, quarum libertas usucapi poterat, *d. l. 4. §. ult.* quod in urbanis quidem, interveniente facto contrario contingebat; in rusticis non item, *l. haec autem 6. ff. de servit. praed. urban.* junct. *d. l. 4. §. si viam 27. ff. de usucap.* tum denique quia Paulus in *d. l. 4. §. ult.* de lege Scribonia agens, non nisi urbanæ servitutis exemplum subjungit; & Ulpianus de eadem usucapione impedita differens, *hoc*, inquit, *jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint:* ita ædificiorum injecta mentione non alias designans servitutes, quam quæ ædificiis seu prædiis urbanis inhærent. *d. l. 10. §. 1. ff. de usucapion.* Confer Rævardum *libello singulari de lege Scribonia.* Quicquid ejus rei fuerit, illud utique extra dubium est, Pandectarum jure longi temporis præscriptione rusticas potuisse servitutes acquiri. Ita de aquæductu, & de itinere actuque privato testatur Ulpianus *l. si quis diuturno 10. ff. si servitus vind. l. apparet 5. §. si quis*

3. ff.

3. ff. de itinere actuque privato. l. 1. §. *ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* ac ante eum Scævola *l. ult. ff. de aqua & aquae pluv.* & Antoninus Caracalla *l. ſi aquam 2. C. de ſervitut. & aqua.* Noviſſimo denique jure longi temporis præſcriptionem decem aut viginti annorum in omnibus tum perſonalibus tum realibus ſervitutibus obtinuiſſe, docet Juſtiniani conſtitutio, *l. ult. in fine C. de praeſcript. longi temporis* 10. *vel* 20. *ann.*

4. Neque ad hanc ſervitutum præſcriptionem ſcientia domini prædii ſervientis deſideratur, *l. ult. circa fin. C. de praeſcript. longi temp. decem vel vig. ann.* ſive quis ex conceſſione ejus, qui non dominus ſed tantum poſſeſſor eſt, ſervitutem per fundum vicini exerceat; ſive per prædium a vero domino poſſeſſum ſervitute quaſi conceſſa; quæ tamen nunquam conceſſa fuerat, palam utatur, domino ignorante; cum *d. l. ult.* non diſtinguat, & utrobique eadem militet a difficultatis inextricabilis occaſione petita ratio in d. l. fin. allegata. Licet haud ſit eundum inficias, quin de facto ſcientia domini concurrere poſſit, ac poſteriore in caſu frequenter concurrat: quo modo & eandem interveniſſe commemoratur in *d. l. ſi aquam 2. C. de ſervitut. & aqua.* Quibus contraria non eſt *l. ſi a te 16. ff. ſi ſervit. vind.* quippe quæ non agit de ſervitute per longum tempus acquirenda, ſed de ea, quæ per verum prædii ſervientis dominum vendita, emtori acquiri non poterat ſine quaſi traditione, quæ quaſi traditio in uſu domini prædii dominantis & ſcientia ac patientia domini prædii ſervientis conſiſtens, protinus ſine ullo temporis interventu emtorem efficit dominum ſervitutis. Diſſ. Bronchorſt *enant. cent. 2. aſſert.* Rævardus *ad legem Scriboniam n. ult. in fine.* Vinnius *ſelect. quaeſt. lib. 1. cap. 31.* Sed nec juſtum titulum concurrere debere, verius eſt; ſi modo bona fides præſcribentis adſit; cum ei, qui diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus eſt, neceſſe non ſit docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato, vel alio modo; ſed ſufficiat, ut oſtendat, per annos tot uſum ſe non vi non clam non precario poſſediſſe: vetuſtate ſcilicet temporis autoritatem dante, tametſi jus non probaretur. *l. ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſervit. vind. l. ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* Quamvis enim & hic juſtus titulus verus intercedere queat, dum forte is, qui fundi tantum poſſeſſor eſt, ſervitutem prædialem vicino conceſſit: tamen nihil impedit

pedit, quominus etiam ſine conceſſione tali vicinus ſervitutem, quaſi conſtitutam, non vi, non clam, non precario exercens per prædium vicinum a non domino poſſeſſum, longi temporis præſcriptione eandem acquirat; legibus ſuperioribus generaliter quaſi poſſeſſione, non vi, clam vel precario obtenta, contentis. Nec recte quis ea, quæ de juſti tituli neceſſitate in immobilium uſucapione traduntur in *l. nullo 24. C. de rei vindicat. l. ult. C. de uſucap. pro herede.* ad ſervitutum præſcriptionem tranſtulerit, ductus arg. *l. ſi aquam 2. C. de ſervitut. & aqua.* Quod enim illic reſcriptum eſt, *ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore fuiſſe quaeſitum*, non aliam, quam temporis intuitu, ſimilitudinem inducit, nec ad titulum, ſed ad tempus referendum eſt, æque ſcilicet ſervitutes, ac res ipſas immobiles, longi temporis præſcriptione acquiri. Idemque de comparatione, quæ eſt in *l. ult. in fin. C. de longi temp. praeſcript.* judicium eſto. Fachineus *controverſ. lib. 13. cap. 83.* Aliter Rævardus *d. tract. de lege Scribonia n. 7.* Vinnius *d. l. 1. cap. 31.* & plures ibidem allegati.

5. Interim prætermittendum haud videtur, non eo ſolo induci ſervitutis præſcriptionem, quod forte vicinorum unus jure ſuo in re ſua longo tempore uſus non eſt, ac inde commodum alter vicinus percepit. Quid enim, ſi arbores in ſuo non plantaverit, viridaria non fecerit, altius in ſuo non ædificaverit, atque ita contigerit, ut vicini lumina diutiſſime remanſerint non obſcurata, liberiorve proſpectus haud impeditus? perperam ſane vicinus inde ſibi altius non tollendi, proſpectui luminibusve non officiendi, ſervitutem aſſeruerit; cum altius exſtruere in ſuo, & ſimilia facere, res mere facultatis ſint, quarum intuitu præſcriptio probata non eſt; ſed omni tempore libertas ſalva, *l. altius 8. 9. C. de ſervitut.* & *aqua.* ſic ut cum eo, qui tollendo obſcurat vicini ædes, quibus non ſerviat, nullam actionem competere, nec novi operis nunciationem fieri, nec actionem ex cautione de damno infecto, quæ forte per vicinum, nunc altius ædificantem, ante fuerat interpoſita, exerceri poſſe Ulpianus tradat, *l. Proculus 26. ff. de damno infecto. l. cum eo 9. l. inter ſervitutes 15. in fine ff. de ſervit. praed. urban.* Neoſtadius *Cur. ſupr. deciſ. 98.* Idemque dicendum, ſi longo vel longiſſimo temporis ſpatio vicinus ad preces vicini ceſſaverit jure ſuo uti; cum precaria poſſeſſio ad ſtabilem ſervitutum acquiſitionem juſto ac ſufficiens non ſit. *l ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſer-*

ſi ſervit. vind. l. ſi aedes meae 32. ff. de ſervit. praed. urban. Hugo Grotius *manud. ad juriſprud. Holl. lib. 2. cap. 36. num. 6.* Sane, ſi vicinus altius exſtruere aut viridaria ponere tentaverit, operique cœpto vicinus alter, obſcurationem aliudve damnum metuens, interceſſerit operis novi nunciatione facta, atque inde toto tempore præſcriptionibus præfinito cœptum opus intermiſſum probetur, vix dubium, quin ex concurrente tali hominis facto ſervitus præſcriptione quæſita ſit. arg. *l. haec autem 6. ff. de ſervitut. praed. urban.* Neoſtadius *d. Curiae ſuprem. deciſ. 98.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 1. conſil. 199. in fine.*

6. Mores noſtros quod attinet, ut rerum immobilium, ita quoque ſervitutum præſcriptiones, non decennio aut vicennio, ſed tantum triente ſeculi adimpleri, vulgo receptum eſt; ſine ulla inter *continuas* & *diſcontinuas* diſtinctione. Grotius *d. lib. 2. cap. 36. num. 4. 5. 6.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 304.* Lambertus Goris *adverſar. tract. 3. part. 1. cap. 9. num. 12.* Groenewegen *ad l. 1. 2. C. de ſervitut. & aqua.* Ant. Matthæus *paroem. JCtor. paroem. 9. num. 10.* Si quis tamen ſine ſervitutis conſtitutione quædam in ſuo vel alieno ſervitutem redolentia, ſciente vicino & operi non intercedente, ædificet; vel, cum eo ignorante opus perfectum eſſet, is deinde intra annum & diem non contradixerit ac deſtructionem petierit, variorum locorum ſtatutis & conſuetudinibus obtinuit, deſtructionem invito haud eſſe imperandam, ſed eum, qui exſtruxit, ad id quod intereſt vicino damnandum. Grotius *d. cap. 36. num. 7.* Groenewegen *ad d. l. 1. & 2. C. de ſervit. & aqua.* Argentræus *ad conſuet. Britan. art. 371.* Ant. Matthæus *d. paroem. 9. num. 19.* Adde Chriſtinæum *ad Leg. Mechlin. tit. 14. art. 45.*

7. Illud inſuper ſervitutibus commune eſt, quod *ſervitutum ſervitutes eſſe nequeant*, eo quod ſervitutes *neque ex bonis, neque extra bona* ſunt *l. 1. ff. de uſu & uſufr. legato.* Cujus legis ſententia a variis varie expoſita (vide D. Noodt *probabil. libr. 2. cap. 3.* Pinellum *ad l. 1. Cod. de bonis maternis part. 3. num. 6. & ſeqq.* Donellum *comment. jur. civil. libr. 3. cap. 5. fere in med.*) mea quidem opinione manifeſta erit, ſi conſideremus, eam non de ſervitutibus itineris actus viæ jam conſtitutis, ſed demum conſtituendis accipiendam eſſe; quod & obſervatum a Galvano *de uſufructu cap. 3. num. 5.* etſi alioquin de jam conſtitutis magis apertum ſit, earum jam con-

ſtitutarum uſumfructum aliamve ſervitutem eſſe non poſſe, ac ne ex benignitate quidem ſuſtineri. *l. cum eſſent 33. §. 1. in fin. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* Ait Paulus in d. l. 1. *nec uſus nec uſusfructus itineris, actus, viae, aquaeductus, legari poteſt, quia ſervitus ſervitutis eſſe non poteſt, nec erit utile ex Senatusconſulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis ſint, uſusfructus legari poſſit, quia id neque ex bonis neque extra bona ſit: ſed incerti actio erit cum herede, ut legatario quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem praeſtet: aut ea ſervitus conſtituatur ſub hac cautione, ut, ſi deceſſerit legatarius, vel capite diminutus ex magna cauſa fuerit, reſtituatur.* Quæ ſi de jam conſtitutis itineris actus viæ ſervitutibus, ac legato earundem uſufructu intelligas; explicandum fuerit, qua ratione uſusfructus earum utilitatem adferre queat legatario, prædii dominantis neque dominium habenti neque poſſeſſionem. Nam ut ad prædium ſuum proprium fructuarius harum ſervitutum iret, ageret, duceret, per prædium ſerviens, a ſervitutum ratione prorſus alienum eſt; nec prædii ſervientis dominus, qui non binis prædiis, ſed uni tantum ſervitutem conceſſit, pati teneretur, eam, quam indulſit, arbitrio ac voluntate domini prædii dominantis extendi ultra dominantis prædii utilitatem, *l. ergo 5. §. 1. l. 6. l. ex meo aquaeductu 24. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* maxime, ubi perpenderis, in materia ſervitutum id generaliter obſervatum fuiſſe, meliorem quidem vicini, ſervitutem patientis, conditionem fieri poſſe, deteriorem non poſſe. *l. ſervitutes 20. §. ſtillicidium 5. ff. de ſervit. praed. urban.* Contra vero, ſi de conſtituendis demum ſervitutibus Paulum interpretemur, ſatis apertus ſenſus erit, ſummo jure dominum ſuo prædio imponere per legatum non poſſe itineris actus viæ aquæductus ſervitutem, quæ uſusfructus haberet naturam, & morte legatarii extingueretur; eo quod ſervitutes ipſo jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem conſtitui poſſunt. *l. ſervitutes 4. ff. de ſervitutibus.* id autem fieret, ſi itineris & ſervitutum ſimilium uſusfructus legaretur. Quia tamen temporaria talis ſervitutum prædialium conſtitutio, ſummo jure reprobata, ex benignitate ſuſtentata fuit, ſic ut temporis aut conditionis adjectio doli exceptionem prædii ſervientis domino pariat adverſus prædii dominantis dominum, ultra tempus ac contra placita ſervitutes vindicantem, idque

ſecun-

ſecundum magis probatam a Papiniano Caſſii ac Sabini opinionem, *d. l. 4. ff. de ſervitut.* hinc etiam in d. l. 1. Paulus ſubjunxit, defendi oportere legatario, ſervitutis exercitium; adeoque *incerti actionem eſſe cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem praeſtet; aut ea ſervitus conſtituatur ſub hac cautione, ut, ſi deceſſerit legatarius vel capite diminutus ex magna cauſa fuerit, reſtituatur.* Quæ verba poſteriora etiam ſatis abundeque evincunt, non de conſtituta, ſed demum ex teſtatoris elogio per heredem *conſtituenda* vel *praeſtanda* itineris actus aquæductus ſervitute totam d. legis primæ diſputationem conſtare. Ac proinde, ut verbo dicam, tota principalis deciſio, quæ eſt in d. l. 1. coincidit prorſus, cum deciſione d. l. 4. ff. de ſervitutibus, utcunque verbis plane diſcrepantibus propoſita, dum utrobique re ipſa definitur, ſervitutes prædiales ſummo jure non poſſe ad tempus conſtitui; de facto tamen conſtitutas ex benignitate usque ad tempus adjectum, non ultra, defendi. De cætero argumentum ex ſenatusconſulto, *quo cavebatur, ut omnium, quae in bonis ſint, uſusfructus legari poſſit*, duci non potuiſſe pro eo, quod ſummo jure legatus itineris actusve uſusfructus valeret, Paulus in med. d. legis primæ ea docet ratione, quia nempe ſervitutes tales *neque ex bonis neque extra bona ſunt.* Etenim, cum necdum conſtitutæ eſſent, adeoque necdum natæ, necdum uſpiam apparentes, necdum ullius prædii qualitates, etiam *in bonis* ſeu *ex bonis*, ſeu inter bona domini prædii dominantis aut ſervientis numerari nullo modo poterant, ſed magis ut merum *non ens* veniebant conſiderandæ. Quæ tamen eædem, quia rerum aliarum futurarum exemplo ſperari poterant, & ex domini voluntate produci ac naſci, merito dicebantur *extra bona non eſſe;* quippe quod de iis non recte aſſerueris, quæ & vendi & legari & donari poſſunt, &, (ut verbo dicam) ea ratione commerciis hominum non prorſus exemta intelliguntur. Atque hunc verum d. legis intellectum puto, maxime, cum animadverto, in aliis quoque juris noſtri partibus difficultates circa Jurisconſultorum reſponſa ſubinde non aliter ſuperari poſſe, quam ſi de ſervitutibus non conſtitutis ſed conſtituendis ea interpretemur: uti id de habitatione jam a me demonſtratum *tit. de uſu & habit.* ac in quæſtione, utrum ſervitutes prædiales pignori dari poſſint hic ſubnectenda, ſimiliter pateſcet.

8. Neque enim unquam dubitandum cenſui, quin ſervitutum urbanarum ac ruſticarum illud quoque commune fuerit, quod, licet utræque quidem jam conſtitutæ una cum prædiis, ut vendi et legari, ita quoque pignori dari potuerint, neutræ tamen ſeorſim ſine praediis ullam receperint pignorationem. Et quamvis Marcianus urbanarum tantum ſervitutum meminerit, dum ait, *jura praediorum urbanorum pignori dari non poſſunt; igitur nec convenire poſſunt, ut hypothecae ſint, l. ſi is, qui bona 11. §. ult. ff. de pignor. & hypoth.* ruſticarum tamen cum eadem ſit ratio, idem in iis quoque jus ſtatuendum eſt. Quod enim vinculum pignoris haud admittant, id inde eſt, qui tantum nudae praediorum qualitates ſunt, & nullum ſine praediis, quibus haerent, intellectum habent. *l. quid aliud 86. ff. de verbor. ſignif.* junct. *l. qui fundum 12. ff. quemadm. ſervit. amitt. §. ideo 3. Inſtit. de ſervitut. praedior.* nulli inſuper alteri, quam praedium dominans habenti, utiles eſſe poſſunt. *d. l. 5. §. 1. l. ex meo aquaeductu 24. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* non denique ſeorſim ſine praediis vendi. Ut proinde fruſtra foret creditor, ſi quandam ex earum pignore vel hypotheca ſperaret debiti ſecuritatem, diſtractione impedita. Quibus non adverſatur, quod ſervitutes jam conſtitutae poſſint alteri precario concedi, *l. quaeſitum eſt 8. ſi ſervitute 5. ff. de precario.* nec ulla diverſitatis ratio intercedat, quominus eodem etiam modo pignus admittant. Etenim, etſi non poſſit iri inficias, quin in d. l. 8. §. 5. de ſervitute jam conſtituta agatur, dum ea narratur ibidem amiſſa; quod in ea, quae demum conſtituenda foret, locum non invenit; tamen & illud viciſſim concedendum eſt, non illic ſolam ac ſeparatam ſervitutem praedialem ſine praedio, ſed una cum praedio dominante, tanquam acceſſoriam fuiſſe precario habitam; qualiter etiam pignori eam obligari poſſe ſupra monitum. Precario ſcilicet praedium quis rogaverat, & non utendo amiſerat debitam iſti praedio ſervitutem; ait Ulpianus, eum interdicto de precario teneri, ſi dolo fecerit. Vinnius *ſelect. quaeſt. libr. 1. cap. 32.* Adde Ant. Fabrum *conject. lib. 19. cap. 6.* Sed haec omnia non impediunt, quo minus utraeque, tum urbanae, tum ruſticae, necdum natae aut conſtitutae, creditori praedium vicinum habenti (non alteri) de novo concedantur, ac conſtituantur, *ut, quamdiu pecunia ſoluta non ſit, iis ſervitutibus creditor utatur*

tur, & ſi intra certum diem pecunia ſoluta non ſit, vendere eas vicino liceat, puta ſimul cum ipſo praedio dominante. *l. ſed an viae 12. ff. de pignor. & hypoth.* Quae tamen ita procedunt non ſummo jure, ſed praetoria tuitione; cum ipſo jure ſervitutes neque ex tempore neque ad tempus conſtitui potuerint. *l. ſervitutes 4. ff. de ſervitutibus.* Unde & in *d. l. 12. in fine* Paulus adnotavit, hanc ſententiam propter utilitatem contrahentium fuiſſe admittendam: eodem nempe modo, quo ſervitutes precario conſtitui potuiſſe obtinuit, arbitrio concedentis revocandas. *l. veluti 3. l. & habet 15. §. precario 2. ff. de precario.* Nec eſt, quod quis cum Ant. Fabro *conject. libr. 19. cap. 7.* & Vinnio *d. loco*, exiſtimet, in ruſticis ſolis ſervitutibus haec vera eſſe, in urbanis non item, quia in d. l. 12. tantum ruſticarum exempla Paulus recenſet; & quædam inter urbanas ac ruſticas dari poſſe videtur ratio diverſitatis. Contra enim, ſi certiora ſcrutemur principia, parem utrobique cauſam deprehendemus; cum neque minor in urbanis quam ruſticis utilitas, adeoque etiam ſecuritas ſit, quoties creditori prædium vicinum habenti conſtituuntur, per eundem exercendæ donec debitum exſolutum ſit, ac ob moram debitoris una cum prædio dominante diſtrahendæ; neque magis ruſticæ quam urbanæ ſeparationem a prædio, cui conſtitutæ, recipiant, aut conceſſionem tertio faciendam ultra prædii dominantis utilitatem; nulla denique ratio reddi poſſit, cur minus utræque in ſecuritatem crediti ad tempus conſtitui poſſent, quam precario concedi; nam in utriusque precarium admitti, extra dubium eſt. *l. veluti 3. l. & habet 15. §. precario 2. ff. de precario.* Et quamvis Ant. Faber *conject. libr. 19. cap. 7. num. 3.* contendat, perevidentem eſſe differentiam inter pignus & precarium, quod precario etiam concedi poſſint res, quæ venditionem non recipiunt, pignori obligari non aliæ, quam quæ diſtractionem patiuntur; illa tamen hoc caſu nullam mutationem affert, cum urbanæ æque ac ruſticæ ſervitutes una cum prædiis, quibus conſtitutæ, venditionem recipiant, ſine prædiis neutræ; adeoque quantum ad ſervitutes attinet, inter precarium & pignus necdum ulla diverſitas in hoc tertio eſt. Fruſtra quoque differentiæ rationem inter urbanas ruſticasque ſervitutes Vinnius *d. loco* in eo quærit, quod unum idemque prædium ruſticum eandem ſervitutem per eundem locum pluribus prædiis

præſtare poteſt; at unum idemque prædium urbanum uni tantum, & ei, cui ſervitus ab initio conſtituta eſt. Primo namque differentia illa ſi vera eſſet, nihil tamen ad præſentem conferret quæſtionem; eo quod ſecundum ante dicta ſervitutes tam urbanæ quam ruſticæ, velut jure pignoris conſtitutæ, non ſeorſim ſine prædio dominante, ſed tantum cum eo venduntur, debitore moram in ſolvendo committente; ut proinde parum referat, pluribus per locum eundem ſervitus eadem deberi poſſit, nec ne. Deinde perpetuam non eſſe eam inter urbanas ac ruſticas diverſitatem, in ſervitute altius non tollendi, luminibus aut proſpectui non officiendi, aliisque ſimilibus apparet; ut enim pluribus per eundem locum iter actum viam conſtitui poſſe, Paulus docet *l. qui per certum 15. ff. h. t.* ita quoque in urbanis id fieri poſſe, idem Paulus ibidem obſervat; convenientiam potius in eo tertio quam differentiam ponens: atque inſuper id conſtat ex *l. ſi aedes 32. ff. de ſervit. praed. urban.* junct. *l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. ff. ſi ſervit. vind.* Confer Galvanum in pluribus hic conſentientem *de uſufructu cap. 39. num. 10. 11. 12.* Caſtillo de Sotomay. *de uſufructu cap. 70. num. 32. & ſeqq.* Perezium *ad tit. C. quae res pign. oblig. num. 10.*

9. Individuis præterea rebus prædiales omnes ſervitutes adnumerandæ ſunt, ſic ut pro parte acquiri, conſtitui, aut adimi non poſſint. Unde nec ſociorum unus, altero invito, ſervitutem recte imponit prædio pro indiviſo communi, *l. unus 2. ff. de ſervitutibus l. unus ex ſociis 34. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* Quod ſi plures ſocii ſeparatim eidem fundo ſervitutem diverſis imponant temporibus, ſi quidem actu inter vivos id fiat, valida erit, ex quo noviſſimus pro ſua parte eandem ceſſerit, ceſſionibus ſuperioribus interim in ſuſpenſo hærentibus, donec noviſſima fuerint ceſſione firmatæ, usque adeo, ut, ſi unus eorum, qui prius ceſſerunt, aut mortuus fuerit, aut partem alienaverit, ante ceſſionem a noviſſimo factam, repetita heredis aut ſucceſſoris particularis ceſſio deſideretur. *l. per fundum 11. ff. de ſervit. praed. ruſtic. l. ult. ff. h. t.* Idemque eſt, ſi alter cedat, alter leget ſervitutem. *d. l. ult.* Si vero diverſis ſociorum duorum teſtamentis legata fit, non aliter ſubſiſtet, quam ſi ſimul utriusque ſocii hereditas adeatur: non enim, ſicut viventium, ita defunctorum actus ſuſpendi; receptum eſt. *d. l. ult. in fine ff. h. t.* Cui tamen nimiæ Romani juris ſubti-

ſubtilitati hodie non videtur locus relinquendus, ſed magis pro ſervitutis firmitate pronunciandum, etſi diverſis temporibus aditæ fuerint ſociorum hereditates, vel ante noviſſimam ceſſionem priorum cedentium jus morte vel alienatione in alio translatum: præſertim, cum aliis quoque juris civilis partibus permiſſum inveniatur, defunctorum actus ad tempus ſuſpendi. *l. uſusfructus 26. ff. de ſtipulat. ſervor.* Coſtalius & Groenewegen ad *d. l. ult. ff h. t.*

10. Vice verſa, nec ſociorum unus prædio communi ſervitutem acquirit ita, ut ſibi & ſocio, ſed tantum ut ſibi proſit, *l. ſi unus 19. ff. de ſerv. praed. ruſt. l. proprium 5. ff. h. t.* nec fructuarius prædio fructuario. *l. ſed, ſi quid 15. §. ult. ff. de uſufr. & quemad. quis utat.* Sed, cum hodierno jure non pro ſe tantum quisque, ſed & pro alio valide ſtipuletur, conſequens eſt, & ſocium communi, & extraneum alieno poſſe prædio ſervitutem adipiſci, teſte Groenewegio ad *d. l. 19.* Plane etiam heredem rei ſub conditione legatæ ſervitutem ſic acquirere potuiſſe placuit, ut, exiſtente legati conditione, una cum re legata ipſa quoque ſervitus acquiſita legatarium ſequatur, etſi jam tum ipſo ſervitutis acquiſitæ momento dominium ſperaretur ab herede receſſurum. *l. is, cui via 11. §. 1. ff. quemad. ſerv amitt.*

11. Superficiarios, emphyteutas, vaſallos, quod attinet, ſervitutem imponere hactenus poſſunt, ut ſibi, non ut domino directo noceant, & durante quidem utilis dominii jure ſervitutes ita impoſitas prætor tueatur, res autem libera ad dominum redeat, ubi legitimus extiterit emphyteuſios aut feudi extinguendi modus. *l. 1. §. ult. ff. de ſuperficiebus. libr. 2. feud. tit. 8.* verſu *rei.* Nec obſtat, quod ſuperficiarii fructuarii dicuntur, & ſuperficies ſervitus eſt. *l. 1. §. quia autem 6. ff. de ſuperficieb. l. ſi tibi homo 86. §. ult. ff. de legatis 1.* ſervitutis vero ſervitus eſſe nequit, *l. 1. ff. de uſu uſufr. legato.* latiori enim ſenſu tunc ſervitutis appellatio omne complectitur incommodum & qualequale rei onus.

12. Commune etiam utrique ſervitutum generi eſt, quod, qui eas habet ſibi conſtitutas, novum opus nunciare poſſit, ſi modo novum illud opus ſervituti directo contrarium ſit; veluti, ſi altius tollat, aut luminibus officiat, qui vicino conceſſerat altius non tollendi aut luminibus non officiendi jus, *l. inter ſervitutes 15. in fine ff. de ſervit. praed. urb. l. de pupillo 5. §. & belle 9. ff. de operis novi nunciat. l. unic. §. jus habet 3.*

ff. de remiſſion. ſic ut electio ei competat, utrum ſervitutem vindicare, an novi operis nunciatione jus ſuum tueri malit, arg. *d. ll.* junct. *l. ſi eo loco 9. ff. ſi ſervit. vind.* Quodſi non in univerſum opere novo impeditum reddatur ſervitutis exercitium, ceſſante operis novi nunciatione, ſola ſervitutis vindicatio domino prædii dominantis patet. Qua ratione eum, qui viam habet, ſi opus novum nunciaverit adverſus eum, qui in via ædificat, nihil agere, ſed ſervitutem vindicare non prohiberi, Julianus autor eſt, *l. qui viam 14. ff. de operis novi nunciat.* ſcilicet, quia per inædificationem, in ſpatio viæ aſſignato coeptam, non in totum eundi agendi poteſtas præcluſa eſt, dum omnes fundi totius glebæ ſervire incipiunt, ex quo dominus uſum loci adimit, per quem via primitus determinata fuerat, arg. *l. certo 13. §. ſi totus 1. ff. de ſervit. praed. ruſt.* & per ſervientis prædii dominum alia fundi parte aſſignari poteſt via, quam quæ ab initio fuerat ſervituti deſtinata, ut dictum *tit. praeced. 3. num. 8. in fine.* Confer *Reſponſa Juriſc. Holl. part. 1. conſil. 205.*

13. Adhæc illud obtinet, quod ſervitutes conſtitui nequeunt ultra prædii dominantis utilitatem; adeoque calcis coquendæ, cretæ vel arenæ fodiendæ, lapidis eximendi, ſimiliumque ſervitute conceſſa, non ultra effodere, eruere, cædere licebit, quam quatenus ad ædificandum in fundo dominante aut ad alium fundi ipſius uſum opus eſt. *l. ergo 5. §. 1. l. 6. pr. & §. 1. ff. de ſervit. praed ruſtic.* Et aquæ ductum habens, unde rurſus aquam alteri nequit prædio concedere, niſi id nominatim pacto præter ordinariam ſervitutum naturam actum ſit, *l. cum eſſent 33. §. 1. ff. de ſervit. praed. ruſtic. l. Labeo 2. ff. de rivis.* nec ad alium fundum proprium poſtea forte acquiſitum ducere: imo, ne ad aliam quidem ejusdem fundi partem, quam ad quam ſervitus ab initio acquiſita fuit, *l. ex meo aquaeductu 24. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* quod & ab Impp. ſignificari puto in *l. 12. C. de ſervit. & aqua*, dum illic *non modus praediorum, ſed ſervitus aquae ducendae terminum facere* dicitur; perinde enim id accipiendum, ac ſi reſcriptum fuiſſet, non pro magnitudine fundi qua late patet, & ad omnes ejus partes ſemper aquam duci poſſe, ſed videndum eſſe, quousque & ad quas fundi partes aquæ ducendæ ſervitus conſtituta ſit, ac inde, non vero ex ipſis agri finibus, determinari oportere, quis aquæductus conceſſi terminus & finis ſit. His interim

rim graviſſime Labeo adverſatur in *l. 1. §. illud Labeo 16. ff. de aqua quot. & aeſtiva.* ubi interdictum de aqua quot. & æſtiva tribuit ei, qui aquæductum habens ad ſuum fundum, poſtea etiam fundi emti nomine eandem aquam ducere vult, niſi ei nocitum ſit, ex quo aquam ducit. Sunt quibus placet, regulam quidem fuiſſe, ne ultra prædii dominantis utilitatem ſervitus operetur, ſed conſuetudine deinceps ab ea regula fuiſſe receſſum, & licuiſſe prædii dominantis domino aquam alteri concedere, ſi non noceretur prædio ſervienti; regulam eſſe in *d. l. 24.* & ſimilibus; de conſuetudine qua receſſum ab ea regula, accipi debere quæ in *d. l. 1. §. 16.* traduntur. Sed quominus huic conciliationi, prima fronte non improbabili, calculum adjiciam, facit, quod a *Pomponio* ſcriptum invenio, *Labeonis* fuiſſe ſententiam, *poſſe me cuilibet vicino ex aquaeductu meo commodare;* eam vero a *Proculo* (alioquin Labeonis ſucceſſore & ſectæ illius promotore præcipuo) fuiſſe reprobatam, *d. l. 24.* Sane enim, ſi Labeonem de uſu ac conſuetudine, jam tum contra regulam recepta, accipias; largiendum fuerit, uſum iſtum a Proculo ſucceſſore Labeonis, non potuiſſe probabiliter, nec debuiſſe ignorari, longeque minus adeo directo refelli Labeonis opinionem: perperam quoque tunc Pomponium ipſum, rejecta ſimpliciter Labeonis ſententia ſic uſu ſtabilita, laudaſſe eam, quæ Proculi erat, ut *veriorem*, *d. l. 24.* imprudenter denique imo contra veritatem tum Pomponium in *l. 2. ff. de rivis.* tum præcipue Africanum in *d. l. 33. §. 1. ff. de ſervit. praed. ruſt.* tradidiſſe, *niſi pactum aut ſtipulatio de hoc ſubſecuta ſit*, in ſervitute æquæductus conſtituenda, dominum prædii ſervientis per plurium prædia aquam ducentem, *non poſſe cuivis eorum, neque alii vicino hauſtum ex rivo cedere*, ſi id tunc ſine ulla pactione, vi conſuetudinis inductæ, licuiſſet, ac prætor æque ex uſu, atque ex ſpeciali pacto primæ ſervitutis conceſſioni oppoſito, ſolitus fuiſſet conceſſam alteri ex ſervitute jam conſtituta utilitatem tueri. Quibus omnibus illud accedit, quod nullam putem in jure noſtro facti ſpeciem exſtare, in qua quis ea, quæ jure ſervitutis ex alieno beneficio ſeu conceſſione habet, alteri rurſus tribueret, & ita alteri prodeſſet, citra expreſſam conventionem. Imo ne ſibi quidem quemquam regulariter prodeſſe poſſe faciendo aliquid in alieno, quod alteri non noceret & facienti prodeſſet, abunde evincit exceptio & caſus ſingularis a Paulo propoſitus in *l. in ſumma 2. §.*

item Varus 5. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae. Neque aliud ex *l. 1. §. ult. & l. 3. ff. de rivis.* probari potest, quam quod jurisconsulti alii paulo plenius, alii restrictius domino prædii dominantis jus tribuerint faciendi ea, quæ ad tuendam & promovendam constitutæ servitutis utilitatem videbantur spectare. Quæ cum ita sint, inter jus & factum distinctione adhibita potius legum superiorum conciliationem tentari posse existimaverim: scilicet, nullo quidem jure potuisse dominum prædii dominantis sine speciali conventione alteri vicino aquam concedere, aut aquam ad prædium, postea a se comparatum, ducere ex aqua, ad prædium dominans jure servitutis ducta, secundum veriorem Proculi sententiam; deque jure illo agere. *d. l. 24. & 33. §. 1. ff. de servit. praed. rust.* De facto tamen id aliquando, convenienter opinioni Labeonis, contigisse, ut aquæductum habens ad suum fundum, ductum inde rursus haustumve vicino largiretur, aut ipse ad aliam duceret prædii partem, vel fundum alium recenter emtum: tali autem ex facto nullum quidem acquisitum fuisse servitutis jus, nec confessoriam, quasi pro juris tuitione, cum effectu potuisse dari; sed interdictum, ne vis fiat aquam ducenti, nihilominus fuisse a prætore accommodatum ei, qui sic aquam de facto duxerat, etsi nullo jure; in quantum ad id, ut quis interdicto tali vincat, sufficiens est, vel uno die vel nocte una aquam, de qua agitur, non vi non clam non precario ab adversario ductam esse, licet servitus constituta non sit. *l. 1. pr.* junct. *§. quod autem 4. & §. sed etsi 10. ff. de aqua quot. et aestiva. l. ult. ff. de rivis.* Et ad hoc factum, non ad ipsum ducendi jus, recte dixeris Ulpianum in *d. l. 1. §. 16. ff. de aqua quot.* respexisse, dum Labeonis sententiam, in quæstione de ipso servitutis jure satis aperte alibi reprobatam, probat tamen in quæstione interdicti de aqua ducenda, quod non de jure, sed de facto disponebat, hactenus saltem, ut temporariam tribuerit ducendi faultatem ultra prædii dominantis utilitatem, donec de quæsitovel non quæsito ipso servitutis jure constaret. De facto certe, non de jure in interdictis quæri, ipse Ulpianus testis est, *l. de servitutibus 2. §. ult. ff. si servitus vindic.* & interdicta sæpe illis, qui jure carent, accommodata fuisse, evidenter docetur *d. l. 1. §. 10. ff. de aqua quot. & aestiva. l. sunt personae 43. ff. de religiosis. l. 1. §. hoc interdictum 9.* junct. *l. 3. §. si quis rivum 8. l. ult. ff. de rivis.* adeoque ab interdicto dato argumentum pro legitima juris

ris aut ſervitutis conſtitutione perperam peti, ac male concludi, eum, qui interdictum habet, jus quoque habere, in aperto eſt.

14. Illud difficilioris hujus diſputationis occaſione reſtat, ut, quæ Africani mens fuerit, paulo preſſius examinemus, quando ſuperiorem proponens exceptionem in *d. l. 33. §. 1. ff. de ſervitut. praed. ruſt.* ait; *pacto enim vel ſtipulatione intervenientibus & hoc concedi ſolet* (ut nempe prædii dominantis dominus per plurium prædia aquam ducens, poſſit eorum cuivis, aut alii vicino, hauſtum ex rivo cedere) *quamvis nullum praedium ipſum ſibi ſervire, neque ſervitutis fructus conſtitui poſſit.* Sunt enim, qui Africanum id velle opinantur, regulam quidem eſſe, quod res ſua nemini ſerviat, *l. uti frui 5. ff. ſi uſusfr. pet.* ab illa tamen regula receſſum quandoque fuiſſe, ac rem ſuam domino potuiſſe ſervire, cum ei, per cujus fundum aquam duco, permitto aquam haurire ex rivo illo, aut pecus ſuum ad rivum iſtum appellere aquatum. Rurſus, regulam quidem dictare, ſervitutis uſumfructum eſſe non poſſe, *l. 1. ff. de uſu & uſufr. legato.* verum tamen & hanc uſu non ita rigide fuiſſe ſervatam; ſed ex benignitate fructum ſervitutis conſtitui, dum is, qui aquæductum habet, ex ſuo fundo alteri vicino aquæ iſtius jam ductæ hauſtum largitur, quoties illa poteſtas in prima ſervitutis conſtitutione domino prædii dominantis indulta fuit. Verum, ut, quod res eſt, dicam, non facile perſuaſum habeo, Romanos ab illa regula tam naturali, qua res ſua nemini ſervit, voluiſſe ullatenus aut potuiſſe reſilire, cum ſemper in aliena re jure ſervitutis, in re propria jure dominii cuncta agi intelligerent, *d. l. 5. ff. ſi uſusfr. pet.* & omnia, quæ per prædii ſervientis dominos fiunt, ad illud potuerint reducere principium, quo cuilibet in ſuo facere, quod libet, licet, ex dominii jure, niſi lex aut jus alteri conſtitutum impedimento ſit. Ac proinde magis eſt, ut Africanum regulæ utriusque ſuperioris meminiſſe credam, quo ſignificaret, tali conventioni (qua domino prædii dominantis liceret alteri hauſtum ex aqua, quam ipſe ducebat, concedere) neutram regulam adverſari, neque ea ratione contingere, ut vel res ſua domino ſerviret, vel ſervitutis uſusfructus eſſet. Quod ut manifeſtius appareat, conſiderandum, rivum, per quem aqua jure ſervitutis ducitur, ejus eſſe, cujus eſt fundus, in quo rivus eſt; (cum non aliud rivus ſit, quam locus per longitudinem depreſſus,

ſus, per quem aqua defluit. *l. 1. §. ait ergo 2. ff. de rivis.* junct. *l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi quis aquaeduct. 32. ff. ad leg. Aquil.)* ſed & aquam ejus eſſe, in cujus eſt fundo, ſive eo naturaliter ſive opere manu facto perveniat, ſic ut aquam in ſuum delatam ſervare ſibi quisque in ſuo poſſit, etiam opere manu facto, ac impedire, ne profluat ulterius, niſi ſervitus ad id conſtituta eſſet, *l. ſi ibi 10. C. de ſervitut. & aqua.* ſive aquam pluviam in ſuo retineat, *l. 1. §. iidem ajunt 11. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* ſive puteum in ſuo fodiendo venas præſcindat aqueas, quibus ad vicini puteum aqua defertur, *l. fluminum 24. §. ult. ff. de damno infecto.* arg. *l. quotiens 15. ff. de ſervitut.* ſive denique primitus ipſe ſervitutis jure aquam in ſuum derivaſſe proponatur: quin enim eam quoque ſemel acquiſitam, deinceps dominii jure retinere poſſit, dubium non eſt; eodem modo, quo & cretam, & arenam, & lapides, & pedamenta vineis fulciendis, & alia ſimilia jure ſervitutis eruta, effoſſa, exciſa, atque ita quæſita, quisque deinceps ſibi habet ſibique tenet dominii jure. *l. ergo 5. §. 1. l. 6. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* Quibus poſitis, ſi ſervitutem aquæductus habens per plurium prædia, uni ex fundorum ſervientium dominis vi pacti ſuperius memorati permiſerit aquam haurire aut pecus appellere ad aquam jure ſervitutis per ſuum prædium verſus prædium dominans perfluentem; neque ſervitutis ſervitutem conſtituit, neque domino res ſua ſervit: cum enim ille, in cujus agro eſt rivus ac defluens per eundem aqua, jure dominium aquam, non jam alienam, ſed ſuam, ſuo in fundo exiſtentem, ducat, non impeditus hactenus jure ſuo uti ſua in re *l. 2. ff. de Rivis.* quaſi reſervata aut reſtituta ſibi ſui prædii libertate ad id, ut vel in præjudicium ejus, cui aquæductus acquiſitus eſt, aquam hauriendo minuere poſſit, & aquæductum extenuare; quis obſecro crediderit, eum, hæc jure dominii libertatisque naturalis agentem, ſervire ſibi, aut ſervitutis ſervitutem exercere? Contra, ſi jam aquam jure ſervitutis ductam, ad prædium dominans perveniſſe concipias: atque ita ejus factam eſſe, cujus eſt ipſum prædium dominans; dominum prædii dominantis vicino deinde concedentem hauſtum ductumve ex ea aqua, ne ſic quidem ſervitutis ſervitutem conſtituiſſe, dicendum eſt, ſed potius præter ordinariam ſervitutum prædialium naturam id effeciſſe, ut occaſione ſervitutis conſtitutæ utilitas alteri quoque quæratur. Concedit nempe vicino aquam, (hauſtu vel

ali-

aliter percipiendam) non jam amplius alienam, ſed ſuam, ſuum quippe ad fundum jam delatam; non ex aquæductu aquæductum, ſed ex ſua aqua propria proprioque fundo hauſtum, pecorisve ad aquam appulſum. Servitutem ſane ſervitutis conſtitui nullus recte aſſeruerit, ſi fructuarius perceptos jure ſervitutis fructus, atque ita pleniſſimo dominii jure ſuos effectos, vendat alteri, vel donet, aut leget, aut (quod præcipuum eſt) tanquam res fungibiles in quaſi uſumfructum rurſus concedat. Quod vero fructuario licet ex jure communi, fructus ſcilicet & commoda quæſita in alium transferre; id ipſum ſi is, qui aquæductum habet, ex ſpeciali pacto ſervitutis conſtitutioni appoſito faciat, puta, ex aqua jam ſua ſuoque fundo hauſtum vicino permittendo, nihilo magis ſervitutem ſervitutis conſtituere exiſtimandus eſt: ſed potius jure dominii novam ſuo prædio proprio ſervitutem impoſuiſſe: ſic ut prædium illud primæ quidem ſervitutis ſeu aquæductus intuitu dominans ſit; ſerviens vero ratione hauſtus, aut appulſus pecorum, vicino tributi.

15. Cæterum, uti ultra prædii dominantis utilitatem ſervitus irregulariter non conſtituitur, ita ex adverſo nec talis recte conceditur, quæ neque de præſenti neque de futuro ullam prædio dominanti adferret utilitatem. *l. quotiens 15. ff. de ſervitutibus.* Cui conſequens eſt, ſolius amœnitatis gratia reales non poſſe ſervitutes indulgeri; præſertim, cum conſtet, amœnitatem non ad res, ſed perſonas, referri. arg. *l. competit. 16. §. 1. ff. quod vi aut clam.* Unde & Paulus JCtus, cum in ſervitute *uſ pomum decerpere*, vel *ut ſpatiari*, vel *ut coenare in alieno liceat*, nullam inveniret utilitatem, quæ tribui prædio poſſet, ſed ſolam perſonæ voluptatem, merito in *l. 8. ff. de ſervitutibus*, talem ſervitutem imponi poſſe negavit; de reali non perſonali intelligendus, juxta tituli ipſius inſcriptionem, in quantum prædiales per excellentiam *ſervitutes* ſimpliciter appellari, ante in *tit. 1. de ſervitutibus* obſervatum eſt. Et quamvis verum ſit, non modo ad irrigandum agrum, ſed & amœnitatis cauſa, vel ad uſum atque commodum hominum, aquam duci poſſe. *l. 1. §. illud quaeritur 11. l. hoc jure 3. ff. de aqua quot. & aeſtiva.* non tamen inde ſequitur, ſolius amœnitatis cauſa realem hanc ſervitutem induci. Ne autem cum umbra hac in quæſtione luctemur, in ſervitute prædiali poſſe cum utilitate, prædio dominanti accedente, concur-

currere etiam perſonarum utilitatem ac voluptatem, nemo dubitaverit, niſi qui vulgatiſſimam ignorat proſpectus & ne proſpectui officiatur ſervitutem; aut non didicit, prædia ipſa ſæpe principaliter in hominum amœniatem exſtructa eſſe ac comparata, prætoria voluptati *tantum* inſervire. *l. urbana praedia 198. ff. de verb. ſignif.* prædia eſſe voluptuaria, viridaria vel geſtationes vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habentia. *l. ſi cujus rei 13. §. fructuarius 4. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* Adde *l. lines & labra 15. ff. de action. emti.* porticus denique ambulatorias Romanis usque adeo in uſu fuiſſe, ut & ceſſio ſervitutis probata fuerit, qua mihi permitteretur in parietem vicini tigna immittere, ſupraque ea tigna porticum ambulatoriam facere, ſuperque eum parietem columnas ſtructiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ ſuſtineant. *l. ſicut 8. §. competit. 1. ff. ſi ſervit. vind.* Id unum plures nobiſcum cenſuerunt negandum, ſolius amœnitatis ergo prædiales poſſe ſervitutes imponi; & immerito prædiorum ſervitutem appellari, quæ præter voluptatem, perſonas ſolas reſpicientem, nullam inſuper haberet ad ipſum prædium referendam utilitatem. Neque ſolam in ſervitute proſpectus, & ne proſpectui officiatur, amœnitatem, ſed & utilitatem prædialem reperiri, facile animadvertet, quisquis conſideraverit, eam potiſſimum in id comparatam eſſe, ut non per ſuperiora tantum, ſed & per inferiora lumen liberius in cœnaculam intrare queat; nec aliud eſſe proſpectus jus, quam lumen liberius per feneſtras inferiores hauriendum; adeoque non aliter diſtare has a ſe invicem, quam ut majus ac minus; eumque qui ſervitutem habet, ne proſpectui officiatur, habere ſimul eam, qua luminibus officiendum non eſt, inſuperque præter luminis utilitatem etiam proſpectus amœnitatem, quæ ex inferiore tantum loco conſtituendam proſpectus ſervitutem ſponte ſua comitatur, idque ad diſtinctionem luminis ex inferiore loco non conſtituendi, ideoque nec habentis proſpiciendi libertatem. *l. inter ſervitutes 15. & 16. ff. de ſervit. praed. urban.* Et ſane, ſi in *d. l. 8. ff. de ſervitut.* regulam a Paulo traditam dicas, ſed quæ uſu mutata, aut certe mitigata eſt, ac de uſu illo contra regulam recepto agere Pomponium & Ulpianum in *d. l. 1. §. 11. & l. 3. ff. de aqua quot. & æſtiva* neceſſe fuerit, ut fatearis, perperam & inepte Paulum feciſſe, quod regulam juris veteris

ris, usu contrario jam abrogatam, tradidisset, nec mutationi aut mitigationis ullam feciſſet mentionem, atque ita lectorem incautum in errorem deduxiſſet; cum tamen & Pomponius Paulo longe antiquior, & Ulpianus eidem Paulo coætaneus, jam istius mutationis ac mitigationis meminiſſent, (uti volunt diſſentientes) in *d. l.* 1. §. 11. *et d. l.* 3. Quale ineptiæ vitium ne de Paulo, Jurisconsulto accuratiſſimo, aut præsumamus, aut admittamus, satius erit, si amœnitatis quidem gratia aquam duci posse concedamus, sed neque Pomponium neque Ulpianum in *d. ll.* asseruisse, realem propterea servitutem esse. Quin potius, uti impensæ, natura sua voluptuariæ, incipiunt utilibus adnumerari, quoties in res promercales seu venales factæ sunt, in quantum augent pretium rerum promercalium, ob impendia talia pluris distrahendarum, licet non ideo desinant emtoribus aliisque voluptatem præstare & amœnitatem; *l. quod si hae res* 10. *ff. de impens. in rem dot. factis.* ita quoque, si quæ prædio concedantur jura, etiam voluptatem domino prædii & aliis allatura, (veluti, jus aquæ ducendæ, non agri irrigandi causa, sed ad fontes salientes, ad gratos leni murmure cadentium aquarum lusus, ad balnea, & quæ plura sunt his similia) non alia de causa prædiales servitutes erunt, quam quia inde surgit pretium prædii, quod forte voluptati tantum deserviturum est, quo fit, ut quod hominum intuitu ad amœnitatem pertinet, prædii tamen respectu comprehendat utilitatem, & ut tale, realibus debeat servitutibus accenseri. Confer, si libet, acerrime pro servitut ibus realibus solius amœnitatis gratia constituendis disputantem Galvanum *de usufructuar. cap. 32. n. 4. & eqq.*

16. Præter hæc, illa quoque prædialium servitutum convenientia est, quod plures diversæ prædiorum diversorum dominis eodem in loco vel per locum eundem constitui possint, si modo priori per posteriorem non fiat præjudicium. *l. qui per certum* 15. *ff. h. t. l. si aedes* 32. *ff. de servit. praed. urban. l. Lucio* 4. *ff. de aqua quot. & aestiva.* junct. *l. supra* 11. *ff. de aqua & aquae pluv. arcendae. l. per quem locum* 14. *ff. de servit. praed. rustic.* Ac servitute concessa simul concessa censeantur omnia, sine quibus servitus exerceri nequit. Quo modo haustu aquæ dato, iter quoque ad puteum datum intelligitur. *l. item sic possunt.* 3. §. *ult. ff. de servitut. praed. rustic.* Et, si mihi per aream tuam in domum meam ire agere cesseris, nec ex plano aditus ad domum meam per

aream

aream tuam ſit, dum domo mea altior area tua eſt, vel gradus vel clivos propius januam meam jure facere poſſum; dum ne quid ultra, quam quod neceſſe eſt, itineris cauſa demoliar. *l. ſervitutes 20. §. ſi domo 1. ff. de ſervit. praed. urb.* Is quoque, qui aquæ ducendæ jus habet, vel fiſtulam in rivo ponere, vel aliud quidlibet facere poteſt, quo aquam latius excipiat, modo ne domino vel rivalibus aquagium deterius efficiat. *l. hoc jure 3. §. pen. ff. de aqua quot. & aeſtiva. l. Quintus 15. ff. de ſervitut. praed. ruſt. l. qui fundum 40. §. in lege 1. ff. de contrah. emt.* Nec minus, itinere legato, qua niſi opere facto iri non poſſit, licere fodiendo ſubſtruendo iter facere, Proculus ait *l. ſi iter 10. ff. de ſervitutibus.* quin & viam ſternere liberum eſt, (non tamen ſilice aut ponte, niſi id actum ſit. *l. ſupra 11. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae. l. loci 4. §. ſi quis 5. ff. ſi ſervit. vind.*) ac arboris impendentis, & viam aut iter invium ac inhabile reddentis, remotionem poſtulare, *l. loci 4. §. ſi quis mihi 5. ff. ſi ſervit. vind.* denique nec dubium, quin itineris actus viæ rivi ſimiliumque purgatio atque refectio (quin & depreſſio vel allevatio, ſi non aliud actum) domino prædii dominantis permittenda ſit; usque adeo, ut refectionis gratia accedendi etiam ad ea loca, quæ non ſerviant, ipſi fabrisque ejus, qua proxime poſſit, facultas competat. *l. refectionis 11. pr. & §. 1. ff. h. t.* Adde *l. 1. §. ult. l. 3. ff. de rivis.*

17. Adhæc omnibus in ſervitutibus (excepta ea, quæ eſt oneris ferendi, & altius tollendi, ſecundum alibi dicta) id obtinet, quod prædii ſervientis dominus nihil ipſe facere teneatur, ſed tantum pati aut non agere. *l. quotiens 15. §. 1. ff. de ſervitutibus.* Quodque omnes cauſam debeant habere perpetuam. *l. foramen 28. in med. ff. de ſervitut. praed. urban.* Unde, licet jus navigandi conſtitui poſſit per lacum perpetuum, *l. via conſtitui 23. §. ſi lacus 1. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* tamen neque ex lacu neque ex ſtagno concedi aquæductus poteſt: ſed nec valere ſummo jure ſervitus foraminis in imo pariete conclavis vel triclinii, quod eſſet proluendi pavimenti cauſa, ſi in eum locum nihil aquæ ex cœlo veniat, *d. l. foramen 28. in pr. & in fine ff. de ſervitut. praed. urban.* nec aquæ ex caſtello ducendæ, quæ prius eo per rotam attollenda fuerat. Sed cum ab Antonino reſcriptum fuerit, tuendum ex benignitate eſſe, qui emtione vel alio legitimo modo ſibi hoc jus compara-

paravit, etſi jure ſervitus non valeat, *l. d. aquâ 2. ff. h. t.* etiam ratio nulla eſt, quo minus proluendi pavimenti cauſa jus foraminis in imo triclinii pariete conceſſum ſimilem mereretur tuitionem; noſtris præſertim moribus, quibus non, uti apud Romanos, ſpongiis pavimenta exterguntur, juxta *l. quaeſitum 12. §. item perticae 22. ff. de inſtruct. vel inſtrum. legato.* ſed majore aquæ copia atque proluvie, pluvialem ſæpe ſuperante, expurgari ſolent mundirique. Groenewegen *ad d. l. 28. ff. de ſervit. praed. urban.* Etſi vero jus Romanum cauſam regulariter perpetuam deſideret, non tamen ita uſum continuum aut poſſeſſionem; cum plures ſervitutes ſint, veluti iter, actus, via, quæ ſui natura intermiſſionem habent, certa continuaque carentes poſſeſſione, *l. cum uſusfructus 13. ff. de uſu & uſufr. legato. l. ſervitutes praediorum 14. ff. de ſervitutibus.* atque inſuper his & aliis modus adjici poſſit, quo poſſeſſio interrumpatur, & uſus earum temporibus ſecernatur ac ſtatis dierum horarumve intervallis. *l. ſervitutes 4. §. ult. l. 5. §. 1. ff. de ſervitutibus. l. ſi ſic conſtituta 7. l. ſi communem 10. §. 1. ff. quemadmodum ſervitut. amit. l. cum conſtet 5. pr. & §. 1. ff. de aqua quot. & aeſtiva.*

18. Omnes quoque ſervitutes, licet neque ad tempus neque ad certam usque conditionem conſtitui ipſo jure poſſint, tamen, ſi dies aut conditio adjecta fuerit, doli vel pacti exceptione occurri poſſe contra placita ſervitutem vindicanti, admiſſum fuit, *l. ſervitutes 4. ff. de ſervitutibus.* qua ratione precario etiam concedi poſſe ſervitutes tum ruſticas tum urbanas, Pomponius & Gujas docent *l. ait praetor 2. §. ult. l. 3. l. & habet 15. §. precario 2. ff. de precario.* utcunque tunc propria deſtituantur ſervitutum natura. arg. *l. pen. ff. h. t.* Sed cum ea precarii conditio ſit, ut ad libitum concedentis revocari queat, *l. 1. pr. & §. 2. l. 2. §. 2. ff. de precario.* non æque expeditum eſt, utrum promiſcue in precaria ſervitutum conceſſione hæc pro arbitrio revocandi poteſtas concedenti permittenda ſit? Non displicet, inſpiciendum eſſe, utrum id, quod precario conceſſum eſt, ſui natura temporale ſit, aut ſine notabili precario tenentis diſpendio poſſit ulterior ejus impediri uſus; an ex adverſo perpetuum, ac tale, quod non niſi cum grandiore incommodo & graviore impendiorum factorum jactura revocandum eſſet. Illo quidem caſu vix eſt, ut non liberrimam concedenti aſſeramus revocandi poteſtatem, ſecundum vulga-

tam precarii proprietatem : quod in itinere, actu, via, aquæ hauſtu, pecoris ad aquam appulſu, ſimilibusque actu tranſeunte conſtantibus, plerumque non magnum prærequirentibus apparatum aut ſumtum, locum habet. At hoc caſu contra dicendum fuerit, non aliter admitti oportere ſervitutis precario conceſſæ revocationem, quam ſi nova emerſerit & judicis arbitrio ſufficiens revocandi cauſa; prout id in tigni immittendi projiciendi ac protegendi ſervitute, aut conceſſa in alieno fundo ædificandi poteſtate, & id genus aliis, uſus perpetui cauſa fieri & exſtrui ſolitis, nec ſine detrimento graviore deſtruendis deponendisve, contingit: neque enim videri poſſet dolo carere, quisquis vicinum precarii fiducia exſtruentem poſt plura impendia depellere feſtinat, atque ita beneficium precarii ac liberalitatem, in vicini compendium conceſſam, in ejus ſtudet diſpendium ac læſionem detorquere, contra *l. quod favore 6. C. de legibus.* cum tamen dolum non a precario minus, quam cæteris a negotiis exulare fas ſit. Confertque huc apprime id, quod de commodato ſine temporis adjectione conceſſo, iterum non ſtatim aut intempeſtive, ſed demum poſt uſum arbitrio judicis ſufficientem, repetendo Paulus tradidit, addens, adjuvari nos, non decipi, beneficio oportere, *l. in commodato 17. §. ſicut 3. ff. commodati.* Ut proinde hic confugere liceat ad illud ejusdem Pauli juriſconſulti; hæc nempe æquitatem ſuggerere, etſi jure deficiamur, *l. in ſumma 2. §. item Varus 5. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* Confer Cæpollam *de ſervitut. praedior. urban. cap. 79. n. 6.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 6.*

19. Commune denique illud eſt, quod in omni ſervitute prædiali dominans & ſerviens prædium ſibi invicem vicina eſſe debeant; *l. ergo 5. §. 1. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* quæ tamen vicinitas non tam ex contiguitate, quam potius ex utilitatis præſtatione, & ſerviendi habilitate æſtimanda eſt. Quamvis enim in eo inter urbanas ruſticasque ſervitutes differentia ſit, quod plerumque in ruſticis impediat ſervitutem prædium medium, quod non ſervit, *l. qui ſella 7. §. 1. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* in urbanis non item, dum ſervitus ne luminibus, ne proſpectui officiatur, neve altius tollatur, a remotiore prædio deberi poteſt, medii prædii libertate intacta, ſi modo non tantum diſtent a ſe invicem, ut proſpici non poſſent. *l. loci 4. §. ult. l. 5. l. 6. ff. ſi ſervit. vindic. l. ſi aedes meae 38. & 39. ff. de*

ſervit

ſervit. praed. urban. tamen quin in ruſticis etiam prædia remotiora ſervire queant, dubitare non oportet, ſi modo intermedia quoque eandem præſtent ſervitutem. Qua ratione per contigua plurium prædia aquam recte duci, per plures plurium fundos unum idemque itineris actus viæ jus conſtitui, nec hauſtum via publica aut loco publico interveniente impediri, in uſu fuit. *l. una eſt via 18. l. cum eſſent 33. §. 1. ff. de ſervitut praed. ruſtic.*

TITVLVS V.

SI SERVITVS VINDICETVR VEL AD ALIVM PERTINERE NEGETVR.

SVMMARIA.

1. *Quibus detur actio confeſſoria pro realibus ſervitutibus, tum directa, tum utilis? An & fructuario pro ſervitutibus prædio fructuario debitis?*
2. *Contra quos detur?*
3. *Ad quid tendat? etiam ad reponenda in priſtinum ſtatum illa omnia, quæ in præjudicium ſervitutis facta, exſtructa, deſtructa ſunt.*
4. *Ceſſat, ſi dominus prædii ſervientis quid fecerit in præjudicium ſervitutis, vicino conſentiente; vel ſi prædii intermedii liberi dominus jure ſuo ea fecerit, quæ ſervituti obſunt.*
5. *Quid ſit negatoria? quibus & contra quos detur, ac quibus in caſibus & ad quid? ubi & de canalibus fiſtulisque aqueis ruptis, ſterculino prope parietem alterius habito, & humectante, deque pariete ultra ſemipedem inclinato ſupra aream vicini, & onere refectionis.*
6. *Quædam actiones re ipſa ſunt confeſſoriæ & negatoriæ, quædam ſola verborum conceptione.*
7. *De formulis actionis confeſſoriæ & negatoriæ ex uſu fori.*

Quemadmodum in perſonalibus, ita & realibus in ſervitutibus, actioni confeſſoriæ & negatoriæ locus eſt. Confeſſoria directa quidem prædii dominantis domino datur, *l. 1. 2. ff. h. t.* etiam ſocio, quoties prædium commune ſervit prædio alterius ſocii proprio, aut proprium ſervit prædio communi. *l. ſi communi 27. ff. de ſervit. praed. ruſtic. l. ſi quis aedes 30. §. 1. ff. de ſervit. praed. urban. l. ut pomum 8. §. 1. ff. de ſervitutibus.*

bus. utilis vero creditori hypothecam habenti, emphyteutæ, ſuperficiario, vaſallo. *l. ei, qui 16. ff. de ſervitutibus. l. 1. §. ult. ff. de ſuperficiebus. l. 1. §. ult. ff. de remiſſionibus. lib. 2. feud. tit. 8.* verſu *rei autem.* illis inſuper, quibus ſervitus talis conſtituta fuit, quæ ſummo jure civili non ſubſiſtebat, ſed jure prætorio ſuſtentata fuit. arg. *l. de aqua 2. ff. commun. praedior. l. ſervitutes 4. ff. de ſervitutibus.* Adhæc vindicantibus jurisdictionem, regalia recenſita in *lib. 2. feud. tit. 56.* jus patronatus, & ſimilia, poſtquam hæc ſecundum tempora poſteriora & mores hodiernos cœperunt eſſe patrimonialia privatorum aut Principum. Præterea dominis prædiorum ſuperiorum, quo inferiora prædia aquam naturaliter defluentem recipiant, ſi ſcilicet talis ſervitus lege vel more regionis firmata ſit. *l. 1. §. ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* Non item fructuario, niſi per conſequentiam, dum impeditus exercere ſervitutem fructuario prædio conſtitutam, ipſum uſumfructum vindicat, quaſi impeditus uti frui. *l. 1. l. uti frui 5. §. utrum 1. ff. ſi uſusfr. petetur.* interdicto tamen de itinere actuque privato, ſi hoc anno uſus eſt, experiri poſſe fructuarium receptum fuit; eo quod in confeſſoria quidem de jure, in interdicto autem de facto quæritur. *l. de ſervitutibus 2. §. ult. ff. h. t.* Quin imo, cum fructuarius poſſit alteri, novum opus in prædii fructuarii præjudicium facienti, novum opus nunciare non ſuo quidem, ſed procuratorio nomine, *l. 1. §. ult. ff. de operis novi nunciatione.* etiam procuratorio nomine eum poſſe ſervitutes a tertio vindicare, obtinuit: quod vult Ulpianus, cum ait, *fructuario vindicandarum ſervitutum jus eſſe, ſecundum quod opus novum nunciare poteſt vicino*; id eſt, eodem modo, quo & opus novum nunciare poteſt, *l. unic. §. item Juliano 4. ff. de remiſſion.* Unde & in d. §. 4. ſubjungitur, fructuarium domino ipſi rei fructuariæ novum opus nunciare non poſſe, nec contra ipſum dominum agere, jus ei non eſſe, invito ſe, altius ædificare; ſed, ſi hoc facto uſusfructus deterior fiat, ipſum uſumfructum petere debere. Scilicet, cum vicino opus novum nunciat, aut a vicino ſervitutem vindicat, proprietarium repræſentare, adeoque procuratorio nomine hæc agere poteſt; at ut contra ipſum proprietarium agat, aut proprietario novum opus nunciet, proprietarii ipſius nomine ac velut procurator ejus, contradictorium eſt. Adde Galvanum *de uſufr. cap. 36. 37.* Caſtill. Sotomay. *de uſufructu cap. 7. n. 20.* Si plures ſint unius prædii dominantis domini, in ſolidum ſingulis

gulis hæc actio competit; cum servitutes individuæ sint, adeo ut etiam uno agente, is non sibi tantum, sed & omnibus cæteris vincat aut vincatur, in quantum de ipso experitur servitutis jure; nam quatenus in æstimatione venit id quod interest, non quanti reliquorum sed solummodo quanti sua interest, consequetur; eo quod dividua est præstatio ejus quod interest. *l. loci 4. §. si fundus 3. l. etsi forte 6. §. si aedes 4. ff. h. t.* arg. *l. supra 11. §. quod si 4. ff. de aqua et aquae pluv. arcendae.* Si tamen unus in solidum de servitute agens, sua culpa succubuerit, non est æquum, hoc cæteris damno esse. *l. si de communi 19. ff. h. t.*

2. Datur contra quemvis in servitute impedientem. *l. si quis diuturno 10. §. 1. ff. h. t. l. 1. §. competit. 25. ff. de aqua quotid. & aestiva.* nisi agatur de servitute oneris ferendi, in qua id singulare, quod contra solum dominum detur. *l. & si forte 6. § haec autem 3. ff. h. t. l. 1. §. 1. ff. de servit. praed. urban.* Nec interest, utrum directo quis impediat, an per consequentiam, dum non patitur viam refici vel sterni, aliaque fieri, quæ juris interpretatione concessa censentur, servitute constituta. *l. loci 4. §. si quis mihi 5. ff. h. t.* Præcipue vero contra prædii servientis dominum datur: &, si plures sint, contra singulos in solidum; quia divisionem hæc res non recipit, *d. l. loci 4. §. sed & si 4. ff. h. t.* sic ut reus solidum præstare teneatur, sive de ipsius servitutis præstatione, sive de præstando eo quod interest seu æstimatione quæstio sit; quia in omnem eventum actoris in solidum interest non prohiberi, *d. l. 4. §. 4. ff. h. t.* junct. *l. stipulationum 2. §. 1. 2. ff. de verb. obligat.* excepta servitute oneris ferendi, quantum ad onus seu impensam refectionis. *l. etsi forte 6. §. si aedes 4. in fine ff. h. t.*

3. Tendit hæc actio ad id, ut liber relinquatur constitutæ servitutis usus, ac cautio de non turbando in futurum interponatur; jurejurando in litem a judice actori deferendo, si reus cavere recuset. *l. harum actionum 7. ff. h. t.* Præstentur etiam fructus; quo *fructuum* nomine in hac materia continetur id quod interest, servitute non prohiberi, (cum in servitutibus prædialibus fructus non sint, proprie sic dicti) adeoque commodum omne, quod prædii dominantis domino abest, damnumque quod sensit, ob impeditam servitutem. *l. loci 4. §. in confessoria 2. l. & si forte 6. §. pen. ff. h. t.* junct. *l. si commissa 13. ff. ratam rem haberi.* Reficiatur insuper

columna vel paries in oneris ferendi servitute, secundum modum in servitutis impositione dictum, *d. l. 6. §. modus 5. l. 7. l. 8. §. distant 2. ff. h. t.* aut altius tollatur paries in servitute illa, qua vicinus cogitur parietem ad certam altitudinem elevatum habere (de quo dictum *tit. 2.*) arg. *l. si arborem 17. §. interdum 2. ff. de servit. praed. urban.* denique removeantur aut in pristinum restituantur statum omnia illa, quæ ita implantata vel ædificata aut destructa sunt in prædio serviente, ut viam inviam, iter inhabile faciant, aut alio quocunque modo deteriorem reddant impositæ servitutis usum, *l. loci 4. §. si quis mihi 5. ff. h. t. l. supra 11. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae. l. si quid 5. l. si in aedibus 9. C. de servit. & aqua.* non modo, si prohibente vicino ædificata aut facta sint, sed &, si eum consensisse non probetur. *l. luminum 4. l. invitum 5. ff. de servit. praed. urban.* Qua ratione, cum ædibus pupilli vel minoris esset debita servitus ne luminibus officiatur a prædio tutoris aut curatoris, & is durante administratione altius suas ædes extollendo pupillaribus offeciisset luminibus, adeoque per injuriam id ipse commisisset, quod alium facientem necesse habebat ex officio prohibere, data minori actio fuit, ut, quod non jure factum erat, tollatur. *l. altius 15. ff. h. t.*

4. Cessat tamen hæc actio, si dominantis prædii dominus consenserit in id, quod in servitutis præjudicium exstructum est. arg. *d. l. 5. ff. de servit. praed. urb.* ut &, si dominus prædii remotioris servitutem altius non tollendi debens, cum prædium intermedium liberum esset, altius exstruxerit postquam jam prædii intermedii liberi dominus jure suo altius exstruxerat; cum eo modo nihil ipse prædii servientis dominus videri possit feciisse contra servitutem constitutam, quippe jam a domino intermedio jure impeditam. Ut tamen renascatur hæc actio, ædibus mediis intra præfinitum servitutibus amittendis tempus depositis vel depressis. *l. loci 4. §. ult. l. 5. l. 6. pr. ff. h. t.*

5. Negatoria actio, quæ etiam *contraria* dicitur, *l. sicut 8. ff. h. t.* domino accommodatur prædii sui libertatem asserenti; contra eum, qui servitutem usurpare vult; etiam socium, si forte paries communis opere per socium facto in alterius socii ædes se inclinaverit, ac ædium dominus agere velit, *jus socio non esse parietem ita inclinatum habere l. si cum*

meus 14. §. 1. ff. h. t. arg. *l. si tertius 6. §. inde quaeritur 2. l. supra 11. §. si ex privato 5. ff. de aqua & aquae pluv. arc.* Tendit autem generaliter ad id, ut prædium declaretur liberum ab onere istius servitutis, sive prædium nullo modo serviat, sive servitutem quidem debeat, sed non eam, quæ usurpatur; vel non prædio tali, cujus nomine usurpatio sit; cum sufficiat, quod, quantum ad eum pertinet, cum quo ago, liberas ædes habeam, ut ait Paulus JCtus *l. loci 4. §. competit. 7. ff. h. t.* sive non eo modo debeatur, quo vicinus eam nunc exercere vult, dum forte plura vult tigna immittere, quam prædii servientis dominus ab initio permisit, aut aliter modum adjectum excedere. arg, *l. servitutes 4. §. 1. ff. de servit. l. is, cui 11. ff. quemadmod. servit. amitt. l. si, cum meus 14. ff. h. t.* Adde *tit. de serv. praed. urban. num. 5.* sive etiam ab alio prædio vere debita, nocere incipiat prædio alteri, quod servituti obnoxium non est: adeo ut, si fistulas, quibus aquam duco, in via publica aut fundo alieno habeam, & hæ ruptæ inundent parietem tuum, recte mecum agere possis, *jus mihi non esse, flumina ex meo in tuum parietem fluere. l. fistulas 13. ff. h. t.* Cui non absimile est, si vicinus meus sterculinum fecerit, aut balneum, secundum, seu prope meum parietem, ex quo paries meus madescebat, *l. si quando 17. §. ult. ff. h. t. l. fistulam 19. ff. de servit. praed. urban.* vel paries vicini inclinatus, supra meam aream promineat ad latitudinem dimidiati pedis, aut amplius. *l. si, cum meus 14. §. 1. l. si quando 17. pr. ff. h. t.* Etsi enim in casibus hisce fistulæ ruptæ, sterculini nocentis, parietisque inclinati, nihil in prædio illo, cui nocetur, factum sit, sed in proprio, & cuivis jure liceat in suo facere ea, quibus vicino nocet, si prosit sibi; observandum tamen, cuique in suo hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittit. *l. sicut 8. §. Aristo 5. ff. h. t.* immittit vero ea ratione aquam & humectationem in alterius parietem, immittit parietem inclinatum, vel potius projicit supra aream alterius. arg. *d. l. 8. §. 5. l. 17. ff. h. t.* Pertinetque tunc refectionis sumtus ad dominum parietis inclinati, aut aquæductum vel sterculinum ita habentem, ut noceat; & pariete communi inclinato, communis quoque refectio est, nisi unus sociorum solus facto suo causam dederit vitio parietis. arg. *d. l. 14. §. 1. & l. 17. ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 41.* Plane ad refectionis ipsius factum etiam unus sociorum in

ſolidum conveniri poteſt, egreſſum de impenſis deinde contra reliquos habiturus; cum individuum ſit factum reſtitutionis, licet impenſa dividua ſit. arg. *l. praetoriae 2. pr. & §. 1. ff. de praetor. ſtipul.* Papon *libr. 6. cap. 11. art. 1.* Inſuper hac actione petuntur fructus ſeu id quod intereſt, ſecundum explicata in actione confeſſoria, ac cautio de non turbando in futurum; quam etiam ab adverſario non exactam judex ex officio interponi jubet, *l. harum actionum 7. l. egi 12. ff. h. t.* denique deſtructio aut in priſtinum ſtatum reſtitutio eorum, quæ contra libertatem prædii non jure facta ſunt, *l. ſi, cum meus 14. pr. & §. 1. ff. h. t.*

6. Cæterum plerumque quidem actiones hæ vere, re & nomine, confeſſoriæ & negatoriæ ſunt; quandoque tamen ſola verborum formula ac conceptione; ſic ut verbo tenus actio negatoria ſit, quæ vi & efficacia ſua eſt confeſſoria; & vice verſa. Quo modo adverſus eum, qui altius non tollendi ſervitutem debet, actio confeſſoria per negationem mota proponitur, jus ſcilicet non eſſe vicino altius tollendi. *l. loci 4. §. ult. l. & ſi forte 6. in pr. ff. h. t. §. aeque 2. in med. Inſtit. de actionibus.* Ut ex adverſo is, qui jure ſuo, ac convenienter libertati naturali, in ſuo altius ædificare vult, ſi a vicino impediatur, quaſi altius non tollendi ſervitutem deberet, libertatem ſuo prædio recte aſſerit adhibita actionis confeſſoriæ formula, jus ſibi eſſe altius tollendi ædes ſuas. *d. §. 2. Inſtit. de actionibus.*

7. Formulas actionis confeſſoriæ ac negatoriæ ex uſu fori, & opponendarum his exceptionum, vide apud Waſſenaar *pract. judic. cap. 1. num. 46. §. 2. 3. & num. 95. §. 2.* Plura non addo, cum generalia alia ad has actiones pertinentia jam ſupra *tit. ſi uſusfructus petetur*, tractata ſint.

TITVLVS VI.

QVEMADMODVM SERVITVTES AMITTVNTVR.

SVMMARIA.

1. *Servitus prædialis nondum conſtituta, ſed tantum vendita vel ſtipulanti promiſſa, evanescit, ſi ſtipulans ante impoſitionem alienet fundum ſuum aut partem ejus; niſi ſimul ſpem ſer-*

ſervitutis alienaverit ac ceſſerit; & quid juris, ſi is, cui legata ſervitus, fundum alienet ante impoſitionem?

2. *Jam conſtitutæ evaneſcunt confuſione ſeu conſolidatione; ſed ſi quis partem tantum prædii dominantis aut ſervientis pro diviſo acquiſiverit, in parte altera adhuc ſervitus ſalva eſt. Quid juris, ſi prædii dominantis & ſervientis domini ſibi invicem partem prædii tradiderint? Quid, ſi prædium ſerviens inter plures ſocios diviſum ſit, & poſtea dominus prædii dominantis partem unam acquirat?*

3. *An reviviſcant ſervitutes confuſione extinctæ, ſi iterum poſtea ceſſet confuſio, per diſtinctionem explicatur.*

4. *Pereunt etiam interitu prædii dominantis aut ſervientis; reſtituendæ tamen, ſi reſtituatur in priſtinum ſtatum prædium, quod interierat, licet inter interitum & reſtitutionem prædii interceſſerit tempus, quod ſufficit ad amittendam ſervitutem; niſi dominus prædii ſervientis poſuerit aut exſtruxerit interim aliquid ſervituti contrarium, & inde tantum tempus elapſum ſit. Non tamen pereunt, ſi ſola agri ſuperficies mutetur, ex vineis prata fiant.*

5. *Pereunt & remiſſione, expreſſa vel tacita, quod exemplis illuſtratur. An, & quando, & quousque per unius ſervitutis remiſſionem altera quoque remiſſa videatur?*

6. *Servitutes remitti poſſunt pro parte quadam prædii dominantis aut ſervientis, ſive unus tantum prædii dominus ſit, ſive plures prædium dominans aut ſerviens diviſerint inter ſe. Non item remittit unus ex pluribus dominis prædii pro indiviſo communis; nec fructuarius aut proprietarius, vel tutor, vel maritus, ratione prædii fructuarii, pupillaris, dotalis.*

7. *Quanti temporis non uſu ſervitutis* continuæ & diſcontinuæ *vulgo dictæ pereant jure civili ac moribus?*

8. *An in hac amiſſione per non uſum tempora prædeceſſoris ſingularis conjungantur cum temporibus ſucceſſoris?*

9. *Quibus modis quis videri poſſit ſervitute uſus vel non uſus eſſe, & an ſufficiat, quod per alium ſervitus exercita ſit?*

10. *Quid juris circa amiſſionem, quæ non uſu fit, ſi prædium dominans aut ſerviens per longitudinem aut latitudinem inter plures ſocios diviſum ſit, per diſtinctiones explicatur.*

11. *Recenſentur caſus quibus ſervitutes non pereunt non utendo. Urbanae quoque ſervitutes non extinguuntur, niſi concurrat factum ſervituti contrarium & bona fides præſcribentis; ſecus in ruſticis.*

12. *Quid juris, ſi quis pleniore vel minus plena ſervitute uſus ſit, quam quæ conceſſa erat, vel unus ex pluribus per eundem locum aquam ducentibus jus ſuum amiſerit, vel iverit tantum, non item egerit actum habens, vel iverit per unum fundum ex pluribus ſervientibus?*

13. *Finitur etiam ſervitus reſoluto jure ejus, qui eam conceſſit.*

14. *An moribus pereat prædialis ſervitus, ſi prædium ſerviens ſolenniter decreto judicis venditum ac traditum ſit, & dominus prædii dominantis edictis monitus non mature indicaverit ſuum ſervitutis jus?*

Reales ſervitutes evaneſcere poſſunt vel antequam conſtitutæ ſunt per quaſi traditionem, vel poſtea. Antequam conſtitutæ ſunt, tantum ſcilicet promiſſæ, evaneſcunt, ſi is, qui ſervitutem, veluti viam, a prædii vicini domino ſtipulatus fuerat, ante eandem conſtitutam fundum ſuum alienaverit vel in totum, vel pro parte, *l. ſi ſub una 136. §. 1. ff. de verbor. oblig.* corrumpere namque cenſetur ſtipulationem, in eum caſum illam deducendo, a quo incipere non poteſt: ſive enim totum fundum alienet, corruit ſtipulatio, quia ſervitus prædialis conſtitui nequit ei, qui prædium non habet: ſive partem tantum fundi diſtrahat, irrita promiſſio ſit; quia pro parte dominii, aut per unum ſocium communi prædio, ſervitus acquiri non poteſt. *l. pro parte 11. ff. de ſervitutibus. l. proprium 5. in fine ff. commun. praedior. l. pluribus 140. §. ult. ff. de verbor. obligat.* licet ſemel legitime quæſita etiam per partem dominii recte conſervetur, dum pars prædii dominantis alienata alterius domini eſſe cœpit. *d. l. 140. §. ult.* Sed &, ſi ſtipulator fundum nominatim cum ſervitute promiſſa vendiderit, emtorique ſuam ceſſerit ex ſtipulatu actionem; non erraverit, qui eo caſu ratam exiſtimaverit manſuram ſtipulationem, non obſtante alienationis interventu; cum nulla obſtet juris ratio, cur non ſimul cum fundo transferatur in alium ſpes quoque ſervitutis fundi intuitu per ſtipulantem, tempore ſtipulationis etiamnum plenum fundi dominum, jure quæſita. Groenewegen ad *d. l. 136. ff. de verbor. obligat.* Quodſi ſervitus legata ſit, & legatarius, antequam legatum agnoviſſet, fundum alienaverit, usque adeo emtorem ſequetur legata ſervitus, ut venditor ne repudiare quidem eam poſſit in damnum emtoris; eo quod, uti dominium, ita & ſervitus ſine traditione ipſo jure legatario acquiritur. *l. ſi partem 19. §. 1. ff. h. t.* ibique Coſtalius.

2. Conſtitutæ vero atque jam impoſitæ reales ſervitutes, licet neque morte, neque alienatione prædiorum aut publicatione extinguantur, *l. via conſtitui 23. §. 2. & 3. ff. de ſervitut. praed. ruſtic.* multis tamen finiuntur modis; veluti cum idem prædii utriusque tum dominantis tum ſervientis dominus fit,

eo

eo quod nemini res sua servire potest. *l. 1. ff. h. t.* junct. *l. uti frui 5. ff. si ususfr. petetur. l. si quis aedes 30. ff. de servitut. praed. urb. l. quicquid 10. in fine ff. communia praedior. l. legatum est 116. §. ult. ff. de legatis 1.* Unde si socii prædii pro indiviso communis redemerint communiter servientem prædio communi fundum vicinum, servitutem perire necesse fuit, *l. si communi 27. ff. de servitut. praed. rust.* Aliter, quam obtineret, si duo prædia, quæ mutuo servirent, inter eosdem fuerint communicata. *l. unus ex sociis 34. ff. de servit. praed. rustic.* quia nunc quisque ex permutatione quadam videtur acquisivisse partem alieni prædii, & vicissim amisisse partem sui prædii; cui consequens est, ut quisque ratione partis illius, quam retinuit, intelligi debeat etiam retinuisse servitutem in parte illa alieni fundi, quam sibi ex permutatione non quæsiverat. Idemque est, si dominus prædii dominantis & servientis sibi invicem tradiderint suorum praediorum partes pro diviso, *l. si quis aedes 30. §. 1. ff. de servit. praed. urban.* aut prædium serviens non in commune utrique socio, sed singulis pro parte divisa quæreretur; quippe quo casu magis unicuique socio in parte alterius in totum salvum esset mansurum servitutis jus; eo quod, ut ante dictum, servitus ab initio non quidem pro parte acquiri, sed acquisita tamen per partes retineri potest. *l. ut pomum 8. §. 1. ff. de servitutib. l. pluribus 140. §. ult. ff. de verb. obligat.* Sed &, si prædium serviens cœperit inter socios, regionibus divisum esse, & partem ejus unam deinde emerit dominus prædii dominantis; nihil vetat, in altera parte, quam non redemit, servitutem supereſſe, si modo ea partis non redemtæ magnitudo aut latitudo sit, ut servitutem eandem pati possit: nam si via debita sit, & non redemtæ partis spatium tam angustum, ut illac vehiculum duci amplius non possit, servitutem viæ in totum evanuisse dicendum est. *l. nam satis 6. §. 1. in med.* vers. *certe si is ff. h. t.* Longe magis, si ex pluribus prædiis simul servientibus unum redemtum sit, in cæteris non redemtis illibatum manet servitutis jus. *l. si, cum servitus 15. ff. h. t. l. si mihi 20. §. pen. l. tria 31. ff. de servitut. praed. rust.*

3. Quodsi cesset iterum confusio; videndum, utrum illa ab initio ea mente contigerit, ut esset perpetua, si non aliud de novo interveniat, an vero ita, ut aliquando confusio rursus resolvatur. Nam si eo animo confusio intervenerit, ne esset per-

perpetua, dum tantum revocabile prædii dominantis aut ſervientis dominium acquirebatur, poſt tempus iterum receſſurum, ſervitutes confuſione extinctas poſt ſeparationem iterum redintegrari oportere, dicendum eſt: uti id in prædio ſerviente, quod in dotem marito, prædii dominantis domino, datum eſt, (aut vice verſa) fit, ubi poſtmodum matrimonio ſoluto dos reddenda eſt. *l. ſi maritus 7. §. 1. ff. de fundo dot.* Sicut &, ſi prædium hereditarium, ſub conditione legatum, aut fideicommiſſo relictum, prædio heredis, (aut hoc illi) ſervitutem debeat, ubi per aditionem facta confuſio deinceps reſolvitur exiſtente legati vel fideicommiſſi conditione. *l. Papiniani 18. ff. de ſervitutibus. l. ſi heres 73. §. 1. ff. ad Senatusconſ. Trebell.* Contra, ſi ſic confuſio facta ſit, ne rurſus fiat ſeparatio, niſi cauſa nova intercedat (dum eo animo dominans ſerviensve prædium acquiſitum eſt domino prædii alterius dominantis aut ſervientis, ne rurſus abeat ab acquirente) interveniente deinceps ſeparatione extinctæ manent, quæ fuerant confuſione ſublatæ, ſervitutes; niſi id pacto actum fuerit, ut renaſcantur: quod accidit, cum quis ſerviens ſuo prædio prædium ſimpliciter emit, & alterum iterum deinde alienat. *l. ſi quis aedes 30. ff. de ſervitut. praed. urban.* ibique Gothofred. *in notis.* Cui diſtinctioni non adverſatur, quod, ubi fundus heredis fundo defuncti ſervit, hereditate adita ſic fiat confuſio, ut maneat perpetuo; & tamen hereditate deinde per heredem diſtracta, ſervitutes amiſſæ reſtituendæ ſint. *l. 2. §. & ſi ſervitutes 19. ff. de hered. vel act. vend. l. ſi ei 9. ff. commun. praedior. tam urb. quam ruſt.* Etenim, ut eo caſu ſervitutes redintegrentur, tacito cenſetur pacto placuiſſe; in quantum hereditate vendita id inter emtorem & venditorem actum creditur, ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum eſſet, adeoque non venditor ſed emtor videatur heres extitiſſe, *d. l. 9. ff. communia praedior. l. 2. pr. & §. cum quis debitori 18. ff. de hered. vel act. vend.* unde & actione ex emto vendito ad ſervitutes renovandas experiundum eſſe, aſſeritur. *d. l. 2. §. pen.* Non etiam repugnat *l. ſi maritus 7. pr. ff. de fundo dotali*, in qua, cum maritus, qui ſtante matrimonio fundum redemerat dotali prædio ſervientem, eum rurſus conſtante matrimonio alienaſſet ſimpliciter ſine ſervitutis redintegrandæ conventione, teneri dicitur uxori ad litis æſtimationem, eo quod marito imputandum fuit, quod iterum

ſine

ſine reſtauratione ſervitutis prædio dominanti debitæ fundum diſtraxit; qui ſane teneri non poſſet, ſi ſervitus poſt alienationem reviviſceret ob temporale tantum dotis dominium marito quæſitum. Etenim prudenter factorum ſpecies ſeparandæ ſunt. Reviviſcit nempe ſervitus, quae ob acquiſitum temporale dominium extincta fuerat, ubi rurſus illud ab acquirente recedit. At in caſu *d. l. 7.* non evanuit ſervitus per acquiſitum aliquod temporale dominium prædii dotalis, ſed potius per acquiſitionem prædii ſervientis ſtante matrimonio contingentem, non ea mente, ut fundus ille acquiſitus deinde rurſus a marito abiret, ſed magis, ut illum perpetuo ſibi haberet, niſi nova cauſa alienationem ſuaderet. Hinc ergo vendens iterum illum fundum, quem animo ſibi perpetuo habendi ab initio comparaverat, debuiſſet iterum ſpeciali pacto id agere, ut ſervitus redintegraretur in fundi dotalis utilitatem; quod quia non fecerat, ideo, ſoluto matrimonio, dominique revocabili prædii dotalis ab eo recedente, uxori tenebatur ad amiſſæ ſervitutis æſtimationem, eo quod uxori ſalva eſſe debuiſſet ſervitus prædio dotali tempore dotis datæ debita, quæ non per acquiſitionem temporalis dominii prædii dotalis, ſed potius per adeptionem dominii perpetui fundi ſervientis (quamvis ſimul etiam per occaſionem temporarii dominii jam ante marito in dote quæſiti) extincta erat. Minus obſtat *l. ſi quis ex fundo 13. ff. h. t.* cum illic prædium dominans & ſerviens non inceperit ad eundem pertinere, adeoque nec confuſio contigerit, nec confuſione ſervitus evanuerit, ſed manſerit debita tam parti prædii dominantis alienatae, quam ei, quae alienata non eſt: ac proinde, ſi parti non alienatae iterum poſtea accedat pars alienata, ſalvam habere debuit ſervitutem, nec partis recuperatae nec partis ſervatae intuitu unquam peremtam; ſi modo necdum tempus uſucapioni conſtitutum praeterlapſum ſit; quippe quo lapſo, ſervitus periiſſe cenſeretur non utendo, quae ratione partis non alienatae ante praeſcriptionem ſalva erat, licet ob partem alienatam intermediam liberamque non potuerit dominus partis non alienatae eandem exercere, utcunque tempus praeſcriptioni implendae praefinitum necdum praeteriiſſet. arg. *l. & ideo 5. l 6. ff. ſi ſervit. vindic.* diſſentit perperam Simon van Leeuwen *cenſ. for. part. 1. libr. 2. cap. 14. num. 7. 8. 9.*

4. In-

4. Interitu quoque dominantis aut ſervientis praedii ſervitus extinguitur; ut tamen ad interitum inundatio haud reducenda ſit, quippe qua interveniente jus ſervitutis nihilominus ſalvum eſt, *l. ſi locus 14. ff. h. t.* arg. *l. ſi ager 23. l. 24. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* ſed reſtituta re, quae interierat, veluti repoſitis aedibus ſervientibus aut dominantibus, aut reſtituto per alluvionem fundo, qui prius edacitate fluminis aut impetu conſumtus erat, reviviſcere ſeu renovari ſervitutem, aequum eſt. *l. ſeruitutes 20. §. ſi ſublatum 2. l. ſi teſtamento 31. l. cum debere 33. ff. de ſervitut. praed. urban.* Caepolla *de ſervit. praed. urban. cap. 28. num. 6.* Donellus *comment. jur. civilis libr. 11. cap. 18. in fine.* Carpzovius *defin. for. part. 2. conſtit. 41. defin. 19.* Unde & aedium ſervientium dominus eas collapſas exuſtas aut depoſitas non poteſt aliter reponere, quam ut ſalva eodem modo eſſe poſſit ſervitus in repoſitis, uti ante fuit. *d. l. 20. §. 2. l. 31. ff. de ſervit. praed. urban.* Secus, quam in uſufructu obtinet, qui extinctus exuſtis vel collapſis aedibus, in domo repoſita haud reviviſcit. *l. quid tamen 10. §. pen. ff. quib. mod. uſusfr. amitt. l. qui uſumfr. 36. ff. de uſufructu d. l. 20. §. 2. ff. de ſervit. praed. urb.* eo quod perpetuae natura ſua ſunt ſervitutes praediales, non vero perſonales; ut proinde non mirum ſit, reales facilius quam perſonales redintegrari, quo propria earum, quoad ejus fieri poteſt, natura conſervetur: perpetuas autem natura ſua praediales eſſe ſervitutes, utilitatis publicae ratio effecit. *l. ſervitutes 20. §. ſi ſublatum 2. ff. de ſervit. praed. urbanor.* Caſtillo Sotomay. *de uſufr. cap. 72. num. 16. & ſqq.* Nec refert, quod inter interitum & reſtitutionem praedii tantum interceſſerit temporis ſpatium, quantum ſufficit ad amittendam ſervitutem; nam & tunc eam renovandam eſſe, definitum eſt. *d. l. ſi locus 14. ff. h. t.* arg. *l. ſi quis alia 18. §. ult. ff. h. t.* Cum enim dominus praedii dominantis non habuerit jus cogendi praedii ſervientis dominum, ut is aedes reponeret, quippe non ad aliquid faciendum, ſed tantum ad patiendum ex communi ſervitutum natura devinctus; *l. quotiens 15. §. 1. ff. de ſervitutibus.* conſequens eſt, ſervitutem, ſine culpa aut negligentia ejus, cui debita, amiſſam, reſtituendam eſſe. arg. *l. & Atilicinus 35. ff. de ſervitut. praed. ruſticor.* Plane, ſi praedii ſervientis dominus, debens forte altius non tollendi aut luminibus non officiendi ſervitutem, poſuerit aliquid exſtruxeritve, collapſis aedibus dominanti-

nantibus, quod ſervituti obeſt, ac tanto tempore poſitum exſtructumve retinuerit, quantum praeſcriptioni ſufficit; nec ſervitutis jus ſalvum amplius erit, nec, ut reſtituatur, jure deſiderabitur. arg. *l. haec autem 6. ff. de ſervitut. praed urban. d. l. ſi quis alia 18. §. ult. ff. h. t.* eoque nititur fundamento, quod, ſi remotior area ſervitutem debeat altius non tollendi, & mediae areae dominus ſervitutem non debens altius extulerit aedificia ſua, dein & is, qui ſervitutem debet, (quippe jam non officiens praedio dominanti, adeoque nec exſtruere impediendus) non aliter prædii dominantis domino ſervitutis vindicandæ poteſtas ſit, quam ſi intra tempus præſcriptioni ſtatutum vicinus intermedius ſuum rurſus ædificium depoſuerit. *l. & ideo 5. l. 6. ff. ſi ſervit. vind.* Nec recte dixeris, eum & hoc caſu ſine culpa ſua ſervitutem amiſiſſe; cum utique ſibi imputare debeat, quod ita a remotiore vicino ſervitutem adeptus fuerit, ut intermedius eandem ſuo potuerit jure & arbitratu impedire. Quod ſi certo agrorum generi, veluti vineis, aut hortis, aut pomariis, ſervitus acquiſita ſit, ſublatis vero vineis aut arboribus, vineæ horti pomaria eſſe deſinant, & ita mutata ſit facies ſoli, ſervitus tamen eo ipſo non extinguitur; eo quod ad ſolum magis, quam ad ſuperficiem pertinet: niſi in contrahenda ſervitute aliud actum ſit. *l. certo generi 13. ff. de ſervit. praed. ruſtic.*

5. Remiſſio etiam ſervitutem perimit, eaque non expreſſa tantum, ſed & tacita, quæ contingit, dum duæ ſervitutes ſimul debitæ ſunt, quarum una principalis altera acceſſoria eſt; in quantum, principali remiſſa, acceſſoria quoque remiſſa cenſetur. arg. *l. Labeo 17. ff. h. t.* Uti &, dum id prædii ſervientis domino conceditur, quo ſervitus neceſſario & naturaliter impeditur; veluti ſi permittatur, ædificium exſtrui in loco viæ aſſignato, vel altius ædificari per eum, qui debebat ſtillicidii jus. *l. ſi ſtillicidii 8. ff. h. t. l. pen. in fin. ff. commun. praed.* ſive quis haec expreſſa conventione permittat, ſive ſciens patiatur ea ſtrui vel fieri, nec novum opus nunciet facienti; in quantum cogere deinceps vicinum nequit, ut ſuæ formæ res reſtituatur; ſed præſtatione ejus quod intereſt tenetur contentus eſſe. arg. *l. Sabinus 28. ff. communi dividundo. l. qui bona fide 13. §. ſi quis juxta 7. ff. de damno infecto.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 37. num. 4.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1 libr. 2. cap. 14. num. 46.* niſi hæc tantum precario conceſſa fuiſſe doceatur;

quo

quo casu adhuc salva servitus est. *d. l. penult. ff. commun. praed. l. si aedes 32. ff. de servit. praed. urban.* Quod si duæ separatæ servitutes principales ab eodem prædio debeantur, unius remissio alteram non perimit, sive eidem praedio dominanti utraque sit debita, sine diversis: nam si altius non tollendi servitutem ædes meæ tum Titii tum Mævii ædibus debeant, nihil vetat, remissa per Titium servitute, me a solo liberatum Titio, Mævio nihilominus servitutem debere. *d. l. si aedes. 32. ff. deservit. praed. urb.* Rursus, si jus mihi sit per fundum tuum eundi agendi & aquam ducendi, remissa per me aquæ ducendæ servitute, eundi tamen agendique potestas intacta est. Quæ adeo vera sunt, ut, si servitutis unius remissio per consequentiam quandam redderet inutilem servitutem alteram, quæ remissa non est, ne prior quidem ulterius evanuisse censeatur, quam quatenus liberum manet non remissæ exercitium. Finge & altius non tollendi & stillicidii servitutem impositam; deinde remissum altius non tollendi jus: aut datum aquæductum per meum fundum, simulque, ne mihi liceat invito vicino in eo loco ædificare; postea mihi concessam esse licentiam aedificandi: sane nec altius tollendi nec ædificandi potestas aliter prædii servientis domino tributa videbitur, quam quatenus superesse potest stillicidii aut aquæ ducendæ jus. *l. si domus 21. ff. de servit. praed. urban. l. si mihi 20. ff. de servit. praed. rustic.*

6. In totum autem, non vero per partes, remissio servitutis facienda est; cum individuum sit servitutis jus. *l. unus ex sociis 34. ff. de servit. praed. rustic.* Verum id non impedit, quo minus, ut ad certam fundi partem constitui, ita & ad certam fundi partem remitti servitus possit, reliquis fundi ejusdem partibus salva futura. *l. ad certam 6. ff. de servitutibus.* Sed &, si inter plures divisus sit fundus dominans, nihil vetat, quo minus unus sociorum ratione suæ partis, quam jam pro diviso tenet, servitutem remittat; cum post divisionem tot separatæ credantur servitutes esse, quot sunt prædii dominantis partes factæ. arg. *l. nam satis 6. §. 1. fere in pr. ff. h. t.* Idemque est, si serviens fundus divisus sit, quocunque modo divisio instituta fuerit, sive per longitudinem viæ sive per latitudinem ejus, sive via spatio definita sit sive non: etsi enim distinctiones tales usum inveniant, si de servitute per non usum amittenda quæstio sit, ut postea latius dicetur;

tur; tamen, si de remissione agatur, videntur, supervacuæ. Nam si verum sit, ad certam fundi partem posse servitutem remitti, *d. l. 6. ff. de servitut.* remitti quoque poterit uni eorum, cui ex divisione pars certa prædii servientis quocunque modo ita obvenit, ut pars illa post divisionem adhuc remanserit servituti obnoxia. *d. l. nam satis 6. §. 1.* vers. *possunt tamen ff. h. t.* Non tamen recte servitutem remittit unus dominorum prædii dominantis adhuc communis, invito socio, tum quia nihil facere potest in præjudicium socii ac rei communis; tum quia nec unus ex sociis prædio communi servitutem acquirit; naturale vero est, unumquodque eo, quo ligatur, dissolvi modo. arg. *l. unus ex sociis 34. ff. de servit. praed. rust. l. proprium 5. in fine ff. commun. praedior.* junct. *l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. juris.* Nec proprietarius aut fructuarius eam, quæ prædio fructuario debita est. *l. sed si quid 15. §. ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Nec tutor servitutem prædio pupillari constitutam. *l. sed si pecunia 3. §. pen. ff. de rebus eor. qui sub tut. vel cura.* Nec maritus eam, quæ prædio dotali debetur, *l. Julianus 5. ff de fundo dotali.* nisi per indirectum, dum sibi emit prædium, serviens prædio sibi in dotem dato, iterumque stante matrimonio alienat servitute non renovata; quo tamen casu ad servitutis æstimationem maritus soluto matrimonio obligatus efficitur; sed &, si solvendo non sit, utiles uxori ad servitutem restaurandam actiones dantur. *l. si maritus fundum 7. pr. ff. de fundo dot.*

7. Non utendo insuper servitutes pereunt, decennio quidem inter praesentes, vicennio inter absentes, *l. pen. C. de servitut. & aqua.* etsi servitutis usus aliquo modo ex conventione interruptus sit, dum vel alternis tantum diebus, vel horis alternis, vel tantum de die, vel tantum de nocte aqua duci, iri, agi potest. *l. si sic 7. ff. h. t.* Plane, si alternis tantum annis, alternisve mensibus, vel sola æstate, vel sola hieme, vel singulis demum quinquenniis semel, servitutis exercitium permissum sit, duplicato demum tempore seu annis viginti servitutes evanescere dicendum est, nulla tunc inter præsentes aut absentes distinctione servata. arg. *d. l. 7. ff. h. t.* junct. *l. ult. C. de servitut. & aqua.* Cum enim jure veteri tempus usucapiendi liberationem a servitute biennium esset, sive inter præsentes sive inter absentes, & in servitutibus hisce, quas DD. appellant *discontinuas*, duplicatum tempus esset praesi-

nitum. *d. l. 7.* Juſtiniano placuit, jure etiam novo ſimpliciter duplicare auctum decennii tempus, & ita vicennium præſcribere, *d. l. ult.* in qua lege dum vicennio absque diſtinctione dicitur amitti ſervitus, quæ ſingulis quinquenniis uno tantum die tranſitum per agrum alterius permittebat, (quæque propterea ſecundum juris veteris diſpoſitionem ſummæ difficultati erat involuta, quia ne intra duplicatum quidem biennii tempus redibat ſervitutis hujus exercendæ viciſſitudo) conſequens eſt, ut vicennio quoque, non vero duplicato inter abſentes vicennio, præſcriptio fiat illarum ſervitutum discontinuarum, quarum uſus viciſſitudinarius alternis annis menſibusve, adeoque frequentius recurrit. Cæterum etſi nonnullis placuerit pragmaticis, etiamnum hodie illud decennii aut vicennii tempus ad libertatis præſcriptionem ſufficere; nec id ratione careat; cum & de libertate reducenda, adeoque liberatione agatur, cui favendum; & læſio minor per ſervitutis amiſſionem inferatur, Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 199. poſt med.* quia tamen ad immobilium præſcriptionem ex hodierno jure id ſpatium non ſufficit, ſed triente ſeculi, aut ſecundum alios, triginta annis opus eſt; & immobilium exemplo ſervitutes præſcriptione acquiri ac amitti obtinuit. *l. ſi aquam 2. l. pen. C. de ſervit. & aqua. l. ult. in fine Cod. de praeſcript. longi temp. decem vel vig. ann.* junct. *l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. juris.* magis eſt, ut in ſervitutibus quoque trientis ſeculi decurſum exigamus. Hugo Grotius *d. lib. 2. cap. 37. num. 9. & ſeqq.* Leeuwen *cenſ. forenſ. d. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. ult.*

8. An vero in hac liberatione a ſervitute, quæ per præſcriptionem contingit, tempora prædeceſſoris, veluti venditoris, conjungi debeant cum temporibus ſucceſſoris, non adeo expeditum eſt: etenim integro ſtatuto tempore eundem præſcribentem in poſſeſſione libertatis perſeuerare debuiſſe, Julianus autor eſt *l. ſi aedes 32. §. 1. ff. de ſervitut. praed. urban.* Contra, tempora prædeceſſoris & ſucceſſoris conjungi, & juncta ad amiſſionem ſufficere, Paulus tradidit *l. ſi quis alia 18. §. 1. ff. h. t.* Cujacius ut difficultatem tollat, *in comment. ad l. 4. §. ſi viam 27. ff. de uſurpat. & uſucap.* & cum eo Wiſſenbachius *ad Pand. h. t. vol. 1. diſp. 20. num. 27.* inter urbanas & ruſticas ſervitutes hac in parte differentiam conſtituit; quaſi in ruſticis

ſticis amittendis tempus, quo venditor uſus non eſt, emtori computetur, *d. l. 18. §. 1. ff. h. t.* in urbanis tempus, quo venditor poſſedit ædes, cum interpoſitione facti, quod ſervituti adverſatur, emtori non imputari in uſucapienda ædium libertate. *d. l. 32. §. 1. ff. de ſervitut. praed. urban.* Sed magis eſt, ut ex temporis diverſitate conciliatio petatur: cum enim illa poſſeſſionis continuatio inter venditorem & emtorem, legantem & legatarium, ſimilesque, demum reſcripto Severi & Antonini inducta fuerit, ante non admiſſa, *§. pen. Inſtit. de uſucapionibus.* neceſſe fuit, Julianum, qui autor eſt *d. l. 32.* & ante Severum atque Antoninum ſub Hadriano floruit, ita reſpondere, convenienter juri tunc recepto; nec ponere potuiſſe temporis continuationem, inter venditores emtoresque poſtea demum Imperatorum poſteriorum conſtitutione ſancitam. Paulum ex adverſo Severo demum & Antonino Caracalla imperante celebrem, continuationem poſſeſſionis per reſcriptum principale jam ante emiſſum, ſibique notum, admiſiſſe, ſicut & admiſit in *l. id tempus 14. ff. de uſurp. & uſucap.*

9. Videtur autem non uſus eſſe ſervitute, qui eam quidem exercuit, ſed non ut ſervitutem, dum per conſtitutam ſervitute viam ivit longo tempore, tanquam per publicam aut vicinalem. *l. ult. ff. h. t. l. ult. ff. de itinere act. priv.* uti &, qui per conſtitutum ſpatium alio utitur tempore, quam quo uti conceſſum erat; veluti de die, cum deberet de nocte uti: amittit enim nocturnam ſervitutem, qua uſus non eſt, quæque diverſa eſt ab aquæ diurnæ ſervitute; nec tamen eam, qua longo tempore uſus eſt, acquirit, niſi omnia uſucapionis requiſita concurrant. *l. ſi communem 10. §. 1. l. ſi quis alia 18. ff. h. t. l. ſi prius 17. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae. l. ſi diurnarum 2. ff. de aqua quotid. & aeſtiv.* Nec contrarium eſt in *l. cum conſtet 5. §. 1. ff. de aqua quot. & aeſtiva.* cum appareat, illic utrumque ſtatis aquam duxiſſe temporibus, neutrum quidem per ſe, ſed alterum pro altero, permutatis ex conventione ducendi temporibus. Generaliter etenim in ſervitutibus neceſſe non eſt, ut ipſe prædii dominantis dominus eandem exerceat; ſed & alium quemcunque ea uti ſufficit. Qua ratione per ſocium, per fructuarium, per bonæ fidei poſſeſſorem, per prædonem, per colonum, per mercenarium, per

hoſpitem, per medicum, per procuratorem, per negotiorum geſtorem, per amicum, quive ad viſitandum dominum venit, ſervitutes retineri obtinuit, *l. ſervitus 5. l. qui fundum 12 l. uſu retinetur 20. & ll. ſeqq. ff. h. t. l. 1. §. is cujus 7. l. inde 3. §. 4 & 7. ff. de itinere actuque priv.* ſi modo hi omnes prædii nomine, & quaſi debita ſervitute, uſi ſint. *d. l. 5.* junct. *l. 6. & l. denique 22. ff. h. t.* Imo ſatis erit, quod aqua in aquæductu per canalem ſeu rivum ſponte defluxerit. *l. qui fundum 12. ff. h. t.*

10. Cæterum ſi diviſus ſit regionibus fundus, non idem usque circa ſervitutis amiſſionem non utendo contingentem ſervatur. Aut enim dominans prædium ita plures inter ſocios diviſum eſt, aut ſerviens. Si dominans, perinde eſt, atque ſi ab initio duobus fundis ſeparatis ſervitus conſtituta eſſet, & ſibi quisque dominorum uſurpat ſervitutem, ſibi non utendo deperdit, nec amplius in ea re cauſæ eorum fundorum miſcentur. *l. nam ſatis 6. §. 1. in pr. ff. h. t.* Sin ita diviſus ſit fundus ſerviens; videndum, utrum certus ac finitus viæ locus ſit, an vero ita conſtitutum ſit viæ jus, ut per quamlibet fundi partem ire agere liceat, idque vel ſubinde mutare. Si finitus viæ locus ſit, tunc ſi per longitudinem viæ fundus diviſus eſt, eadem omnia ſervanda ſunt, quæ, ſi initio conſtituendæ ſervitutis hic duo fundi fuiſſent, *d. l. 6. §. 1. ante med.* adeoque vel per unum eundo fundum, tota ſervitus retinetur, etſi per alterum itum non ſit. *l. una eſt via 18. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* Si vero per latitudinem viæ diviſus ſit fundus, tunc manet idem jus ſervitutis, quod fundo indiviſo fuerat; nec aut uſu detineri, aut non utendo deperire, niſi tota via poteſt: nec, ſi forte inciderit, ut ſemita, adeoque ea viæ parte qua itur, quæ per alterum duntaxat fundum erat, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur; quoniam unum, atque eo modo individuum, viæ jus eſt. *d. l. 6. §. 1. circa med.* Sane ſi ſic fundus diviſus ſit per latitudinem, ut totum aſſignatum viæ ſpatium in una tantum parte fundi diviſi exiſtat, non dubium, quin illa ſola pars in poſterum ſervire debeat, pars altera omnino libera ſit penes eum, cui ex diviſione obvenit, ac tanquam ſeparatus fundus cœpit haberi, cum ſemel determinato ad ſerviendum loco, cæteræ partes agri liberæ ſint. *l. certo 13. §. ſi totus 1. ff. de ſervitut. praed. ruſtic.* Quod ſi finitus viæ

viæ locus non ſit, ſed ita conſtitutum viæ jus, *ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, & ſubinde mutare*, tunc, fundo ſerviente diviſo, perinde obſervabitur, atque ſi ab initio duobus fundis duæ ſeparatæ ſervitutes impoſitæ fuiſſent, ut altera retineri poſſit, altera non utendo deperire; dum prædii dominantis dominus poſt prædii ita ſervientis diviſionem jus habens eundi agendi per utramlibet voluerit partem diviſam, jam ut totum conſideratam, per unam tantum partem ſtatuto tempore ivit egitque. *d. l 6. §. 1. poſt med. ff. h. t.* Nec adverſatur, quod ita per diviſionem prædii ſervientis deterior redditur conditio domini fundi dominantis, qui per unam tantum eundo agendo fundi non diviſi partem, in altera quoque parte fundi retinuiſſet viæ jus; quod nunc ob diviſionem non utendo amittit. Etenim penſatur hoc quale quale incommodum commodo alio majore, quod is, cui via ſic debita eſt, poſt diviſionem per duas pariter vias ire agere poſſit, bisque octonos in porrectum, & ſenos denos in anfractum habere pedes. *d. l. 6. in fine ff. h. t.*

11. Sunt tamen caſus, quibus ſervitutes non utendo non amittuntur, puta, ſi necdum ſervitus conſtituta ſit; aquæductu forte promiſſo, ſed rivo necdum facto, aut aqua nondum inventa, *l. ſi partem 19. ff. h. t.* aut via duobus commune prædium habentibus legata, quamdiu de loco viæ legatarius uterque non conſenſit. *l. itinere 28. ff. de ſervit. praed ruſtic.* Coſtalius *ad d. l. 19. ff. h. t.* Cæpolla *de ſervit. praed. urb. cap. 21. n. 1.* Adhæc non perit ſervitus non utendo, ſi iter ad ſepulchrum competat; cum ejus utendi occaſio non niſi mortalitate, cujus incertum tempus, ſuperveniente exiſtat, *l. iter 4. ff. h. t.* aut ſi prædium dominans in totum ad pupillum pertineat, vel pupillo & majorenni commune ſit. *l. ſi communem 10. ff. h. t.* In urbanis quoque ſervitutibus præſcriptione amittendis ſolum non uſum non ſufficere, ſed factum ſervituti contrarium ad uſucapiendam libertatem concurrere debere, & in eo eſſe inter urbanas ac ruſticas diſſimilitudinem, a Gajo traditum eſt. Adeoque ſi ædes tuæ meis ædibus ſerviant, ne altius tollatur, neve luminibus officiatur, & ego per ſtatutum tempus feneſtras meas præfixas habuero vel obſtruxero, ita demum jus meum amitto, ſi tu per hoc tempus ædes tuas altius ſublatas habueris: alioquin, ſi nihil novi feceris,

retineo ſervitutem, *l. haec autem 6. ff. de ſervitut. praed. urban. l. ſequitur 4. §. ult. ff. de uſurpat. & uſucap.* ſic ut ne arboris quidem plantatio ad libertatis præſcriptionem hoc caſu ſufficiat. *l. quod autem 7. ff. de ſervit. praed. urban.* Similiter, cum haberes jus tigni immittendi, ſi vicinus ſtatuto tempore ædificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, ſervitutem non amittes, quia non poteſt videri vicinus uſucepiſſe libertatem ædium ſuarum, qui jus tuum nullo facto contrario interpellavit. *l. ſi quis alia 18. §. ult. ff. h. t.* Adde Cujacium *ad l. 4. ſi viam 27. ff. de uſucapion.* Ant. Fabrum *rational. ad d.l. 18. §. ult.* Beſoldum *delib. juris ad Pand. lib. 8. quaeſt. 18.* Reſponſa JCtor. Holl. *part. 1. conſil. 199. in med.* Quorum ea videtur eſſe diverſitatis ratio, quod nihil tam naturale ſit, quam unumquodque eo genere diſſolvi, quo colligatum eſt, *l. nihil tam 35. ff. de reg. jur.* ac proinde, cum urbanæ ſervitutes per præſcriptionem acquirantur non ſolo uſu ſed concurrente facto, puta, immiſſione tignorum, ædificatione in alieno, oneris impoſitione, protectione ſupra alienum fundum, contrarium quoque factum cum non uſu concurrere ad amiſſionem per præſcriptionem, juſtum erat. At cum ruſticæ ſervitutes ſolo poſſent uſu acquiri, ſine ullo facto alio præter uſum eundi, agendi, ducendi, &c. *l. ſi quis 10. ff. ſi ſervit. vind.* non mirum ſi & ſolo non uſu ſine facti contrarii interventu extinguantur. Porro ex hac inter urbanas & ruſticas ſervitutes differentia (ut hoc obiter addam) deſcendit & altera, quod ad urbanarum quidem amiſſionem jure præſcriptionis contingentem requiratur præſcribentis bona fides, eo quod & factum præſcribentis deſideretur: contra in ruſticis præſcriptionem libertatis non impediat, ſi prædii ſervientis dominus in mala fide ſit, ſeu ſciat ſuum prædium ſervire; cum ſatis ſit ad amiſſionem, nullum ea ſervitute ſtatuto tempore uſum eſſe. *l. ſequitur 4. §. ſi viam 27. ff. de uſurpat. & uſucap.* Rerum ſcilicet corporalium poſſeſſionem habere, retinere poſſum, licet non utar iis: ſervitutum vera poſſeſſio non eſt: & quaſi poſſeſſio in ſervitutibus ruſticis præcipue in uſu conſiſtit; quo uſu deficiente ipſam quoque deficere quaſi poſſeſſionem neceſſe eſt: & ideo, ſi viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea expuleris, per longum tempus non utendo, amittam viam, quia nec poſſideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id eſt, mero jure detruditur. *d. l.* Adde Rævardum *in Triboniano, ſeu,*

ſen, de veris uſucapionum differentiis, fere in pr. pag. mihi 667. 668.

12. Si quis per longum tempus itinere actu via latiore vel anguſtiore uſus ſit, aut alio vehiculi genere, quam quo uti debebat, aut amplius oneris, quam licuit, vexerit, aut majorem minoremve duxerit aquæ copiam, quam ab initio conſtitutum fuerat, non ideo ſervitutem amittit, quia hic magis plus, quam aliud, egiſſe cenſetur; ſed nec plus, quam pactum eſt, jure ſervitutis retinere aut in poſterum facere ei permittitur, *l. is, cui via 11. ff. h. t. l. 1. §. Trebatius 18. ff. de aqua quotid. & aeſtiva.* non magis, quam majorem ducere aquæ copiam, ſi aquæductus pluribus prædiis per eundem rivum conceſſus fuerit, & unus eorum jus ſuum non utendo amiſiſſe proponatur. *l. aquam 16. ff. h. t.* Sed &, ſi iter & actum habens, longo tempore tantum iverit, actum non periiſſe, reſponſum eſt. *l. qui iter 2. ff. h. t.* Idemque eſt, ſi per plures fundos ſibi contiguos quis habuerit eundi jus, & tempore ſtatuto per unum tantum ierit; nam & per reliquos eundi jus ei ſervatur. *l. una eſt via 18. ff. de ſervit. praed. ruſtic.* Cui ſimile eſt, ſi quis non toto itinere uſus ſit, ſed parte tantum, vel non ad omnes fundi partes, ad quas ducere poterat, aquam duxerit: plenam enim ſervitutem, uti conceſſa eſt, nihilominus ſalvam habet. *l. ſi ſtillicidii 8. §. 1. l. 9. ff. h. t.*

13. Amplius, reſoluto jure concedentis ſervitutem, jus quoque ſervitutis reſolvi neceſſe eſt: veluti ſi heres rei ſub conditione legatæ, eadem pendente, ſervitutem impoſuerit: res enim libera legatario acquiretur, exiſtente deinde legati conditione. *l. ſi fundum 105. ff. de condit. & demonſtrat. l. is cui via 11. §. 1. ff. h. t.* Nec aliud dicendum, ſi vaſallus prædium feudale reddiderit ſervituti obnoxium, poſtea vero feudum domino directo aperiatur. *libr. 2. feud. tit. 8.* verſ. *rei.*

14. Denique ſecundum hodiernos Hollandiæ & aliarum regionum mores ſervitutem impoſitam evaneſcere receptum eſt, quoties prædium ſerviens præmiſſis publicis edictis, citatis omnibus, qui jus aliquod in eo ſibi competere arbitrantur, reliquisque intervenientibus decreti publici ſolennibus, alienatum

tum traditumque fuerit, nec interceſſerit, ac jus ſuum ſervitutis mature manifeſtaverit ita ſolenniter admonitus dominus prædii dominantis, Claude le Brun *Proces civil. libr. 1. §. 90. numer. 9.* arg. *l. ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pign.* niſi ad oculum ſervitus pateat, veluti ſtillicidii, cloacæ, aut ſimilis; vel ita manifeſto in poſſeſſione ſervitutis ſit is, cui ea debita eſt, ut executor vel curator bonorum etiam poſt ſequeſtrationem paſſus ſit, illum ea ſervitute uti. Claude le Brun *Proces civil. libr. 1. art. 90. num. 9.* Ant Matthæus *de auction. libr. 1. cap. 11. num. 48.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 2. conſil. 6.* Adde Chriſtin. *ad Leg. Mechl. tit. 11. art. 19.* Imbertum *Inſtit. forenſ. libr. 1. cap. 58. lit. d.* Quæ ſententia minus dubia eſt illis in locis, in quibus non aliter ſervitutes prædiales fundum ſervientem afficiunt jure reali, quam ſi coram lege loci impoſitæ ſint; uti id de Hollandorum uſu teſtatur Groenewegen ad *tit. Inſtit. de ſervitut. praedior.* & *in notis ad Hug. Grotium manuduct. ad Jurisprud. Holl. libr. 2. cap. 36. num. 1.*

LIBER NONUS.

TITVLVS PRIMVS.

SI QVADRVPES PAVPERIEM FECISSE DICATVR.

SVMMARIA.

1. *Quæ actiones & pœnæ obtineant, jure Romano vel hodierno, si animalia in alieno, vel publico, depascant, sive immissa ab alio, sive nullo immittente? & an actio de pastu etiam contineat lucrum speratum?*
2. *Quid juris si meum animal depascat in meo glandes alienas in meo cadentes? vel se horreo alieno applicet, ibique depascat?*
3. *An animal alienum in meo depascens includere possim pro damno? & quid moribus?*
4. *Quo sensu equus calcitrosus, & bos cornu petere solitus, nocere dicatur contra naturam sui generis? quando directæ, quando utili actioni de pauperie etiam ex facto animalis feri locus sit. Qualis actio detur, si alius instigaverit?*
5. *Recensentur species factorum nobiliores, quibus actio de pauperie locum habet, in arietibus & bobus inter se commissis, equis mulis sine causa calce percutientibus, vel aliud animal concitantibus; quod tertio damnum dat, vel cessim euntibus, si plaustro recedente homo obtritus sit, & similibus.*
6. *Quid juris, si canis sponte, vel alieno instigatu, aut culpa nocuerit, ligatus aut solutus?*
7. *Quibus, & contra quos tum directa tum utilis de pauperie actio detur?*
8. *Ad quid tendant? an & deformitatis similiumque habenda ratio, si homini libero nocitum sit, jure civili, ac moribus? & an adhuc hodie supersit facultas noxæ dandi animal?*

Damnum vel ab animalibus dari potest, vel ab hominibus, iisque vel liberis vel servis. Quod ab animalibus datur, pauperies dicitur, & definitur, damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam feciſſe dici, quod sensu caret. *princ. Instit. h. t. l. 1. §. ait praetor 3. ff. h. t. Nulla est injuria*, inquit Seneca 2. *de ira cap. 26. nisi a consilio profecta: nocere nobis animalia possunt, ut ferrum, ut lapis, injuriam quidem facere non possunt.* Nocet vero animal vel secun-

dum, vel contra naturam ſui generis. Secundum naturam, cum in alieno depaſcit; propter quod variæ pro circumſtantiarum varietate actiones comparatæ ſunt. Si enim id evenerit alio immittente, ſive domino animalis ſive extraneo, actione ex lege Aquilia utili conveniri poteſt, qui immiſit, cum damnum tale immittentis injuria illatum ſit, & de hoc caſu intelligendum, quod in *l. ult. C. de lege Aquilia* reſcriptum fuit, de his, quæ per injuriam depaſta contendebantur, ex ſententia legis Aquiliæ agi poſſe. Sed & aliquando criminale ob immiſſionem judicium eſt, puta, ſi militum animalia in paſcua publica immittantur; in quantum immittentes puniuntur pœna duodecim librarum auri fiſco applicanda. *l. inſignis 2. C. de paſcuis publicis.* Quæ tamen poena contra alios non militantes non obtinet, ſed animalis immiſſi publicationem ſufficere viſum fuit. *l. 1. C. de fundis & ſaltibus rei dominicae.* Quomodo & noſtris moribus: ſi pecora oberrent ac paſcantur in vallis ac moenibus munimentorum, caſtellorum, urbiumve præſidiariarum, animalium paſcentium publicatio probata eſt, impoſita inſuper reparatione damni, munimentis per animalia illati: qua de re varia extant decreta *vol. 2. placit. Holl. pag. 463. in fine & pag. 465.* Paſſim quoque mulctæ, ſed leviores, inductæ contra eos, quorum animalia in viis ruralibus tum publicis tum vicinalibus vagantur & depaſcunt; quo tamen caſu non aliter mulctandus videtur animalium dominus, quam ſi aliqua ipſius negligentia appareat: nam ſi probabile ſit, facto tertii, licet incerti, ea fuiſſe ex paſcuis aut ſtabulis privatis in publicam emiſſa viam, porta reſerata, ſæpimento aperto, ſimilibusque modis, vix eſt, ut mulctae locus ſiat. Reſponſa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. conſil. 20.* Sande *deciſ. Friſic. libr. 5. tit. 7. defin. 6.* Quod ſi, nullo immittente, animal alterius in alieno depaſcat, locus eſt actioni civili de paſtu pecorum ex lege 12. tabularum, quæ domino agri competit, adverſus dominum animalis depaſcentis, *l. qui ſervandarum 14. §. ult. ff. de praeſcript. verbis.* ad damni dati & ſperati lucri interverſi reparationem, adeoque quanti valuiſſet frumentum, ſi maturuiſſet, quod nunc in herba adhuc & viridi ſtans depaſtum eſt: ſi enim homine libero mutilato ſperatarum quoque operarum, quibus læſus in poſterum cariturus eſt, æſtimatio præſtanda ſit, *l. ex hac lege 3. in fine. ff. h. t.* atque inſuper ei, quod intereſt, non modo inſit, quod alicui abeſt, ſed & quantum lucra-

lucrari potuit; *l. ſi commiſſa 13. ff. ratam rem haberi.* cauſa nulla eſt, quo minus & hic lucri, jam ſpe devorati, ſed impediti, ratio in condemnando habeatur, niſi ſecundum ordinariam actionum noxalium naturam dominus noxæ dando liberari malit: id enim in paſtu quoque locum habere, ex Paulo conſtat *recept. ſentent. libr. 1. tit. 15.*

2. Ut autem huic actioni locus ſit, neceſſe eſt, ut animal in alieno depaſcat; unde, ſi glans ex arbore mea in fundum tuum cadat, tuque eam immiſſo pecore depaſcas, non hac de paſtu actione, ſed in factum agendum erit. *d. l. 14. §. ult. ff. de praeſcriptis verb.* Si tamen in alieno quidem agro animal non depaſcat, ſed alieno ſeſe applicans horreo aut acervo, fructus a ſolo jam ſeparatos abſumat, non dubium, quin utilis ſaltem de paſtu actio admittenda ſit; cum utique verum ſit, in alieno depaſtum eſſe, quod ipſum ſufficere videtur, ut de paſtu agi poſſit. arg. *d. l. 14. §. ult.*

3. Cæterum deprehenſum animal alienum in ſuo depaſcens agri dominus non jure includit, donec damnum reparatum fuerit; ſed tantum expellere ei liberum eſt, idque ſine atrocitate, quo modo, ſi ſuum deprehendiſſet. *l. Quintus Mucius 39. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Etſi enim ratis tuæ, vi fluminis in agrum meum delatæ, non aliter tibi poteſtatem facere tenear, quam ſi tu damnum mihi datum reſarcieris, aut ſaltem præſtiteris de damno præterito reparando cautionem, *l. ratis 8. ff. de incend. ruin. naufrag. l. hoc amplius 9. §. Neratius 3. ff. de damno infect.* id tamen ad animalia in alieno paſcentia haud viſum fuit porrigendum; eo quod ex retentione rerum inanimatarum, quæ ſine alitura aſſervantur, non adeo facile rebus ipſis damnum imminet, atque quidem id metuendum eſt in animalibus, alimonia indigentibus ac cura diligentiore. Sed moribus noſtris id, quod de nave dictum, etiam hactenus in animalibus admitti placuit, ut domino agri vel colono, cujus frugibus ex paſtu nocitum, liceat pecus alienum in ſuo deprehenſum publico ſeu dominico ſtabulo includere, donec damni depaſcendo dati æſtimatio ſoluta fuerit, aut animal ipſum noxæ datum. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 38. n. 14.* Groenewegen ad *d. l. 39. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. 1. C. de fundis & ſaltibus rei dominicae.* Parens p. mem. Paulus Voet ad *§. 1. Inſt. h. t. n. 4.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. libr. 5. c. 31. n. 4.* Adde Carpzovium *defin. for. part. 2. conſtit. 27. defin. 1. 2.*

Pecki-

Peckium *de jure ſiſtendi cap. 2. num. 2.* Plane privato includere ſtabulo, aut alia, quam dictum, ratione privatim retinere pecora ob paſtum, nec hodie permiſſum eſt: ac remanſere in reliquis etiamnum hodie, quæ jure Romano de paſtu cauta ſunt. Confer Hug. Grotium *d. lib. 3. cap. 38. n. 13. 14.*

4. Contra naturam nocere dicuntur animalia, quoties manſueta feritatem aſſumunt; dum equus calce percutit, bos cornu petit, etſi calcitroſus equus ſit, ac bos cornu petere ſolitus. Cum enim bos & equus una cum aliis pecudum appellatione venientibus gregatim ſub imperio paſtoris paſci ſoleat, nec nocere, quatenus manſuetis quadrupedibus accenſetur, recte dicitur contra ſui generis naturam damnum dare, quando feritate commota calce vel cornu ferit. *pr. Inſt. h. t. l. 1. §. itaque 4. ff. h. t.* Hac ergo ratione ſi quadrupes nocuerit, ſiquidem concitante eo ipſo, qui læſus eſt, nec in dominum nec in animalis cuſtodem ulla actio eſt, cum pro damno habendum non ſit, quod ſua quisque culpa ſenſit. Paulus *recept. ſent. libr. 1. tit. 15. in fine.* arg. *l. quod quis ex culpa 203. ff. de reg. juris. l. haec actio 2. §. 1. ff. h. t.* Si alio inſtigante, vel cauſam dante, nulla contra animalis dominum actio de pauperie, ſed utilis ex lege Aquilia datur contra inſtigantem, aut cauſam damno præbentem, veluti, ſi plus juſto onerata quadrupes onus in aliquem everterit, aliisque modis, de quibus latius *tit. ſeq. de lege Aquilia.* Vide *l. 1. §. 4. 5. 6. 7. 8. ff. h. t.* Si vero ſponte commota quadrupes læſerit, actio de pauperie eſt, eaque vel directa vel utilis. Directa datur, cum quadrupes, quæ gregatim paſcitur, damnum intulit; utilis, cum læſit animal natura quidem ferum, ſed cicuratum, aut etiam adhuc ferum, ſed quod ab aliquo tanquam domino poſſidetur, quod puto velle Jurisconſultum, cum in *l. haec actio 4. ff. h. t.* monet, hanc actionem utilem competere, etſi non quadrupes, ſed aliud animal pauperiem fecit. Quod & evincitur argumento ducto a contrario ſenſu ex *pr. Inſt. h. t.* & *l. 1. §. in beſtiis 10. ff. h. t.* Si enim tunc, cum urſus fugit, & ſic nocuit, non poſſit quondam dominus conveniri; quia deſiit dominus eſſe, ubi fera evaſit; usque adeo ut poſt evaſionem occidenti ſeu occupanti cedat. *dd. ll.* conſequens eſt, ut adhuc poſſidens feram, damnum dantem, jure conveniatur. Denique etiam id aperte ſatis declarat Imp. *in §. ult. Inſtit. h. t.* dum ait, eum, qui canem, verrem, aprum, urſum, leonem ibi habuit, qua vulgo iter fit, non modo ex ædilitio edicto, ſed

ſed & de pauperie actione teneri. Quod ergo in lege 12. tabularum ſimpliciter *quadrupedis* mentio facta eſt. *l. 1. pr. ff. h. t.* & hæc actio ad *omnes* dicitur *quadrupedes* pertinere, *d. l. 1. §. 2. ff. h. t.* id ad quadrupedes eas, quæ gregatim paſcuntur, reſtringendum eſſe, vel inde manifeſtum eſt, quod Ulpianus in *d. l. 1. §. in beſtiis 10.* ſubjungit, *in beſtiis*, veluti urſis, *propter naturalem*, id eſt, genitalem *feritatem*, huic actioni locum non eſſe. Directæ ſcilicet ex verbis legis 12. tabularum deſcendenti locus in hiſce non eſt; utilem tamen ex interpretatione prudentum admiſſam fuiſſe, non negatur; & alibi a Paulo evidenter proponitur in *d. l. 4 ff. h. t.*

5. Sed miſſis hisce nimiis aliquando Romani juris circa directas & utiles actiones ſcrupuloſitatibus, exempla præcipua propius conſideremus. Agaſoni. cum equum in tabernam duceret, mulamque equus olfaceret, mula vero calce rejiciens crus agaſoni fregiſſet, actionem hanc de pauperie contra dominum mulæ dandam eſſe, Alfenus reſpondit, *l. ult. ff. h. t.* Eidem actioni Ulpianus locum facit, ſi equum permulſerit quis, vel palpatus ſit, & is cum calce percuſſerit: neque enim palpatio illa, concitatio eſt, quæ hanc faceret ceſſare actionem. *l. 1. §. & generaliter 7. ff. h. t.* Sed & ſi quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, dum forte tertius, equum tuum calcitroſum eſſe ſciens, me dolo induxit, ut accedam, neque tamen concitavit, de pauperie cum domino recte agitur: etſi de dolo quoque perſuadens conveniri poſſit, ſi dominus ſolvendo non ſit, nec animal a domino noxæ datum: facta enim noxæ deditione, ne in id quidem, quod excedit, doli actio eſt. *l. & eleganter 7. §. ſi quadrupes 6. ff. de dolo.* Similiter, cum arietes vel boves commiſiſſent, & alter alterum occidit, ſi quidem non conſtet, uter aggreſſionem fecerit, actio nulla eſt. arg. *l. ſcientiam 45. §. cum ſtramenta 3. ff. ad legem Aquil.* Sin id appareat, & is perierit, qui non provocaverat, actionem competere traditum eſt: nam ſi is, qui aggreſſus eſt, interemtus ſit, nulla in animalis occidentis dominum actio danda; cum & in brutis quædam juris ſimilitudo ſit, atque adeo moderaminis inculpatæ tutelæ ſimulacrum probatum. *l. 1. §. cum arietes 11. ff. h. t.* Quin imo ſi quadrupes alia aliam ſic concitaverit, ut concitata damnum daret, cum domino ejus, quæ concitavit, non ejus, quæ corpore nocuit, agendum eſt, adeoque cum bovis domino, ſi equum a bove cornu petitum,

ac

ac repercutientem, porcum tertii peremiſſe proponas. *l. 1. §. & ſi alia 8. ff. h. t.* arg. *l. ſi ex plagis 52. §. in clivo 2. in fine ff. ad leg. Aquil.* Non enim neceſſe eſt, ut corpore ſuo pauperiem quadrupes fecerit, ſed vel per aliam rem, quam tetigit quadrupes, damnum datum eſſe ſatis eſt: nam & ſi bos plauſtro obtrivit aliquem, aut alia re dejecta, ſi jumenta ſine cauſa turbata ceſſim eant, aut ſemet ipſa eripiant, & feratur equis auriga, nec currus audiat habenas, hæc actio locum habet. *d. l. 1. §. ſive autem 9. ff. h. t. d. l. ſi ex plagis 52. §. in clivo 2. ff. ad leg. Aquil.* Hugo Grotius *manud. ad juriſprud. Holl. lib. 3. cap. 38. n. 15.* quo caſu etiam, ſi homines læſi ſint, currus cum equis fiſco cedit, hodierno jure. Leeuwen *cenſ. for. part. 1. libr. 5. cap. 31. n. 9.* Sane, ſi quadrupedes nulla feritate commotæ, ſed caſu damnum dederint, dum forte equis aut mulis plauſtrum in clivo ducentibus ac collapſis, plauſtrum ceſſim ire cœpit, ac retro rediens adſtantem contrivit, nec in dominum, nec in alium actio danda eſt, quoties nulla cujuſquam culpa concurrit. *d. l. 52. §. 2. ff. ad leg. Aquil.*

6. Canem quod attinet, (de cujus damno lege *Peſulania*, aut forte rectius, *Colonia* cautum fuiſſe teſtatur Paulus *recept. ſent. lib. 1. tit. 15.* Plutarchus *in vita Solonis*) ſi quidem ferocior in taberna habitus fuerit ſolutus, & morſu læſerit ingredientem, agi poſſe canis nomine quidam putant; at ſi ligatus fuerit, contra eſſe. *l. haec actio 2. §. 1. ff. h.* Adde Paulum *d. tit. 15.* nec male, cum vinculis quisquis ſatis admoneatur, ut canem caveat, tanquam mordacem. Sed &, ſi canis, cum duceretur ab aliquo, aſperitate ſua evaſerit, & alicui damnum dederit, vel oves, gallinas, anſeres alienas occiderit, ſi contineri firmius ab alio potuerit, vel per eum locum duci non debuerit, ceſſante hac actione de pauperie, contra ducentem utili Aquiliæ locus eſt; *l. 1. §. ſed & ſi 5. ff. h. t. l. item Mela 11. §. item cum eo 5. ff. ad leg. Aquil.* ſi vero a nullo ductus, inſtigatu alieno nocuerit; in factum actione inſtigans tenetur. *d. l. 1. §. 6. ff. h. t. d. l. 11. §. 5. ff. ad leg. Aquil.* quibus in caſibus nec noxæ deditione liberatio contingit, ſecundum ordinariam actionis, ob culpam ex lege Aquilia deſcendentis, naturam; notante id etiam Grotio *d. lib. 3. cap. 38. n. 16.* Quod ſi neque ducentis, neque inſtigantis, ulla culpa ſit, utili actioni de pauperie, cum actione in factum ex ædilitio edicto concur-

currenti, contra dominum locum fieri, jam ante probatum est ex §. *ult. in fine Inst. h. t.*

8. Utrique tum directæ tum utili de pauperie actioni communia sunt, quod non soli domino rei, quæ læsa est, dentur, sed & ei, cujus interest, & heredibus ejus, *l. 1. §. ult. l. 2. ff. h. t.* contra illum, qui tempore actionis institutæ animal jure dominii possidet, licet damni dati tempore dominus non fuerit; cum noxa caput sequatur, *l. 1. §. & cum etiam 12. ff. h. t.* uti & adversus heredes, non qua successores, sed qua dominos animalis. *d. l. 1. §. ult. ff. h. t.* Quin etiam contra eos, qui liti sese obtulerunt quasi possiderent, *l. si quis in jure 7. l. 8. ff. de interrog. in jure faciend.* aut dolo malo possidere desiernut; quo casu in arbitrio læsi est, utrum pristinum, an novum dominum convenire velit. arg. *l. de illo 24. l. 25. 26. ff. de noxal. action.* contra bonæ fidei possessores eo modo, quo & cæteræ noxales actiones, *de quo in seqq. tit. 4.* Si plures sint domini, contra singulos in solidum; ut tamen unius præstatione cæteri liberentur, *l. 1. §. noxae autem 14. ff. h. t.* idemque est, si plures unius domini heredes sint, quippe quos non qua successores, sed eo jure, quo domini sunt, conveniendos esse, dictum est. arg. *l. 1. in fine ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom. 2. cap. 10. n. 13.*

8. Tendunt hæ actiones ad id, ut damnum reparetur, aut animal noxæ detur. *l. 1. §. cum arietes 11. & seqq. ff. h. t. pr. Inst. h. t.* exceptis quibusdam casibus, quibus cessat noxæ dedendi facultas, *tit. 4.* recensendis. Si homini libero nocitum sit, non dubium, quin hac actione recte agatur ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit ac in posterum cariturus est, inutilis factus. *l. ex hac lege 3. ff. h. t.* quod tamen Frisiis displicuisse, notat Sande *decis. Frisic. lib. 5. tit. 7. defin. 5. in fine.* Deformitatis, cicatricum, doloris rationem haberi leges Romanæ non patiuntur; cum liberum corpus æstimationem non recipiat. *d. l. 3. l. 1. §. sed cum homo 5. l. ult. ff. de his qui dejecer. vel effud.* Sed hodiernis moribus etiam horum fieri ac præstari æstimationem, obtinuit. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 34. n. 5. 6.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. 1. Instit. h. tit. n. 4.* Adde *tit. seq. de lege Aquilia.* manente in reliquis apud nos intacta Romani juris definitione, etiam quantum ad ipsam noxæ dandi licentiam, & subsequentem inde liberationem, ut supra dictum.

TITV-

TITVLVS II.

AD LEGEM AQVILIAM.

SVMMARIA.

1. *Autor legis Aquiliæ non fuit Gallus Aquilius.*
2. *Quibus legibus anterioribus per legem Aquiliam derogatum fuerit, quibus non?*
3. *Lege Aquilia non fuit coercitum damnum, quod tantum omittendo fuit; & adstruitur distinctio inter culpam commissionis & omissionis.*
4. *Quid primo capite legis Aquiliæ cautum fuerit?*
5. *Capite secundo probabiliter actum fuisse de moribus servi corruptis, arguitur; nec ejus disquisitionem inutilem esse, imo caput secundum non in universum fuisse sublatum, si quis ex eo experiri vellet.*
6. *Quid capite tertio? non fuisse habitam in hac lege rationem æstimationis ex affectione, sed communi opinione, ac præter æstimationem venire etiam id quod interest, modo certum sit, non incertum. Jis quoque ex insiciatione crescit in duplum; quod tamen in casibus quibusdam fallit.*
7. *Qui egit ex capite tertio, potest adhuc agere ex capite primo, si quadrupes deinde ex eo vulnere moriatur; sed imputatur condemnatio prima in secundam; secus, si ex alio vulnere moreretur.*
8. *Si plures simul damnum dederint, singuli in solidum tenentur, nec unius præstatione cæteri liberantur.*
9. *Si prior vulneraverit vulnere certo certius lethali, alius dein alio vulnere occiderit, uterque de occiso tenetur: secus, si prius vulnus non fuerit certo certius lethale.*
10. *Directa legis Aquiliæ actio dominis datur, licet temporale habeant dominium, & res jam alienata vel extincta sit. Utilis etiam fructuario, bonæ fidei possessori, creditori hypothecario. An & commodatario vel fulloni ex jure Romano, & moribus?*
11. *Utilis actio datur etiam ob hominem liberum vulneratum, vel occisum; qui tunc agere possint, & ad quid, tum jure civili, tum hodierno? Et quid, si concurrant, uxor, parentes, liberi ejus, qui occisus?*
12. *Dantur hæ actiones adversus eos, qui tamnum dederunt, aut se dedisse confessi sunt. An & quousque detur contra heredes jure civili & moribus? An actio ad mulctam hodie contra heredes detur, & an uno ex pluribus lædentibus mulctam solvente reliqui liberentur?*
13. *Coercetur hac actione non tantum dolus, sed & culpa, etiam levissima.*

14. *Va-*

14. *Variæ conſtituuntur claſſes eorum, qui ex damno dato tenentur.*

15. *Recenſentur, qui per occaſionem muneris, aut dum in re licita verſantur, læſerunt; ubi de magiſtro puerum diſcipulum caſtigante, magiſtratu injurioſum quid faciente, de navigiis impactis in navem aut ſcapham, aut retia piſcatoria, aut portuum munitiones, deque funibus amputandis &c.*

16. *An navibus colliſis, etiam damnum ſarciendum, quod poſtea ex nova cauſa ſupervenit, ſed prioris damni occaſione? & quo modo merces æſtimandæ, quæ cum nave per colliſionem merſa perierunt?*

17. *De ciſariis, plauſtrariis, alios antevertere ſtudentibus, onus male componentibus; aut plauſtro ceſſim eunte in clivo; de his qui vel ſe vel jumenta plus juſto onerantes, efficiunt, ut onus lapſu in alium evertatur; de tonſore tondente in loco periculoſo & gula ſervo præciſa.*

18. *De putatore & machinario ramos aut trabem in prætereuntes dejiciente, & de his qui foveas faciunt aut laqueos ponunt feræ capiendæ cauſa, ſi animal alienum in ea inciderit?*

19. *De fornacario, ad fornacem dormiente, ignem in ſtipulam ſuam immittente, ſclopetum in tecta ſtraminea diſplodente, aliisque incendio cauſam præbentibus.*

20. *Orto in ædibus incendio, an inhabitanti, an magis locatori aut vicinis læſis probatio incumbat reſpectu culpæ?*

21. *Quid, ſi tempore orti incendii unus tantum fuerit in ædibus? Quid, ſi contra legem locationis in certa ædium parte ignis ſit habitus, & ex eo loco incendium oriatur?*

22. *De eo qui furem nocturnum aut diurnum, vel latronem ſibi inſidiantem vel alium adſtantem, occidit; & an liceat alium occidere pro defenſione vel recuperatione bonorum?*

23. *De medicis, pharmacopolis, obſtetricibus, artificibus, aliisque, qui imperitia læſerunt, gemmas aut alias res ſibi commiſſas confregerunt, impetum equorum retinere non potuerunt.*

24. *De illis, qui, dum ſe jaculis exercent, tranſeuntem lædunt, vel pila ludentes, alium pilæ intercipiendæ cauſa everterunt; in colluctatione, pugillatu, aut pancratio, lædunt; per ſtramenta ardentia tranſeuntes alium ſibi in flamma obviam evertunt, feſtivo tempore Paliliorum.*

25. *Recenſentur plures, qui tenentur, dum caujam damno dederunt, impulſu naturali, concitatione, hortatu, conſilio, auxilio.*

26. *Enumerantur plurimæ aliæ ſpecies damni per petulantiam aut temeritatem aut malitiam dati, atque inter eas nocturnæ graſſationes, vitrorum confractiones, animalium nimiæ agitationes, turbationes, fugationes, in anguſtum coactiones &c.*

27. *Ceſſat actio legis Aquiliæ, ſi quid illicite quidem factum ſit, ſed nullum inde damnum ſecutum,*

tum, quod exemplis illustratur.

28. *Cessat, si damnum jure datum sit, dum quis in domo vel navi sua vim patitur. Quid juris, si quis incendii a suis aedibus arcendi gratia vicinas aedes dejecerit?*

29. *Cessat, si damnum casu fortuito contigerit, vel ab infante aut furioso detur. Quandoque damnum dicitur casu datum, dum dolus deest, licet culpa adsit.*

30. *Quando & quemodo cum actione legis Aquiliæ concurrere possit accusatio ex lege Cornelia de sicariis? & an alteri per alteram fiat præjudicium?*

31. *An concurrere possit cum actione injuriarum, servi corrupti, & similibus? an & cum actione depositi, commodati, locati &c. & an una intentata alteram perimat?*

Legem Aquiliam, seu plebiscitum, ab Aquilio quodam denominatam fuisse, uti dubio caret, *l. 1. §. 1. ff. h. t.* ita, qualis ille Aquilius fuerit, quonam vixerit tempore, adnotatum non exstat, ideoque incertum est, cum plurium Aquiliorum Livius aliique meminerint rei Romanæ scriptores. Id unum constat, legis hujus autorem non fuisse Gallum Aquilium, formularum quarundam stipulationis substitutionisque conceptione notum; quia hic inter præcipuos numeratur Quinti Mucii auditores, *l. 2. §. Mucii 42. ff. de orig. juris.* quem tamen Mucium suis in scriptis de lege Aquilia videmus disputantem. *l. Quintus Mucius 39. ff. h. t.* Ut de eadem suo tempore Brutus quoque tractasse dicitur, *l. si servus servum 27. §. si mulier 22. h. t.* quem tamen & Gallo Aquilio & ipso Mucio, Galli præceptore, antiquiorem fuisse, Pomponius tradit. *d. l. 2. §. post hos fuerunt 39. ff. de orig. juris.*

2. Derogatum fuit hac lege tum legibus duodecim tabularum, non pœnam sed damni reparationem imponentibus ei, qui culpa læsisset, ut docet Rævardus *ad l. 12. tabul. cap. 24.* tum aliis, simpliciter & in genere de damno injuria dato agentibus, qui sensus est verborum Ulpiani in *l. 1. pr. ff. h. t.* nam quantum ad leges attinet anteriores de hac vel illa peculiari damni dati specie agentes, veluti de arboribus furtim cæsis, nihil earum autoritati & obligationi decessisse per subsecutam legem Aquiliam a Labeone & Paulo discimus, qui ob arbores furtim cæsas ex lege Aquilia & ex duodecim tabulis actionem ajunt dandam esse, *l. 1. ff. arborum furt. caesar.* Donellus *comment. jur. civil. libr. 21. cap. 3. fere in pr.* vers. *prior. ergo.*

3. Cum

3. Cum autem in jure noſtro duplex culpa nota ſit, puta commiſſionis, & omiſſionis, ſeu *in faciendo*, & *non faciendo* vel omittendo conſiſtens, *l. ſi ſervum ſtipulatus 91. ff. de verb. oblig.* conſiderandum, coercitum per legem Aquiliam fuiſſe tantum omne damnum committendo ſeu faciendo, vel committendo & omittendo ſimul datum; non item illud, quod ſola contingit omiſſione, quia durum nimis foret, propter leviſſimam in omittendo culpam aliquem ex delicto teneri. Zoeſius *ad Pand. h. t. num. 7. 8.* Vinnius *ſelect. quæſt. libr. 1. cap. 33. in pr.* Qua ratione, ſi fundi uſumfructum habens agrum non proſcindat, vites non ſubſerat boni viri arbitratu, aquæductus corrumpi patiatur, ex lege Aquilia eum non teneri, Ulpianus ſcripſit *l. ſi cujus rei 13. §. de praeteritis 2. in fine ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* quibus ſimilia occurrunt in *l. qui domum 57. ff. locati.* Neque uspiam in jure noſtro traditum invenio, eum verbi gratia, qui animal alterius in aquam delapſum, cum poſſet, non eduxerit, aut medicum venire detrectantem, fabrumve ædium ruinoſarum fulturam nolentem ſuſcipere, ob damnum ea ceſſatioue contingens ex lege Aquilia reum fieri: etſi viri boni officio conveniret periclitantibus proximi rebus ſuccurrere, ſi id ſine ſua poſſit læſione. Imo ne eum quidem, qui rem dare ſtipulanti promiſit, de nuda negligentia & omiſſione teneri, reſponſum eſt *d. l. 91. ff. de verb. oblig.* Et ſane, ſi pro damno ſola omiſſionis culpa dato, legis Aquiliæ actio comparata eſſet, fruſtranea prorſus ac ſuperflua foret exactio cautionis de damno infecto, quod ex neceſſariæ fulturæ vel refectionis omiſſione metuitur, quodque, ſi accideret, legis Aquiliæ beneficio reparandum foret: cum tamen Gajus ſcripſerit, non interpoſita antea damni infecti cautione, nullam de damno dato actionem competere, ſi vicini ædes ruinoſæ in meas ceciderint, *l. evenit 6. ff. de damno infect.* Ut proinde corruat argumentatio in contrarium, qua uſus eſt Ant. Matthæus *ff. de criminibus libr. 48. tit. 5. cap. 6. num. ult.* quaſi ſine lege loquerentur, qui inter omiſſionis & commiſſionis culpam hac parte diſtinguunt, & ſimpliciter ſine diſtinctione in legem Aquiliam leviſſima quoque culpa veniret. *l. in lege 44. ff. h. t.* cum d. lex ex aliarum legum jam adductarum argumentis reſtrictionem recipere debeat, ut aliis contenis accidit in locis. Neque adverſantur exempla Medici bene ſecantis, ſed deinde curationem derelinquentis, Fornacarii ad

fornacem obdormientis, plaustrarii ex cujus plaustro lapis ceciderit, & quid fregerit ruperitve: deliquerunt namque hi omnes suscipiendo officium, ac susceptum non adimplendo. Liberum erat ipsis artem operamve suam alteri non addicere: at addictam implere necesse erat: in quo dum cessant, (derelinquendo curationem, ignem non extinguendo, vel non muniendo ne evagetur dum obdormirent, lapides in plaustro male componentes ut labi possent) suscipiendo æque ac non adimplendo peccasse intelliguntur. *l. idem juris 8. l. si servus servum 27. §. si fornacarius 9. & §. si ex plaustro 33. ff. h. t.*

4. Tria quondam hujus legis capita fuisse, patet ex Institutionibus *h. t. & l. 2. l. si servus 27. §. 4. 5. ff. h. t.* Primo cautum, ut qui alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero est; (de quibus vide §. *1. Inst. h. t. l. 2. §. ult. ff. h. t.*) injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur, *pr. Inst. h. t. l. 2. ff. h. t.* anno non ex tempore mortis, sed magis ex tempore vulnerationis, retro computando, licet de eo dissensus fuerit. *l. ait lex 21. §. annus 1. l. ita vulneratus 51. §. aestimatio 2. ff. h. t.* Unde si quis servum alterius claudum, mancum, luscum, aliterve facto alieno vel casu mutilatum, depretiatumve necaverit, ad integri tamen servi æstimationem damnandus foret, si modo is eo anno integer aut pretiosior fuerit; etsi alter, qui prior læserat, mutilationis istius æstimationem jam domino solvisset. §. *his autem verbis 9. Inst. h. t. l. inde 23. §. idem Julianus 3. 5. 6. ff. h. t.* Si quis servum sibi cum alio communem occidat, pro ea parte tenetur, pro qua dominus non est. *l. sed si communem 19. l. 20.* arg. *l. si servus servum 27. §. item si servus 2. ff. h. t.*

5. Altero capite, (quod in desuetudinem abiisse dicitur, §. *caput 12. Inst. h. t. l. 27. §. hujus legis 4 ff. h. t.*) de moribus servi corruptis actum fuisse probabile est; sic ut primum quidem caput de toto servo peremto, secundum de parte ejus nobiliore, puta animo corrupto, tertium autem de parte minus nobili, corpore scilicet læso, methodo quadam non inconcinna conceptum fuerit: tum quia credendum non est, Romanos, qui sua & aliarum gentium experientia edocti erant, quantum publice privatimque damnosi essent corrupti servorum mores, nulla lege vel pœna coercuisse corrumpentium malitiam, neque tamen legis ullius alterius hac de re commemorationem habet antiquitas: tum quia caput secundum non abro-

abrogatum, ſed deſuetudine inumbratum fuit; id vero contigiſſe ex eo merito conjeceris, quod introductam poſtea edicto prætorio actionem de ſervo corrupto, etiam contra non inficiantes in duplum comparatam, movere cives Romani maluerunt, quam eam, quæ ex capite ſecundo legis Aquiliæ deſcendebat, & non niſi in inficiantes in duplum dabatur, naturali ratione duce, pinguiora ſterilioribus remedia præponentes; eo fere modo, quo & Ulpianus dixit, actionem de poſitis & ſuſpenſis non dari in eum, *qui habitavit, ſi id, quod poſitum erat, deciderit & nocuerit, quaſi haec actio non ſufficiat;* quam tamen volenti accommodari & utilem quandoque eſſe poſſe, dicam *tit. ſeq. num. 6.* Juvatque hanc opinionem Ulpiani locus in *l. doli 5. §. haec actio 2. ff. de ſervo corrupt.* dum ait, *haec actio*, (de ſervo corrupto) *etiam adverſus fatentem in duplum eſt, quamvis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat*, ubi minus appoſite Aquiliæ mentio eſſet, niſi & Aquilia lege de corruptis ſervorum moribus fuiſſet tractatum. Juvat & *l. dolo malo 3. §. 1.* junct. *l. 4. ff. de ſervo corrupto.* cum enim in *l. 3. §. 1.* quæreretur, an actio ſervi corrupti danda foret, ſi quis ſervo ſuaſiſſet, ut tectum aſcenderet, isque parens aſcenderit, ac decidens crus fregerit, Ulpianus ait teneri ſuaſorem, ſi dolo id fecerit, non item ſi culpa; Paulus ex adverſo in *d. l. 4.* ſubjuncta ſtatuit, *utili lege Aquilia commodius* eum teneri: nempe, non ex tertio capite, quaſi corpus læſum eſſet, ſed magis ex capite ſecundo; eo quod caſus d. legis tertiæ non potuit videri propoſitus, tanquam reſpiciens corporis læſionem, ſed magis, ut animi corruptionem concernens. Dat enim Ulpianus actionem de ſervo corrupto, quam non ad corporis mutilationem, ſed tantum ad animi morumque deteriorationem pertinere certum eſt. *l. 1. §. perſuadere 3. & ſeqq. l. 2. ff. de ſervo corrupto.* Conſiſtit vero animi corruptio in ſpecie d. legis tertiæ in eo, quod temere ſeſe ſervus inſtigatu alieno in periculum conjecerit, tectum conſcendendo, & ita temeritate ſua domino damnum intulerit: nam & temeritas æque vitium eſt animi, quo ſervus minoris fit pretii, atque procacia, levitas, pigritia, protervia, furandi, fugiendi aliterve delinquendi propoſitum. *d. l. 1. §. 3. 4. 5. l. 2. ff. de ſerv. corrupt. l. 1. §. ult. l. 2. 3. ff. de aedilit. edicto.* Quod autem Paulus dixit, *utili Aquilia Lege commodius* teneri, id inde eſt, quia, licet actio de ſervo corrupto pinguior in eo ſit, quod & citra inſi-

ciationem in duplum detur, tamen actio ex capite secundo legis Aquiliæ, in simplum concepta, utilior in eo fuit, quod non ob dolum tantum, sed & ob levem levissimamque culpam competeret. Cum ergo Ulpianus in *d. l. 3. §. 1.* inter dolum & culpam distinxisset, ac dolo posito actionem de servo corrupto concederet, non item culpa sola posita; &, uti vulgo, ita quoque in illa facti specie, non ita facilis esset animi dolosi probatio; Paulus merito in subjuncta lege quarta monuit, *commodius lege Aquilia utili* dominum experiri pro ista animi servilis corruptione. Nec dubito, quin Ulpianus, & cum eo Tribonianus, in *l. 27. §. 4. ff. h. t.* & *d. §. 12. Inst. h. t.* asserentes, caput secundum legis Aquiliæ in desuetudinem abiisse, id tantum voluerint, caput illud non abrogatum, sed minus frequentatum fuisse ob pinguiorem in duplum de servo corrupto actionem, secundum ante dicta: non tamen ita, quin, si quis vellet, si sibi crederet expedire, ex eo etiamnum agere posset; uti id eveniebat, cum morum servilium corruptio non a dolo alterius (quod in actione de servo corrupto omnino requirebatur) sed a sola culpa profluebat. Nisi enim eo casu legis Aquiliæ actionem ex capite secundo etiamnum supereſſe statuas, eo deveniendum necessario fuerit, ut existimes, Romanos magis corporis quam animi integritati in servis filiisquefamilias incubuisse, imo extra omnem legis pœnam reliquisse omnem, quæ non dolo sed culpa evenisset, morum in servis ac filiisfamilias corruptionem. Nec est quod quis existimet, ad caput tertium legis Aquiliæ pertinere illam facti speciem, quam Ulpianus & Paulus tractant in dicta *l. 3. §. 1. & l. 4.* si conferas *§. ult. Inst. h. t.* ideoque Paulum in *d. l. 4.* non directam sed utilem dare ex lege Aquilia actionem, quemadmodum utilis datur in *d. §. ult. Inst. h. t.* cum tamen non utilis, sed directa danda fuisset, si in capite secundo fuisset ex professo de moribus servi corruptis tractatum. Considerandum enim, si sola animi corruptio fuerit, propter quam & actio de servo corrupto inducta est, neque tamen ea ad corporis servilis læsionem pertingat, tantum ex capite secundo legis Aquiliæ actione directa agendum fuisse, tanquam ex verbis legis: at si animi corruptio etiam corporis læsionem post se traxerit, dum ille, cui persuadebatur, ut temeritate nimia tectum conscenderet, decidens, crus aut cervicem confregit, nihilominus actionem quidem directam ex capite secundo potuisse intentari, velut ob cor-

corruptos ſervi mores; ſed tamen & utili actione ex capite tertio potu iſſe agi, tanquam ob damnum, non corpore, ſed ſuaſione non bona, in corpus datum: eo fere modo, quo ob ſolius animi vitium in ſervo vendito non redhibitoria data, ſed ex emto actio ſufficere viſa fuit; & tamen, ubi illud animi vitium etiam ad corpus pertingebat, & corporis oberat miniſterio, redhibitoria emtori ex ædilitio edicto experiri conceſſum fuit, arg. *l. ob quæ vitia 4. §. 1. 2. 3. ff. de aedilit. edict.* nec tamen ideo minus actione ex emto, arbitrio & electione emtoris. *l. ſciendum 19. §. dictum 2. ff. de aedilit. edict. l. ex emto 11. §. redhibitionem 3. ff. de act. emti.* De cætero verum non eſt, Paulum in *d. l. 4. ff. de ſervo corrupto* utilem ex lege Aquilia actionem dare: non enim ait, *utili actione Aquilia;* ſed *utili lege Aquilia teneri* ſuaſorem; id eſt, teneri ex lege Aquilia, quæ in caſu illic propoſito utilis adhuc erat, & utilior, quam ipſa actio de ſervo corrupto, quam Ulpianus dandam cenſuerat; idque, quia ſecundum ſuperius dicta, æque ob culpam ac ob dolum ex lege Aquilia agi poterat, dum ſervi corrupti actio dolum requirit. Neque hæc de capitis ſecundi ſententia diſſeruiſſe piget, cum illud ita explanatum ſua etiam nunc non careat utilitate, ſi exemplo actionis de ſervo corrupto, quin & ejus, quæ ex primo ac tertio hujus legis capite data eſt, ad corruptos filiorumfamilias, monachorum, ſubjectorum, vaſallorum, ſimiliumque mores cum Jurisconſultis & Interpretibus porrigatur.

6. Tertio capite de homine vel pecude vulneratis, animalibus cæteris vulneratis aut occiſis, & omni cætero damno injuria dato agitur, ut teneatur lædens, quanti res fuerit plurimi menſe ſeu triginta diebus retro computatis. §. *capite 13. & ſeqq. Inſtit. h. t. l. ſi ſervus ſervum 27. §. tertio autem 5. & ſeqq. ff. h. t.* æſtimatione utrobique tum in primo tum in tertio capite facienda ſecundum communem hominum opinionem, non item juxta peculiarem actoris affectionem, *l. ſi ſervum meum 33. ff. h. t.* Supra quam æſtimationem præterea utroque ex capite ad id quod intereſt condemnatio fit; ſi modo certum illud ſit damni illati intuitu lucrive ceſſantis, *l. ſi ſervum meum 33. in fine pr. ff. h. t.* veluti ſi ſervum tuum, quem ſub pœna tradendum promiſeras, aut ſub cujus manumittendi conditione fueras heres ſcriptus, quive ipſe erat ab aliquo inſtitutus, ante quis occiderit, quam is a te traditus aut manumiſſus fuerit, aut juſſu tuo adierit he-

reditatem: nam hereditatis quoque amissæ & pœnæ commissæ rationem esse habendam constat. Et si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum, vel ex gemellis, aut symphoniacis, aut comœdis unum quis occiderit, extra peremti corporis æstimationem, ex legis præscripto faciendam, id etiam computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt. §. *illud* 10. *Instit. h. t. l. ait lex* 21. §. *ult. l.* 22. *l.* 23. *pr. &* §. *idem Julianus* 2. *ff. h. t.* Nec minus operarum servi vel animalis mutilati, quibus dominus caruit, æstimatio videtur hac in lege spectanda. arg. *l. ult. ff. de his qui effud. vel dejec. l. ex hac lege* 3. *ff. si quadrupes pauper. fecisse dic.* Adhæc, quanti interfuerit, fraudes servi commissas detegi, si servus, qui magnas fraudes in rationibus alicujus commiserat, & quæstionibus subjiciendus erat, ut fraudis participes eruerentur, ante quæstiones habitas occisus sit, *l. inde Neratius* 23. §. *sed & si servus* 4. *ff. h. t.* & in summa, omnia veniunt commoda, quæ intra annum aut mensem retro computandum rem læsam aut peremtam fecerunt pretiosiorem. *d. l.* 23. §. *in summa* 6. *ff. h. t.* Plane, si interesse incertum sit, nulla ejus habenda ratio; quo fundamento is, qui retia aliena confregit, ad æstimationem piscium, qui capi forte potuissent, non tenetur; idemque in venatoribus & aucupibus probatum fuit. *l. quemadmodum* 29. §. *item Labeo* 3. *ff. h. t.* arg. *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem* 3. *ff. de action. emti.* D. Noodt *libro de lege Aquilia cap. ult. in fine.* Denique ex inficiatione, hanc ex lege Aquilia litem in duplum crescere, loco non uno adnotatum, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t. l. doli verbum* 5. §. *haec actio* 2. *ff. de servo corrupto.* §. *ult. Instit. de oblig. quae quasi ex contractu. l. inde Neratius* 23. §. *pen. ff. h. t.* §. *sed furti quidem* 26. *Instit. de action. l. contra negantem* 4. *C. h. t.* nisi ante litem contestatam ab inficiatione desistat, qui læsit; (aut etiam post litem contestatam, si minor sit & ætatis auxilio juvetur.) arg. *l. electio* 26. §. *neque heredi* 5. *ff. de noxal. action.* junct. *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. de minor. viginti quinque annis.* aut non ordinariis convincatur probationibus, sed ex præstito per actorem jurejurando succumbat. *l. eum, qui juravit* 30. *ff. de jurejurando.*

7. Quodsi quis primitus egerit ex capite tertio de homine vulnerato, eo deinceps ex vulnere defuncto, non prohibetur iterum ex primo legis ejusdem capite de occiso contendere: ita tamen, ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam

quam consequi deberet, si initio de homine occiso egisset. *l. si vulnerato 46. l. 47. ff. h. t.* Hæc ita, si ex uno eodemque facto bis agatur: nam si servum meum alio tempore Titius mutilaverit, alio deinde intra annum occiderit, in posteriorem ex capite primo condemnationem haud foret imputandum id, quod ante mihi ex capite tertio agenti adjudicatum fuit: duo enim delicta sunt. *l. illud quaesitum est 32. §. 1. ff. h. t.*

8. Si plures simul damnum dederint, adversus singulos hæc æstimationis & ejus quod interest persecutio in solidum concessa est, sic ut unius præstatione cæteri non liberentur, cum sui quisque, non alieni delicti pœnam solvat: sive constet æqualiter omnes occidisse, dum simul trabem dejecerunt hominemque oppressérunt, sive alter tenuerit occidendum, alter interemerit; sive plures percusserint in rixa forte, nec appareat cujus ictu læsio aut cædes facta sit. *l. item Mela 11. §. 1. 2. 4. l. ita vulneratus 51. §. 1. & §. ult. in fine ff. h. t.* Sic ut & summo jure dominus, cujus familia damnum dedit, singulorum servorum nomine in solidum teneatur. *l. si familia 9. ff. de jurisdict.* quamvis ex bono & æquo domino succursum sit, & id, quod in furto familiæ receptum est, etiam ad damnum legis Aquiliæ porrectum, ut scilicet non singulorum sed omnium nomine, velut ex uno hominis liberi facto teneatur. *l. illud quaesitum est 32. pr. ff. h. t.* Nec dictis contrarium est, quod in actione quod metus causa plures quidem metu rem extorquentes, in solidum singuli tenentur, sed unius solutio cæteris prodest ad liberationem, *l. item si cum 14. §. ult. l. 15. 16. ff. quod metus causa.* quodque propter dejectionem ex plurium cœnaculo pro indiviso habitato, singuli quidem in solidum de dejectis & effusis conveniri possunt, sed uno solvente etiam adversus cæteros ista actio perimitur, *l. 1. §. ult. & ll. seqq. ff. de his qui dejec. vel effud.* unde videri posset, idem in damno per plures dato statuendum esse. Etenim diversitatis ea ratio est, quod actio quod metus causa initio inspecto secundum propriam naturam suam rei persecutoria est, non ex solo metu, sed demum ex contumacia subsequente, in quadruplum crescens, *§. item actio de eo 27. Instit. de action.* ut proinde metum passus rem habens ex restitutione per unum facta, non ultra queat adversus cæteros hanc rei persecutoriam quod metus causa actionem movere; cum ex adverso creditum fuerit, legis Aquiliæ judicium pœnale esse, *§. his autem verbis 9. Instit. h. t.* & ex principiis

juris certum ſit, rei quidem perſecutionem non niſi ſemel fieri poſſe; pœnæ vero petitionem ſæpius contra diverſos dari delinquentes, ut ſui quisque delicti meritam ſubeat coercitionem. D. Noodt *libro ad leg. Aquil. cap. 10. in med.* Et quod attinet de dejectis & effuſis actionem in duplum mixtam pœnalem, uno inhabitantium illic ſolvente reliqui liberantur, non tam ex eo, quod unum tantum culpatur factum, (nam & in plurium rixa cum ſervus læſus eſt aut periit uno vulnere lethali, cujus autor certus non apparet, & cum plures trabem dejecerunt, unde homo occiſus eſt, unum tantum factum arguitur, arg. *l. ita vulneratus 51. in fine ff. h. t.*) quam potius, quod non adeo rigide cum illis agendum fuerit, qui principaliter ex alieno vero delicto, & ex ſuo tantum quaſi delicto, obligabantur, quod eſt in dejectis & effuſis: atque quidem cum iis, qui ex vero delicto proprio conveniuntur; uti id ſit in legis Aquiliæ actione.

9. Quod ſi unus ſervum lethaliter vulneraverit, alter deinde ex intervallo alio vulnere eundem occiderit, ſiquidem vulnus a priore inflictum tale fuerit, ut certo certius inde ſervus periturus fuiſſet, utrumque ex legis Aquiliæ capite primo de occiſo teneri, Julianus ait *l. ita vulneratus 51. pr. & §. 2. ff. h. t.* de caſu enim, quo certum erat, vulneratum ex vulnere priore moriturum fuiſſe, Julianum in d. l. tractare, non facile inficias iverit, quisquis modo conſideraverit, quæſtionem ibidem ſecundum prima legis verba, de eo conceptam eſſe, *qui ita vulneratus erat, ut eo ictu certum eſſet moriturum*, deciſionem itidem mentionem habere, ejus, *cui cum mortiferum vulnus prior inflixiſſet, poſterior ex intervallo ita percuſſit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat*: denique Julianum ita argumentatum fuiſſe, ut contenderet, lege Aquilia non ſolum teneri, qui ita vulneraſſent, ut confeſtim vita privarent, *ſed etiam hos, quorum ex vulnere certum eſſet aliquem vita exceſſurum.* Contra vero ſi prior ita lethaliter vulneraverit, ut probabiliter quidem, at non certo certius, vulneratus inde moriturus fuiſſet, aliusque deinde eundem vulnere novo exanimaverit, aut ruina naufragiumve ſuppreſſerit, priorem non quaſi occiderit, ſed quaſi vulneraverit, teneri, Ulpiano placuit, ac ipſi Juliano, *l. item Mela 11. §. Celſus ſcribit 3. l. huic ſcripturae 15. §. 1. ff. h. t.* Quod enim de vulnere non certo certius lethali Ulpianus ex Juliani mente in *d. l. 15. §. 1.*

§. 1. differuerit, ex decisionis ratione manifestum est, quod nempe superveniens *ruina passa non sit apparere, an* ex vulnere priore *occisus sit;* quæ de vulnere certo certius mortifero, adeoque certissimam mortis sequelam habituro, inutiliter dicta forent. Nec est, quod nobis regeratur, tunc, cum certo certius ex vulnere priore mors imminebat, alio superveniente ac occidente, apparere certum cædis autorem, puta posteriorem; ac proinde priorem non tam occidisse videri, quam vulnerasse. Aliter enim procul dubio existimaverit, qui respiciet illud Iuliani, dicentis, *verum esse, servum a te occisum esse tunc, cum vulnerabas. d. l. 15. §. 1. ff. h. t.* & penitius expendet, in legis Aquiliæ primo capite non tam mortem aut mortis tempus, quam potius vulnus ipsum lethale vulnerisque inflicti tempus, fuisse spectatum, sic ut non a mortis sed vulnerationis tempore annus fuerit retro computandus; quasi jam tum, cum vulnerabatur servus, peremtus fuisset. *l. annus 21. §. 1. l. ita vulneratus 51. §. 2. ff. h. t.* Quod autem in *d. l. 15. §. 1.* post verba, *eum a te occisum esse tunc, cum vulnerabas,* subjungitur, id *mortuo demum eo apparuisse,* non alia de causa factum videri potest, quia vulnus, de quo illic agebatur, tale erat, ut certum non esset, servum ex eo moriturum. Mortuo ergo demum servo apparuit, eum illo ex vulnere occubuisse; eodem autem postmodum ruina oppresso, verum erat, supervenientem ruinam passam non esse apparere, an priore ex ictu occisus esset; & quia in dubio pœnæ interpretatione molliendæ potius quam exasperandæ erant, *l. pen. ff. de poenis,* inclinandum magis fuit in id, ut prior de vulnerato potius, quam de occiso teneretur. Et, quæ quæso æquitas, quæ sana juris ratio patiatur, ut, qui suo facto, sua certo certius lethali vulneratione, jam sese nocentem, & capiti primo legis Aquiliæ obnoxium reddiderat, quippe jam tum occidens, cum vulnerabat, ob mortem indubie inde secuturam, alieno deinceps crimine superveniente nocens esse desineret, aut saltem inciperet minus nocens esse, & in minus obligatus, atque adeo flagitio alieno sublevaretur? aut quæ, obsecro, justitiæ æquabilitas erit, si ex lege Aquilia sæpius hominis interemti æstimationem peti jura permittant, ubi servo unum tantum vulnus lethale in rixa plurium incerto autore inflictum apparet. *d. l. 51. §. 1. d. l. 11. §. 2. ff. h. t.* contra vero unum tantum de occiso teneri vellent, ubi duo

duo-

duorum percuſſorum haud ignotorum vulnera conſpicua ſunt certo certius mortifera, temporibus diverſis eidem illata? Aliud ſane ſuadet JCti aſſertio; cum enim conſtaret, morte rei contingere abolitionem, & accuſatorem tunc poſſe impune deſiſtere, obſervatum a Macro fuit, *ſi poſtea, quam accuſator deſtitit, reus deceſſerit, non ideo magis delictum accuſatoris relevari*, adeoque mortem ſupervenientem, ſive caſu, ſive facto alieno, nec in totum nec pro parte excuſare eum, qui ante mortem iſtius tertii jam cœperat nocens eſſe, *l. in ſenatuſc. 15. §. caeterum 4. ff. ad SC. Turpill.* Ut proinde diſtinctioni ſuperiori etiamnum inhærere malim, quam Julianum fingere ſibi contrarium, & opinionis in *l. 51.* propoſitæ, juſtæ ſane atque rationabilis, poenitentem, cujus tamen poenitentiæ nullum vel ex Juliani confeſſione, vel ex Ulpiani & reliquorum adnotationibus veſtigium occurrit.

10. Actio pro damni dati coercitione ex lege Aquilia duplex eſt, directa alia, alia utilis. Directa domino datur, etiamſi dominium ab eo poſtea receſſurum ſit; qua ratione debitor aut venditor rei recte experitur, ſi creditor ante moram, vel extraneus rem corruperit promiſſam venditamve. *l. legis Aquiliae 54. ff. h. t. §. quum autem 3. in fin. Inſtit. de emt. vendit.* usque adeo, ut, ſi ſemel competere coeperit, duratura ſit, etiamſi res, cui nocitum, poſtea alienata vel extincta fuerit. *l. quaecunque 56. ff. de obligat. & action. l. ſin autem 27. §. ſi homo 2. ff. de rei vindicat.* Neque tamen domino directa ſemper datur, ſed tum demum, cum corpore & in corpus damnum datum eſt. Utilis ipſi quoque domino accommodata, quoties non corpore ſed tantum in corpus damnum datum fuit. *§. ult. Inſt. h. t.* quo reſpectu multum intereſſe dicitur, occidat quis, an mortis cauſam præbeat; in quantum ſcilicet occidens directa, mortis cauſam præbens utili ſeu in factum civili actione conveniendus eſt. *l. qua actione 7. §. Celſus 6. ff. h. t.* Quamvis in lege Cornelia de ſicariis inter hæc duo nihil interſit, dum uterque, ſive occiderit, ſive mortis cauſam præbuerit, ex lege Cornelia pro homicida habetur, & ultore gladio poenam ſubit. *l. nihil intereſt 15. ff. ad leg. Cornel. de ſicariis.* Sed & aliis, qui domini non ſunt, utilis competit, ſive tunc corpore & in corpus damnum datum ſit, ſive non corpore, ſed in corpus; veluti fructuario & uſuario, ſive dominus proprietatis ſive extraneus

neus intulerit rei fructuariæ læsionem. *l. item Mela 11. §. ult. l. 12. ff. h. t. l. locum autem 17. §. ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. & eleganter 7. §. si servum 4. l. arbitrio 18. §. si dominus 2. ff. de dolo.* bonæ fidei possessori, quippe cui tantum bona fides præstare solet, quantum veritas, ubi lex impedimento non est. *d. l. item Mela 11. §. sed, si servus 8. l. si dominus 17. ff. h. t.* junct. *l. bona fides 136. ff. de regul. jur.* creditori hypothecario ob damnum in pignore datum, ut saltem usque ad modum debiti consequatur, in debitum imputaturus, quæ ita impetrabit; in reliquum debitori directa actione relicta. *l. si dominus 17. l. qui occidit 30. §. pignori 1. ff. h. t. l. servum 27. ff. de pign. & hypoth.* Non tamen commodatario, neque fulloni, similibusque, qui servandum aliquid conduxerunt, aut acceperunt utendum, si forte vestes ipsis commodatæ, aut ad poliendum datæ, per alium sciissæ sint. Cum enim factum tertii iniquum casui magis fortuito, quam culpæ adnumerari debeat, quantum ad commodatarium fullonemve attinet, dum nulla plerumque cura aut diligentia consequi possumus, ne alius damnum nobis injuria det; casum autem fortuitum neque fullo neque commodatarius præstare teneatur; consequens fuit, hactenus eorum haud interesse, ac proinde nec ad ipsos, sed magis ad dominum, hanc legis Aquiliæ actionem spectare. *l. item Mela 11. §. pen. ff. h. t. l. ad eos 19. ff. commodati. l. sed de damno 41. ff. locati.* Plane, si quæ fullonis aut commodatarii in rebus asservandis negligentia appareat, propter quam actione commodati vel locati eos conveniri placuit, juxta *d. l. 41.* vix dubitandum fuerit, quin ad exemplum modumque actionis furti, utilis quoque legis Aquiliæ ipsis tribuenda sit; cum eatenus interfit eorum, rem salvam esse. arg. *§. item si fullo 15. & 16. Instit. de obligat. quae ex delicto.* Quo etiam solo fundamento utrique, tum fulloni, tum commodatario, actionem de pauperie a Paulo in *l. 2. ff. si quadrup. paup. fec. dicatur*, concessam puto: ait enim, eos ista posse experiri actione, quia ipsorum interest; interesse autem, *quia eo ipso quo tenentur*, (puta domino) *damnum videntur pati.* Ut proinde illis in casibus, quibus culpa carent ac domino non tenentur, etiam non magis de pauperie quam ex lege Aquilia actionem habituri sint. Sed quia hodie actiones ex delictis, quatenus privato dantur, non poenales sed rei persecutoriæ sunt, magis placuit, hanc actio-

actionem commodatario etiam tunc dari, cum ipse culpa omni in re asservanda caruit, ad id ut consequatur quanti sua interest usum ante tempus, commodato appositum, non esse interversum aut impeditum. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 37. num. 10. & seqq.* uti & illis, qui servorum aut ancillarum operas habuerunt conductas, quatenus ipsorum interest, ministeriis haud caruisse. Grotius *d. lib. 3. cap. 34. num. 8.*

11. Adhæc utilis homini libero vulnerato actio indulta fuit, ad id quod interest, non directa; cum nemo membrorum suorum dominus sit. *l. liber homo 13. ff. h. t.* Etsi enim alibi ab Ulpiano scriptum sit, licere omnibus, atque ipsis *etiam servis, naturaliter in suum corpus saevire, l. sed si damnum 9. §. si ipse servus 7. ff. de peculio.* non tamen inde cujusque in sua membra dominium probatur; cum vel natura illic ea intelligenda sit, cujus & Senatusconsultum Macedonianum meminit, quæ sceleris causas Macedoni foeneratori improbo dicebatur administrare, *l. 1. ff. ad Senatusc. Macedon.* vel Ulpianus ex mente Stoicorum loquatur, qui licitum putabant sibi mortem conscisere, si vitam sibi servitutem & supplicium, mortem vero solatium & libertatem fore crederent, sic ut nec potestas dominica hanc posset servis impedire viam sese in libertatem vindicandi. *Non est molestum servire*, ait Seneca consolat. ad Marciam cap. 20. *ubi si domini pertaesum est, licet uno gradu ad libertatem transire, contra injurias vitae beneficium mortis habeo.* Et libr. 3. de ira cap. 15. *Quid gemis demens, quid expectas, ut te aut hostis aliquis per exitium gentis tuae vindicet, aut rex a longinquo potens advolet? quocunque respexeris, ibi malorum finis est, vides illum praecipitem locum? illac ad libertatem descenditur: vides illum mare, illud flumen, illum puteum? libertas illic in imo sedet. Vides illam [arborem, brevem, retorridam, infelicem? pendet inde libertas: vides jugulum tuum, guttur tuum, cor tuum? effugia servitutis sunt, nimis tibi operosos exitus monstro: & multum animi ac roboris exigentes: quaeris, quod sit ad libertatem iter? quaelibet in corpore tuo vena.* Adeo autem pro homine libero vulnerato actio datur, ut non modo impendiorum in curationem, & operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, sed & cicatricis & doloris atque deformitatis æstimatio moribus præstanda veniat, si per læsum læsamve petita sit; etsi

jure

jure Romano horum ratio habita non fuerit, dum corpus liberum proprie nullam recipit æstimationem. arg. *l. ult. ff. de his qui effud. vel dejec. l. ex hac lege 3. ff. si quadrup. paup. fec. dicatur.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 34. num. 5. 6. ult.* Ant. Matthæus *de crimin. libr. 47. tit. 3. cap. 3. num. 4.* Groenewegen ad *d. l. ult. ff. de his qui dejec. vel effud.* Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 1. *Instit. de oblig. ex quasi delict. num. 2.* Si filiusfamilias vulneratus sit, non filio sed patri utilem actionem dari placuit, ad impendia in medicos facta, & operarum æstimationem. *l. item quaeritur 13. §. item Julianus 4. ff. locati. l. sed & si 5. §. ult. l. 6. l. 7. ff. h. t. l. cum duobus 52. §. socium 16. ff. pro socio.* quod & in filiis annis viginti quinque minoribus hodie receptum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 34. num. 7.* Sed &, si occisum injuria proponas, utili actioni, patri dandæ, locum fore, colligi potest arg. *l. qua actione 7. §. si quis 4. ff. h. t. collatio legum Mosaic. & Roman. tit. 1.* quod plenius docet D. Noodt, *tract. de lege Aquilia cap. 2.* vers. *quicquid tamen.* Nec dubium, quin ex usu hodierno latius illa agendi potestas extensa sit: in quantum ob hominem liberum culpa occisum uxori & liberis actio datur in id, quod religioni judicantis æquum videbitur, habita ratione victus, quem occisus uxori liberisque suis aut aliis propinquis ex operis potuisset ac solitus esset submministrare. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 33. num. 4. 5. 6.* Gomesius *resolut. tom. 3. cap. 3. num. 37.* Besoldus *delib. jur. ad Pand. h. t. quaest. 2.* Cravetta *part. 1. consil. 119. n. 6.* Ant. Matthæus *de crimin. lib. 48. tit. 5. cap. 7. num. 11. & 12.* Paulus Voet *ad d. §. 1. Instit. de oblig. ex quasi delict. n. 2. in pr.* Berlichius *concluf. pract. part. 4. concluf. 18. num. 21. & seqq.* Qua in re si concurrat forte uxor, parentes, liberi, alter alteri præferendus non est; sed magis unicuique in id, quanti sua interesse docet, actio danda; tum quia singuli non de pœna, sed damno sibi illato reparando contendunt; tum quia hæc actio uxori, liberis, similibusque, non qua occisi heredibus adcoque jure hereditario, sed qua læsis ex facto occidentis datur; sic ut & illis accommodanda veniat, qui defuncto heredes esse ab intestato non potuerunt, vel occisi hereditatem, utpote suspectam, noluerunt adire. arg. *l. vero plures 5. §. haec autem actio 5. ff. de his qui effud.*

effud. vel dejec. D. Joh. a Sömeren *de jure novercar. cap. 15. num. 7.* Grœnewegen ad §. 1. *Inſtit. de oblig. quae quaſi ex delicto.* Beſoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. quaeſt. 2.* Caſtillo Sotomay. *ad uſufr. cap. 40.*

12. Competunt vero hæ actiones directæ vel utiles adverſus eos, qui damnum dederunt; etiam maritum aut uxorem, cum non infament, *l. pen. ff. h. t.* & illos, qui, cum prohibere potuiſſent ac debuiſſent damni illationem, illud inferri paſſi ſunt, *l. in lege Aquilia 44. §. 1. l. 45. ff. h. t.* quive opem tulerunt facientibus, aut fieri juſſerunt, *l. liber homo 37. ff. h. t.* vel ſeſe damnum dediſſe confeſſi ſunt, ſi de damno dato conſtet, ſed autor hactenus incertus fuerit; adeo ut adverſus emiſſam confeſſionem dein ad inficias ire volens, audiendus non ſit, niſi ipſe docuerit confeſſionis errorem ac falſitatem. *l. inde Neratius 23. §. ult. l. 24. 25. ff. h. t.* In heredes lædentis Aquilia agi diſplicuit, quia creditum fuit pœnales hujus legis actiones eſſe, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit, vel aliquid ex dolo ejus ad heredes pervenerit *§. his autem verbis 9. Inſtit. h. t. l. indę Neratius 23. §. hanc actionem 8. ff. h. t.* Cæterum ex quo noſtris ac aliorum moribus obtinuit, non pœnalem amplius, ſed rei perſecutoriam eſſe, etiam poſt inficiationem, hanc legis Aquiliæ actionem, exemplo cæterarum ex delictis deſcendentium ac læſis accommodatarum, ſic ut ſolam damni vere illati & ejus quod intereſt æſtimationem actor conſequatur. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 32. num. 17. 18.* Ant. Matthæus *de crimin. libr. 47. tit. 3. cap. 3. num. 4.* Groenewegen ad *§. ult. Inſtit. h. t.* & ad *l. 20. §. 4. ff. de petit. hered.* Paulus Voet ad *d. §. ult. Inſtit. h. t. num. ult.* conſequens fuit, heredes quoque ad integri damni reparationem hodie obligatos eſſe, licet neque lis cum defuncto conteſtata fuerit, neque quicquam ex dolo culpave defuncti ad eos pervenerit, nec bona defuncti ſolvendo ſint; niſi heres delinquentis impetrato inventarii beneficio adierit hereditatem, quippe quo caſu non magis læſis, quam aliis quibuscunque defuncti creditoribus, ultra vires hereditarias obligatus foret. Grotius *Manud. ad juriſprud. Holl. d. libr. 3. cap. 32. n. 22. 23.* Groenewegen ad *l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hered. teneantur in fine.* Leeuwen *cenſ. forenſ. part. 1. lib. 3. cap. 1. n. 2.* Sed & ubi plures læſerunt, uno damna in ſolidum reparante, reliquos

quos læſo non ultra nunc teneri, verius eſt; utpote qui dolo faceret, indemnitatem iterato petens, quam jam ab alio per actionem rei perſecutoriam adeptus erat. Grotius *manuduct. ad juriſprud. Holland. lib. 3 cap. 34. n. 12.* Interim præter damni reparationem, læſis præſtandam, inſuper vulnerantibus atque aliter lædentibus mulctæ variæ ſingulorum prope locorum ſtatutis inveniuntur impoſitæ, de quibus Leeuwen *cenſur. forenſ. part. 1. lib. 5. cap. 21.* Adde Placita Ordin. Gener. *6. Sept. 1661. in vol. 2. placit. Holland. pag. 2669.* & *25. Novembr. anni 1665. vol. 3. pag. 599.* Placita Ordin. Zelandiæ *27. Novembr. 1654. d. vol. 2. pag. 2407.* circa quas mulctas ambigendum haud videtur, quin delinquentium morte evaneſcat earum exactio; & ex adverſo in caſu plurium ſimul lædentium ita unusquisque etiamnum hodie in ſolidum mulctandus veniat, ut unius præſtatione cæteri non liberentur. Sande *deciſ. Friſic. lib. 5. tit. 9. defin. 5.* Berlichius *concluſ. pract. part. 4. concluſ. 11. n. 19. & ſeqq.*

13. Quamvis autem vulgo in delictis affectus maleficia diſtinguere ſoleat, §. *placuit 7. & §. pen. Inſtit. de obligat. quae ex delicto.* ac ſecundum illud Senecæ lib. de ira, *idem delictum in duobus non eodem modo afficiat, ſi alter per negligentiam admiſit, alter curavit ut nocens eſſet.* Hac tamen in lege par doli & culpæ, etiam leviſſimæ, omnisque imprudentiæ, imperitiæ, infirmitatis ratio eſt, eademque coercitio, §. *ac ne is 3. & ſeqq. Inſtit. h. t. l. in lege Aquilia 44. & paſſim ff. h. t.* eo modo, quo & in contractibus doli & culpæ præſtationem recipientibus id receptum eſt, dum nihil intereſt, dolo an culpa læſio interceſſerit, ad eum effectum, ut damnum reparetur: nam etſi Romanis placuerit, pœnalem aliquo modo eſſe legis hujus actionem, eam tamen magis ad indemnitatem, quam ad ultionem pertinuiſſe, Ulpianus docet *l. item apud Labeonem 15. §. ſi quis ſervo 46. ff. de injuriis.*

14. Sed quo magis hæc damni injuria dati materia illuſtretur, operæ pretium fuerit, præcipuas tum ex legibus tum ex moribus enumerare factorum ſpecies, quibus damnum culpa datum creditur; quibusque ex adverſo, tanquam jure vel caſu datum, extra legis pœnam eſt. Sunt autem (ut ordo quidam in recenſendo ſervetur) qui tenentur, dum in munere verſantes, aut aliter in re per leges licita, per occaſionem ejus dolo vel imprudentia vel imperitia damnum intulerunt. Sunt, con-

tra quos actio datur, quia auxilio, impulsu, hortatu, consiliove eorum læsio facta est. Sunt, qui ex petulantia; sunt denique qui variis aliis factorum culpandorum speciebus nocentes, directa vel utili legis Aquiliæ conveniuntur actione.

15. Ad primam classem merito magistrum retuleris, qui, cum modicam discipulos castigandi haberet potestatem, sævitia nimia ac puniendi acerbitate modum excessit; veluti in specie a Juliano proposita, qua sutor puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti quod demonstratum erat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur: neque enim dubium, quin & præceptoris & alterius cujuscunque sævitia nimia culpæ accensenda sit. *l. sed & si quemcunque 5. §. ult. l. 6. 7. ff. h. t. l. item quaeritur 13. §. item Julianus 4. ff. locati.* arg. *l. si constante 24. §. si maritus 5. ff. soluto matrimom. l. locum 17. §. 1. ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Sed & magistratus, qui, licet adversus resistentem violentius quid facere jure licito & jure honoris possint, quod ad vindictam majestatis publicæ respiciat, nec ad damni æstimationem obstricti sint, si servus jussu ipsorum pignori captus sese suspenderit, dum juris executio injuriam habere non intelligitur; tamen ex lege Aquilia teneri possunt, quoties magistratus sui fiducia injuriosum quid contra bonos mores fecerint, quo alteri nocitum. *l. quemad. 29. §. magistr. 7. ff. h. t. l. eumque eum aedili 13. ff. de peric. & commod. rei vend.* arg. *l. injuriarum 13. §. is qui 1. l. nec magistr. 32. l. 33. ff. de injuriis. l. continet 3. §. 1. ff. quod metus causa.* Gubernatorem quoque navis aut nautas, quorum culpa navis in retia piscatorum aut scapham alterius vel navim impacta, damnum dedit, dum in potestate eorum erat, ne id accideret: nam si vel fune rupto, vel tempestatis violentia id extra culpam nautarum contigisset, tantum abest, ut Aquiliæ locus foret, ut ne tunc quidem, cum vi ventorum navis impressa esset in funes anchorarum alterius, & nautæ funes præcidissent, actionem dari oportere responsum sit, si nullo alio modo, quam præcisis funibus, explicare se nautæ potuerint. *d. l. quemadm. 29. §. 2. 3. 4. ff. h. t. l. item quaeritur 13. §. 1. 2. ff. locati.* Quæ tamen de damno sine culpa navigantium illato per navigiorum collisionem paulo aliter hodiernis legibus nauticis definita sunt: etenim si citra culpam navis anchora teneri desinat, ac fluctuare incipiens damnum inferat alteri navigio etiamnum ex anchora stanti, domini navis

ita

ita lædentis & damnum proprium ferre tenentur, & partem dimidiam damni navigio ex anchora ſtanti illati. Idemque eſt, ſi navis navigans impreſſa ſit navigio alteri ex anchora ſtanti, ac ei nocuerit, ſi modo magiſter navis impingentis cum ſociis nauticis jurato aſſerat, ſe culpa carere, nec culpa ab adverſario doceatur. Sed ſi navis navigans de die vel de nocte, ſerena vel turbulenta tempeſtate, itidem ſine culpa navi alteri naviganti impreſſa nocuerit, damnum utrique illatum navigio æqualiter utrimque ferendum eſt. Uti & damnum commune erit, ſi ſine culpa magiſtri index anchoræ, ex qua ſtat navis (*den Dobber of Boeye*) amotus ſit, & dum alterius indicis reſtituendi occaſio nondum fuit, damnum inde navi alteri illatum fuerit. Plane in his omnibus probata culpa, ſolum culpæ reum ad univerſi damni reparationem condemnari oportet: in culpa autem eſt, qui vel ab initio indicem anchoræ jactæ non addidit, vel amotum caſu non mature reſtituit: quive navigio alteri vado hærenti propinquam habens navem propriam ex anchora ſtantem, ita ut damnum merito metuatur, neque periculi amovendi cauſa ſtationem ſuam mutare vult, utcunque admonitus, neque magiſtro navis fundo hærentis permittere, ut is navis vado non hærentis ſtationem ſuo ſuorumque labore mutet. De his vide *Placitum nauticum Philippi Regis ult. Octob. anni 1563. tit. van Schepen die malkander beſchadigen art. 1. 2. 3. 4. 5. vol. 1. plac. Holl. pag. 817. Wisbuyſche Zee-rechten art. 48. 49. 50.* Hug. Grotium *manud. ad juriſprud. Holl. lib. 3. c. 38. n. 18. & ſeqq.* Neoſtadium *Cur. ſupr. deciſ. 48. 49.* Jac. Coren *obſerv. 40.* Reſponſa Juriſc. Holl. *part. 1. conſil. 198.* Vinnium ad Peckium *de re nautica ad l. 5. ff. de lege Rhod. de jactu.* Et *bellum juridicum, caſu 49.* ubi etiam adſtruitur, damno per colliſionem navium in mari dato, non modo navis ipſius, ſed & mercium ea vectarum damnum æqualiter ferri oportere, ſi culpa deſit; ſed in fluminibus contingente navium colliſione, damnum quidem navium communiter ferri, ſed merces, navi tali vectas, in totum ſuis perire dominis, nec gravare dominum navis ſine culpa nautæ impingentis. Qua occaſione notandum ulterius, dominos navium in portu ex anchoris ſtantium, aut funibus alligatarum & mutua contritione damnum patientium, actionem ejus damni nomine intentare non poſſe, ſed quemque ſuum debere pati damnum, velut caſum fortuitum rei ſuæ illatum, ſecundum depoſitionem per turbam mercatorum, quæ

eſt in Pſittaco Hollandico *par. 2. tit. 1. pag. 36. & ſeqq.* De retibus vero piſcatoris, & reliquo piſcationis apparatu ſciſſo, fracto, quid juris ſit hodie, confer placita de halecum piſcatione, prohibentia, ne quis clavum navigii ſui ita junctum habeat, ut retia expoſita ei adhærere queant, neve aliorum ſimul piſcantium retia funesve præſcindat. *placit. Philippi Regis 9. Martii 1580. Ordinum Holland. 19. Aprilis 1597. & 12. Maii 1629. Vol. 1. Placit. Holl. pag. 684. & ſeqq.* Nec dubium, quin ad damni reparationem hodie ex ſuperiore juris Romani fundamento condemnandi ſint, qui inflatis velis nec ſatis tempeſtive demiſſis, portum ingredientes, munitioni vel navibus aliis aut piſcatoribus nocuerint. Vide *decretum Delegatorum Hollandiae Ordinum 4. Martii 1643. vol. 1. plac. Holland. pag. 1264.* quive per aquas piſcationis ergo elocatas navigantes, a relicto ac deſtinato navigationibus ſpatio ſponte deflectunt, atque ita in expoſitum piſcationis apparatum incidentes, damnum dant. Vide *decretum anni 1554. 28. Maii vol. 2. placit. Holl. pag 2071.* quive per loca vadoſa navigantes, vadorum peritos aſſumere pro more recepto neglexerunt, ſi vado navis hærens rimoſa facta fuerit, ac merces ea occaſione corruptæ. arg. *l. item quaeritur 13. §. ſi magiſter 2. ff. locati. placitum Philippi Regis de re nautica, anni 1563. tit. van Schip-brekinge art. 1. & 9. vol. 1. plac. Holl. pag. 814. & 816.* Reſponſa Juriſc. Holl. *part. 1. conſil. 310.*

16. Quibus autem caſibus damnum reparandum eſt, ſolummodo illud ſpectatur, quod in continenti illatum fuit, non quod poſtea ex nova cauſa, licet prioris occaſione, ſupervenit: qua ratione, cum navis impreſſione navigii alterius ſic exarmata eſſet, ut claſſem reliquam ſequi non poſſet, atque inde a piratis hoſtibusve interciperetur, damnum quidem armamentorum navis dejectorum, at non illud, quod piratarum interceptione datum fuerat, ſarciendum eſſe, a ſuprema curia judicatum fuit, teſte Groenewegio *ad Grotii manuduct. juriſprud. Holl. lib. 3. cap. 38. n.* 18. Et, ſi forte navis onuſta mercibus ex colliſione merſa ſit, in quæſtione, an merces æſtimandæ veniant, quanti emtæ ſunt, an quanti in loco deſtinato vendi poſſent, an media quædam æſtimatio viri boni arbitrio facienda ſit, dijudicandum videtur ex eo, an ante interitum jam maxima ex parte iter emenſum, ac periculum ſuperatum, an contra adhuc ſuperandum fuerit, & quousque; ut pro rata ejus æſti-

æstimatio mersarum mercium viri boni arbitratu instituatur. Vide Neostadium *Curiae supr. decis. 49.*

17. Pertinent etiam ad hanc lædentium classem cisiarii seu carrucarii, qui, dum cæteros transire contendunt, cisium evertunt ac damnum dant; temperare enim debuerant. *l. item quaeritur 13. pr. ff. locati.* Plaustrarius, cujus ex plaustro, dum male compositi lapides erant, lapis delapsus quid rupit vel fregit, *l. si servus servum 27. §. si ex plaustro 33. ff. h. t.* cujusve plaustrum in clivo ductum, non casu, sed culpa plaustrarii, cessim ire cœpit, atque ita nocuit; cujus notabilem casum Alfenus exhibet. *l. si ex plagis 52. §. in clivo 2. ff. h. t.* Adde *tit. 1. de pauperie.* Mulio, qui, cum plus justo oneraisset quadrupedem, in causa fuit, quod quadrupes collapsa onus evertendo in alium, damnum dedit, *l. 1. §. itaque 4. ff. si quadrup. paup. fecisse dic.* quive alienum animal plus justo onerando effecit, ut illud sub onere deficiens collabensque membrum aliquod ruperit, *l. si servus servum 27. §. & si mulum 23. ff. h. t.* aut, cum ipse onus nimium subiisset, dejiciendo illud, rem alterius in propinquo oppressit; vel etiam ipse cum onere prolapsus læsionem rebus alienis intulit, sive plus justo se oneraverit; dum in ipsius arbitrio erat ita se non onerare; sive non nimium quidem oneratus, negligentius tamen per lubricum transierit. *l. qua actione 7. §. sed si quis 2. ff. h. t.* Tonsor eo in loco tondens, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, si, cum pila quidam luderent, ea vehementius percussa in tonsoris manus dejecta sit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula fuerit adacto cultello præcisa. *l. item Mela 11. pr. ff. h. t.* Etsi enim non male dicatur, eum, qui se tonsori, periculoso in loco sellam habenti, commiserit, de se queri oportere, d. l. 11. non tamen inde excusata videri potest major illa tonsoris culpa ac imprudentia, in loco non tuto artem profitentis; dum novum non est, ut in concurrente duorum culpa is teneatur, cujus culpa major conspicitur. arg. *l. lectos 12. & 13. ff. de peric. & commodo rei vend. l. 1. §. ult. l. 2. ff. ne quis eum qui in jus voc. vi eximat.* neque etiam culpa in totum caret, qui se imperito dedit medico curandum; quem tamen ex imperitia male curantem, habiturus esset sibi hac lege devinctum, ut alibi dictum.

18. Adhæc putator, aut machinarius, (qualis forte qui in machina elevata operatur ad oppositionem ejus, qui de plano opus facit. *l. si ut certo 5. §. sed interdum 7. ff. commodati.*)

qui prope viam ſive publicam ſive privatam ramos amputatos, aut trabes, aliamve materiam, dejiciens, antequam mature proclamaſſet ut evitari caſus poſſet, tranſeuntibus nocuit; aut, cum non prope viam putaret, vel operaretur, dolo malo immittit in eum, quem videt tranſeuntem, quive ex alto ſeſe præcipitans, ſuper alium venit, eumque occidit. *l. item Mela 11. §. ſi plures 4. l. ſi putator 31. ff. h. t. §. item ſi 5. Inſtit. h. t.* junct. *l. in lege Cornelia 7. ff. ad leg. Cornel. de ſicariis.* Quibus non abſimiles, qui foveas urſorum cervorumve capiendorum cauſa faciunt, laqueosque ponunt, ſi in laqueos foveasque animal alienum inciderit, aut aliter damnum datum ſit: nam ſi hæc in itineribus facta ſint, neque denunciatum fuerit, actioni huic locus foret; ſin alibi, ubi id fieri ſolet, contra dicendum. *l. qui foveas 28. pr. & §. 1. l. 29. pr. ff. h. t.*

19. Fornacarius quoque, qui ad fornacem obdormivit, ſi ignis negligentius cuſtoditus villam exuſſerit, cum vel ignem extinguere debuiſſet, vel ita munire, ne evagetur, *l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi fornacarius 9. ff. h. t.* ut & qui ſecundum parietem communem furnum habens, ſic ignem injecit, ut inde paries exuſtus ſit, *d. l. 27. §. ſi furnum 10. ff. h. t.* quique in ſtipulam ſuam vel ſpinam, comburendæ ejus gratia, ignem immiſit, ſi is ulterius evagatus ac progreſſus alienam ſylvam vel ſegetem vel vineam læſerit, aliqua ipſius primi ignem immittentis apparente negligentia, dum forte die ventoſo id fecit, aut non obſervavit, ne ignis longius procederet: nam ſi omnia, quæ oportuit, obſervaverit, vel ſubita vis venti longius ignem produxerit, culpa caret. *l. qui occidit 30. §. in hac 3. ff. h. t. l. 1. C. h. t.* Amplius qui ſclopeto in avem tecto ſtramineo aut acervo ſpicarum aut fœni inſidentem diſploſo incendium excitavit. Andr. Gayl *libr. 2. obſerv. 22. num. 7.* & generaliter, qui culpa ſua cauſam incendio dedit, *d. l. ſi ſervus ſervum 27. §. idem ſi arbuſtum 7. 8. & 11. ff. h. t.* etiamſi illud deinde latius ſerpens proximioribus remotioribusque vicinis damnum intulerit: neque enim dubium, quin de omni detrimento, ex probata prima culpa profluente, teneatur. *d. l. 30. §. 3. ff. h. t. l. capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de pœnis. l. qui aedes 9. ff. de incend. ruin. naufr.* Andr. Gayl *lib. 2. obſerv. 22. num. 1. 2. 3.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 38. num. 3.* Reſponſa JCtor. Holland. *part. 1. conſil. 256.*

20. Or-

20. Orto autem in ædibus, sive per dominum sive per conductorem inhabitatis, incendio, disputatum varie ab interpretibus, utrum inhabitanti incumbat onus probandæ diligentiæ propriæ; an vero locatori vicinisve, incendio illo ulterius evagante læsis, culpæ probatio imponenda sit. Sunt, qui inhabitantem onere probandi gravant, eo quod incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium; eumque, nisi a culpa sese purgaverit, condemnandum arbitrantur. Fachineus *controv. lib. 1. cap. 87.* Sande *decis. Frisic. libr. 3. tit. 6. defin. 9. in fine.* Mollerus *semestr. libr. 4. cap. 31.* Vinnius *sel. & quaest. libr. 1. cap. 33.* Magis tamen est, ut in dubio probandi necessitas in locatorem aut vicinos damni reparationem ab inhabitante prosequentes rejiciatur. Non ea quidem ratione, quod incendia casibus fortuitis, a nemine præstandis, adnumerata legimus, §. *item is, cui 2. Instit. quib. mod. re contrah. obligat. l. si, ut certo 5.* §. *quod vero 4. ff. commod. l. contractus quidam 23. ff. de reg. juris.* cum id sæpissime verum tantum sit, quatenus serpentia latius, damnum vicinis dant, & alioquin culpa inhabitantium, incendia fieri plerumque credantur. Sed potius, quia secundum certa juris principia actori (quales hic læsi) incumbit probandi provincia, sic ut, eo intentionem non firmante, reus absolvendus sit, licet nihil ipse præstet. *l. qui accusare 4. C. de edendo. l. verius 21. ff. de probation.* Atque insuper affirmanti, non neganti, probatio imponenda; dum factum negantis nulla per rerum naturam probatio est, *l. actor. 23. C. de probat. l. asseveratio 10. C. de non num. pecun. l. ei incumbit. 2. ff. de probat.* negat autem inhabitans, se culpam admisisse; ajunt actores. Quibus accedit tertio, quod quisque bonus in dubio ac diligens præsumi debet, donec contrarium probatum fuerit, *l. merito 51. ff. pro socio.* hac præsertim in specie, in qua inhabitans, sive dominus sit, sive inquilinus, primus ante alios damnum ex sua debet negligentia metuere, ædium quidem ipsarum, si dominus sit, illatorum autem & invectorum, si conductor. Foventque hanc sententiam Matth. de Afflictis. *decis. 57.* Andr. Gayl *libr. 2. observ. 21.* Mascardus *de probation. conclus. 894. num. 17. & seqq.* Mynsingerus *cent. 6. observ. 88.* Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. num. 5.* Christinæus ad *Leg. Mechl. tit. 8. art. 12. num. 3.* Argentræus ad *consuet. Britan. art. 599.* Zoesius *ad Pand. tit. locati num. 25. 26.* Berlichius *part. 4. conclus. practic. 25. n. 76.*

& seqq. Perezius *ad tit. Cod. de locato num. quaedam 28.* quam alii nonnulli tum demum admittunt, cum a pluribus una domus pro diviso habitata est, ac ignoratur, cujus ex parte incendii origo sit, Sande *d. libr. 3. decis. Fris. tit. 6. defin. 9.* Menochius *de arbitrar. jud. libr. 2. casu 300. num.* 12. Nec hisce sic adstructis recte regeritur, quod jam ante concessum fuit, incendia inhabitantium culpa plerumque oriri, *l. 3. §. cognoscit* 1. *ff. de offic. praefect. vigilum. l. si vendita* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* probandi vero onus eum gravare, contra quem præsumtio est. Considerandum enim, indefinitam esse orationem illam, qua incendia dicuntur plerumque fieri culpa inhabitantium. Cum ergo indefinitam enunciationem in contingentibus (id est, iis, quæ necessaria non sunt, sed esse & non esse possunt) non universali sed tantum particulari orationi æquipollere, tradant constanter dialectici, ac in aperto sit, inhabitantes quosdam posse culpa vacuos esse, non alius assertionis istius sensus est, quam, incendia plerumque fieri culpa alicujus ex inhabitantibus; & quidem, non specifice culpa hujus aut illius hominis certi, longe minus culpa omnium & singulorum, ut perperam vult Vinnius; sed velut in individuo vago, ut loquuntur. Qualis vaga, ac certam ad personam non determinata præsumtio, neminem in specie aut præcipue premens, neminem quoque in specie ad onus probandi potest obligare: ne eveniret, innocentem subinde condemnari in probatione deficientem: sed magis, quod de dolo dicitur, designari scilicet debere personam, quæ dolum fecit, nec in eo actorem oportere vagari, dolumque singulari de persona probandum esse, non præsumendum, *l. sed & ex dolo 15. §. ult. l. 16. ff. de dolo l. quotiens 18. §. 1. ff. de probation. l. dolum 6. C. de dolo. l. dolus 10. C. de rescind. vendit.* idem & in culpa videtur servandum, dum ratio justitiæ non magis aliena ex culpa, quam ex dolo alieno, alium puniri permittit. Quibus adde, specialia derogare generalibus, *l. in toto jure 80. ff. de regul. juris.* adeoque, licet in vago contra inhabitantium aliquem præsumtio culpæ militare credatur; tamen, si de singulis quæratur, specifica præsumtio, secundum ante dicta, erit, unumquemque eorum diligentem fuisse, donec contrarium demonstratum fuerit; atque ita pelletur vis omnis præsumtionis istius generalis, per potentiorem aliam specificam, pro diligentia cujusque in dubio stantem. Animadverten-

tendum denique, Jurisconsultos aperte satis definiisse, sine culpa patrisfamilias posse incendium oriri; neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominum in culpa hærere, *d. l. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.* sed posse noxæ dedendo defungi, *l. si servus servum 27. §. Proculus ait 11. ff. h.t.* nisi negligens fuisset in eligendis servorum ministeriis, quibus demandata ignis cura. *d. l. 27. §. si fornacarius 9. & 11. ff. h.t.* Non etiam dictis adversatur Antonini rescriptum, quo dispositum, conductorem gregis, qui gregem ajebat a latronibus abactum esse, casum præstare non cogi, si probari possit, abactionem citra suam fraudem contigisse. *l. si quis domum 9. §. Imperator 4. ff. locati.* Cum ista facti species a nostra penitus diversa sit; dum hic constat de incendio, illic non ita de abactionis facto; hic disquiritur, cujus culpa incendium exortum sit, quod nulli poterat utilitatem præbere, sed tantum nocere: ibi, an prædonum abigeatu, an fraude conductoris grex non appareat: cum ipse conductor potuisset lucri particeps fuisse, pactus forte cum abactoribus in prædæ partem: unde & ob similem rationem creditori, asserenti, se pignus amisisse, fides non fuit adhibenda, sed in id quod interest eum condemnari placuit, si non manifestis rationibus se perdidisse probasset, *l. si creditor 5. C. de pignorat. act.* Ut proinde a disparatis male fiat illatio. Ne dicam, probatam abunde censeri bonam fidem conductoris, ac doli defectum, dum ea diluit fraudis argumenta, quæ contra ipsum ab actore, gregis abacti domino, adducta sunt; eo modo, quo & criminum rei, heredesque eorum, innocentiam ostendere perhibentur, *l. si is. qui 2. C. qui testam. fac. poss.* quod tamen absolvendos esse constat, si nihil sufficiens accusator attulerit, quo reus convincatur. *l. ult. §. ult. ff. de bonis eor. qui ante sentent.* Denique nec hæsitationem facere potest, *l. 1. ult. & 11. seqq. ff. de his qui effud. vel dejecerint*, ubi, licet unus tantum dejecerit, omnes tamen actione de dejectis & effusis teneri debent, si non probent se culpa carere; unde videri posset concludendum, licet ex unius tantum facto incendia oriri possint, omnes tamen, atque adeo præcipue inquilinum ipsum de incendio oportere in solidum condemnari, si non probet, a se culpam abfuisse. Respondendum enim, ex eo quod unus dejiciendo læsit atque ita vere deliquit, nullum alium actione ex lege Aquilia tanquam ex vero delicto conveniri posse præter

eum, qui dejecit. Sed quia inquilini omnes, dum communiter & pro indiviſo habitabant, in quadam erant culpa omiſſionis, quod non arcuerint a ſuo cœnaculo talem qui dejecit, jure ſingulari iſta negligentiæ ſpecies, in admittendis hoſpitibus temere dejicientibus conſiſtens, a legislatore Romano cœpit haberi pro quaſi delicto, ut tuta commeantibus eſſet publica via, cum alioquin vulgo impunitum eſſet alios bona fide intra ſuum cœnaculum recipere, nec quisquam teneretur ex delictis eorum, quos hoſpitio excepit, ſi eorum opera atque miniſterio de cætero uſus non ſit, ſive illi furtum damnumve fecerint, *l. licet 6. §. in factum 3. ff. nautae caup. ſtabul. ut recepta reſtit.* ſive quid dejecerint aut effuderint, ſi modo non illic, qua vulgo iter fit. *l. 1. §. parvi 2. ff. de his qui effud. vel dejec.* Cum autem communiter idem cœnaculum inhabitantes omnes & ſinguli homines temerarios arcendi jus haberent, ac proinde id non facientes, omnes ac ſinguli iſtius culpæ, quaſi delictum conſtituentis, rei effecti eſſent, hinc iniquum non fuit, læſo concedi poteſtatem agendi actione de dejectis adverſus unum ex pluribus inquilinis, quem elegiſſet, ita tamen, ut electum ſolum non gravaret iſtius quaſi delicti nomine exacta pœna, ſed is a reliquis actione pro ſocio aliave ſimili recuperaret id omne, quod ſupra ſuam ſolviſſet partem. *d. l. 1. §. ult. & ll. ſeqq.* quæ aliter obtinent, ſi plures vere deliquerint: tunc enim quod unus ex delicto communi ſolvit, non repetit a reliquis in totum aut pro parte, ſed potius cæteri etiam pœna afficiendi, dum nulla delicti ſocietas atque communio eſt. *l. item Mela 11. §. ſed ſi plures 2. ff. h. t.* junct. *l. 1. §. plane 14. ff. de tut. & ration. diſtrah.* Quibus conſequens eſt, a pluribus, qui omnes & ſinguli quaſi deliquerunt, uti id ex ſubſecuta dejectione conſtat, quique ob id in ſolidum ſinguli non ex aliena ſed ſua culpa, quaſi delictum faciente, conveniuntur, perperam argumentum transferri ad inquilinum, necdum nocentem probatum, & ſæpe culpa carentem (juxta *l. ſi vendita 11. ff. de peric. & comm. rei vend.*) neque aliorum quorumvis penes ſe receptorum facta aut delicta præſtare obſtrictum, in ſolidum damnandum, niſi ſe culpa vacare probet.

21. Plane ſi exorti incendii tempore non niſi unum in ædibus fuiſſe proponas: cum præſumtio adverſus inhabitantes nata in ejus ſolius caput tunc quadret, nec amplius generalis ſed ſpecialis ex accidenti ſit; vix ambigendum, quin

illo

illo casu eundem onus probandi gravaturum sit. Idemque dicendum, si conductor contra legem locationi adjectam, ne certo ædium loco ignis struereturr, ibidem exstruxerit, & illo ex loco prima probetur incendii origo. Nam quod dicitur, eum teneri, *etiamsi fortuitus casus admisit incendium. l. videamus 11. §. si hoc 1. ff. locati.* non alio sensu recipiendum est, quam quod teneatur, etsi forte insolita ventorum vi, aliove simili casu inopinato, ignis ille, alioquin innoxius, damnum dederit. Quo modo etiam, cum id actum esset *ne in villa urbana foenum componeretur*, & conductor composuisset, deinde servus igne illato se occidisset, conductorem ex locato teneri Labeo dixit, quia ipse causam præbuit inferendo contra conductionem, *d. l. videamus 11. §. ult. ff. locati.* quo nomine alioquin, si pactio talis de igne aut fœno certis locis non habendo non fuisset adjecta, nullus tenetur *d. l. 30. §. 3. ff. h. t.* De cætero. si ædes fulmine tactas locator doceat, aut aliter constet, non occasione ignis vel fœni contra pactum habiti, sed aliter ædes arsisse, absolvendus foret, velut extra culpam positus incendii istius contemplatione.

22. Similiter inter eos, qui in re licita versantur, merito numerantur, qui contra violentiam alterius sese tuentur, *l. scientiam 45. §. qui, cum 4. ff. h. t. l. 2. 3. 4. C. ad leg. Corn. de sicar.* qui tamen, si modum excesserint, Aquiliæ rei sunt. Latronem sibi insidiantem, furem nocturnum occidere licet, diurnum, si telo se defendat; si modo id cum clamore testificetur, *§. injuria 2. Inst. h. t. l. itaque 4. pr. & §. 1. ff. h. t. l. si pignore 54. §. furem 2. ff. de furtis. l. nec timorem 7. §. 1. ff. quod metus causa.* si tamen periculum latronis effugere sine cæde ejus quis possit, si furi parcere sine suo periculo, nec id fecerit, legi Aquiliæ se reddit obnoxium. *d. §. 2. Instit. h. t. l. sed & si 5. ff. h. t. l. furem nocturnum 9. ff. ad leg. Corn. de sicariis.* Confer Ant. Matthæum *de crimin. lib. 48. tit. 5. cap. 2. n. 7. 8.* aliosque quos citat Groenewegen ad *l. 4. ff. h. t.* Sed &, qui sui defendendi causa lapidem in adversarium mittens, non eum, sed alium prætereuntem percusserit, tenetur. *l. scientiam 45. §. qui, cum aliter 4. ff. h. t.* Et quamvis pro rerum suarum defensione moderamen inculpatæ tutelæ jura probent, *l. 1. C. unde vi. l. quod est 3. §. eum igitur 9. ff. de vi & vi armata.* cædem tamen aut vulnus infligi furi, vim non primitus inferenti, illicitum est. Unde cum tabernarius in se-

mita

mita noctu ſupra lapidem lucernam poſuiſſet, & quidam præteriens eam ſuſtuliſſet, eumque tabernarius conſecutus retineret, lucernamque repoſceret, ille vero flagello, quod in manu habebat, tabernarium verberare cœpiſſet, ut ſe mitteret, atque ex eo rixa majore orta tabernarius tandem ei, qui lucernam ſuſtulerat, oculum effodiſſet; definitum fuit, tabernarium, ſi id data opera feciſſet, videri damnum injuria dediſſe; ſi non data opera, non obligari: culpam enim penes eum, qui prior flagello percuſſit, reſidere. Plane ſi ab eo non prior vapulaſſet, ſed cum ei lucernam furto ſubductam eripere vellet, rixatus fuiſſet, tabernarii culpa factum videri, eumque ex tertio legis Aquiliæ capite de oculo, etſi non data opera effoſſo, teneri. *l. ſi ex plagis 52. §. tabernarius 1. ff. h. t.*

23. Cum vero artis imperitia in illo, qui artem venditat aut profitetur, culpæ adſcribatur, *l. ſi quis domum 9. §. Celſus 5. ff. locati.* uti & infirmitas; dum affectare nemo debet id, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, imperitiam ſuam aut infirmitatem alteri periculoſam futuram, *l. Idem juris eſt 8. §. 1. ff. h. t.* conſequens eſt, ut hac quoque lege teneantur medici, pharmacopolæ, obſtetrices, imperite ſecantes, perperam medicamenta propinantes, ſupponentes, infundentes, pro medicamentis venena dantes. Sicut enim medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quoque prætextu humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo homines vana medicinæ faciendæ jactantia innoxium eſſe, fas non eſt. *l. qua actione 7. §. Celſus 6. & ult. l. 8. l. 9. pr. & §. 1. ff. h. t. §. imperitia 7. Inſt. h. t. d. l. 9. §. 5. ff. locati. l. illicitas 6. §. ſicuti 7. ff. de offic. præſidis.* Adhæc artifices, qui, non rei vitio, ſed imperitia ſua confregerunt rem, cui artem impendebant; ſive calicem diatretum faciendum, ſeu perforandum, ſive gemmas includendas aut inſculpendas, ſive columnas aut dolia aut tigna aliasque res ponderoſas tranſportandas, curandasve ſuſceperint. *l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi calicem 29. & §. ult. ff. h. t.* junct. *l. item quæritur 13. §. ſi gemma 5. l. ſi merces 25. §. qui columnam 7. ff. locati.* Illi quoque, qui per imperitiam aut infirmitatem impetum mularum ſuſtinere non potuerunt, aut equorum quibus vehebantur. *l. idem juris 8. §. 1. l. ſi ex plagis 52. § in clivo 2. ff. h. t. §. impetu 8. Inſt. h. t. l. 1. §. ſed & ſi 5. ff. ſi quadrup. pauper. fec. dic.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 38. num. 15.*

24. De-

24. Denique ad hunc primum lædentium ordinem eos jure reduxeris, qui in exercitationibus ac ludis licitis occupati, dum non satis observabant aut temporis aut loci aut personarum rationem, damnum dederunt; vel scientes prudentesque læserunt, etsi tunc nec loci nec temporis nec personarum intuitu culpa in iis argui posset. Itaque, si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem alterius servum trajecerit; si quidem id a milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum sit, nulla culpa ejus intelligitur: sin alius tale quid admiserit, culpæ reus est: idemque juris est in milite, si is alio in loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus erat, id ipsum admiserit; vel in loco quidem destinato, sed data opera in eum jaculatus sit. §. *itaque 4. Instit. h. t. l. item si 9. §. ult. l. 10. ff. h. t.* Similiter, etsi in publico certamine, publica colluctatione, pugillatu, aut pancratio (id est certamine ex luctа ac pugillatu mixto; vel tali, in quo certantes, certis haud adstricti modis, viam ad victoriam quocunque sibi parant modo. Calvinus *in lexico*, verbo *pancratium*, D. Noodt *tract. de lege Aquil. cap. 7. in fine)* adversarium occidens, ex hac lege reus non sit, quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum: tamen, si jam cedentem, eoque sese victum profitentem, occiderit, vel extra stadium aut palæstram quid tale admissum sit, Aquiliæ locum esse, Ulpianus scripsit. *l. qua actione 7. §. si quis in colluctatione 4. ff. h. t.* Cujacius *lib. 21. observ. cap. 20. in fine.* Nec longe ab hac facti specie recedit illa, qua, cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, & ita cadens servus crus confregit: etenim ita demum cum eo, cujus impulsu servus ceciderat, Aquilia experiri dominus potest, si data opera animoque nocendi impulsio facta sit: cum alioquin casu magis quam culpa damnum videatur datum. *l. si ex plagis 52. §. ult. ff. h. t.* Et quamvis publicæ lætitiæ aut festivitatis temporibus stramenta incendere, perque ea ardentia transilire, res licita fuerit: adeo ut, si duo stramenta ardentia transilientes concurrerint ac alter cadendo flamma consumtus sit, agi cum altero nequeat: tamen, si intelligatur, suffocatum ab altero data opera eversum fuisse, recte eo nomine agi, Paulus monuit *l. scientiam 45. §. cum stramenta 3. ff. h. t.* obtinuit autem potissimum mos ille per stramenta ardentia transiliendi, tempore Palilliorum, seu festo in honorem Palis, pastorum Deæ, unde

unde & quidam montis Palatini denominationem petunt, inſtituto: quippe in quo poſt ſacra peracta cœnasque paratas paſtores per ardentes ſtipulæ crepitantis acervos membra ſtrenua celeri trajiciebant pede, ut ait Ovidius; quem de hiſce paliliis tractantem pluribus vide *Faſtorum lib. 4.* uti & Roſinum *Antiquit. Roman. libr. 4. cap. 8. poſt med.* D. Noodt *tract. ad leg. Aquil. cap. 7. in med.*

25. Sunt inſuper, qui utili hujus legis actione tenentur, dum eorum impulſu, auxilio, hortatu, conſiliove damnum datum eſt. Si quis enim alterius impulſu ſeu protruſione, dum reprimere ſeſe non potuit, tertio nocuerit, non ipſe, ſed ſolus impellens conveniendus eſt. *l. qua actione 7. §. proinde 3. ff. h. t.* Nec dubium, quin ſolus plauſtri ſuperioris moderator teneatur, ſi cum plauſtra duo in clivo ducerentur, ſuperius culpa plauſtrarii ceſſim ire cœperit, & in plauſtrum poſterius incidens effecerit, ut illud quoque retro rediens puerum obtereret, *l. ſi ex plagis 52. §. in clivo 2. ff. h. t.* ſicuti & is, qui canem irritavit, ut aliquem morderet, ſive canem tenuerit irritans, ſive non. *l. item Mela 11. §. item 5. ff. h. t.* aut equum percuſſit, ſi is dolore concitatus adſtanti alteri crus calce confregerit, *l. 1. §. generaliter 7. ff. ſi quadrup. paup. fec. dic.* quive animal immiſit in pratum alterius, ſi id nocuerit depaſtione, *l. ult. C. h. t. l. qui ſervandarum 14. §. ult. ff. de præſcript. verbis.* vel boves alterius in anguſtum coegit locum, eoque effecit, ut dejicerentur, *l. boves alienos 33. ff. h. t.* aut ſervum alterius in inſidias deduxit, ut ab alio occideretur, *l. item ſi 9. §. ſi ſervum 3. ff. h. t.* ſervove ſuaſit alieno, ut is arborem conſcenderet, vel in puteum deſcenderet, ſi is in aſcendendo aut deſcendendo mortuus, aut aliqua corporis parte læſus ſit. §. *ult. Inſtit. h. t.*

26. Subnectendæ denique plurimæ factorum ſpecies, quæ vel a petulantia vel ab imprudentia vel a nocendi propoſito ac dolo profectæ, utili vel directæ legis Aquiliæ actioni pro damno dato locum faciunt: veluti, ſi quis alium de ponte dejiciat, ut ſubmergatur; puerumve ſaxo illidat, *l. qua actione 7. §. pen. ff. h. t.* ſi ſemet ipſum ex alto præcipitans, ſuper alium venerit, eumque occiderit, *l. in lege 7. ff. ad leg. Corn. de ſicar.* ſi ſervum equitantem, concitato equo, fecerit in flumen præcipitari, *l. item ſi obſtetrix 9. §. ſi ſervum 3. ff. h. t.* ſi, cum una plures equitarent, unus ex his in tuum equum irruens, te aut equum tuum dejecerit, & ita tua aut equi tui crura fracta

ſint,

ſint, *l. ult. ff. h. t.* ſi ancillam virginem maturam aut immaturam compreſſerit, *l. inter liberas 6. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. ſi ſtuprum 25. ff. de injuriis.* ſi equum alterius coegerit, & in equas ſuas genituræ ſuſcipiendique fœtus gratia admiſerit, *l. ſi quis uxori 52. §. ſi quis aſinum 20. ff. de furtis.* ſi prægnans mulier, aut equa, pugno percuſſa ejecerit, *l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi mulier 22. ff. h. t.* ſi ſervus alterius ægrotus leviter percuſſus, inde perierit; cum aliud alii mortiferum eſſe ſoleat, *l. qua actione 7. §. ſed ſi quis 5. ff. h. t.* ſi alienas apes exuſſerit, aut fumo facto fugaverit necaveritve, *d. l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi cum apes 12. l. ſi quis fumo 49. ff. h. t.* ſi panno rubro armenta concitaverit *l. in furti 50. §. ult. ff. de furtis. §. interdum* 11. *Inſtit. de oblig. quae ex delicto.* ſi mulas aut equos alienos nimis agitaverit, *l. qui inſulam 30. §. qui mulas 2. ff. locati.* ſi animal alienum in ſuo depaſcens violentia nimia expulſum mutilaverit, *l. Quintus Mucius 39. §.* 1. *ff. h. t.* ſi aprum laqueo alieno captum laxaverit, & in naturalem dimiſerit libertatem, *l. in laqueum 55. ff. de acquir. rer. domin.* ſi facem alieno ſervo objecerit, eumque aduſſerit, *l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi quis igitur 6. ff. h. t.* ſi ſervum veſtibus ſpoliaverit, & is inde frigore enecatus ſit, vel eum incluſerit, aut alimenta ei adferri prohibuerit, ut fame extingueretur. *l. qui ſervandarum 14. §.* 1. *ff. de praeſcript. verb. §. ult. Inſtit. h. t. l. item ſi obſtetrix 9. §. ſi quis hominem 2. l. quemadmodum 29. §. magiſtratus 7. ff. h. t.* Adhæc ſi quis alienas veſtes inquinaverit aut conſciderit, *l. item Mela* 11. *§. pen. l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi quis veſtimenta 18, ff. h. t. l.* 1. *§.* 1. *ff. de extraord. crim.* nummos, ut perirent, e manu excuſſerit, *d. l. 27. §. ſi quis de manu* 21. *ff. h. t.* calicem alterius argentum in profundum abjecerit, *l. qui ſervandarum 14. §. ſed & ſi 2. ff. de praeſcript. verbis.* mercium ſuarum ſervandarum gratia alienarum jactum fecerit ſine cauſa, tempeſtate necdum ſatis urgente, *d. l.* 14. *pr. ff. de praeſcript. verbis.* fructus immaturos decerpſerit, maturosve collectos in terram projecerit, ut corrumperentur, *l. ſi ſervus ſervum* 27. *§. ſi olivam* 25. *&* 26. *ff. h. t.* lolium aut avenam in ſegetem alienam ſeu terram conſitam, injecerit, *d. l.* 27. *§. et ideo* 14. *ff. h. t.* frumento arenam aliudve ſimile, cujus ſeparatio difficilis, miſcuerit, *d. l.* 27. *§. item ſi quis* 20. *ff. h. t.* vinum ſpurcaverit, vel effuderit, vel acetum fecerit, aut quid ei indiderit miſcueritve, quo naturalis bonitas vini corrum-

rumperetur, *d. l.* 27. §. *cum eo plane 15. ff. h. t. §. capite tertio 13. in fine Inſtit. h. t.* arbores alienas ceciderit aut exſtirpaverit, *l. 1. l. furtim 7. §. ſi quis radicitus 2. ff. arborum furtim caeſar. l. 1. C. h. t. l. ſi merces 25. §. ipſe quoque 5. ff. locati. l. denique 13. ff. quod vi aut clam.* navem venaliciarum mercium perforaverit, *d. l. 27. §. ſi navem 24. ff. h. t.* funem, quo navis religata erat, præciderit, *l. quemadmodum 29. §. ſi funem 5. ff. h. t.* protecta aliena, etſi nullo jure ſupra ſuam aream emiſſa, reſciderit, *d. l. quemadmodum 29. §. ſi protectum 1. ff. h. t.* fores effregerit, ædificium demolierit, *d. l. ſi ſervus 27. §. ſi quis aedificii 31. l. qui domum 50. ff. h. t. l. legis 2. C. h. t.* parietem idoneum ſuſtulerit, *l. ſcientiam 45. §. ult. ff. h. t.* aquæductum diruerit, *d. l 27. §. ſi quis aquaeductum 32. ff. h. t.* fiſtulas, quibus aqua ducitur, alieno parieti ſic applicatas habuerit, ut inde damnum parieti daretur. *l. ſi fiſtulae 18. ff. de ſervitut. praed. urban.* Chirographum alienum, aut teſtamenti tabulas, rationes, aliaque ſimilia deleverit; quippe quo caſu utili hac actione legatariis & heredibus, aliisque, quorum intereſt, pecuniarie, devinctus foret, *l. ſi quis teſtamentum 41. l. 42. ff. h. t. l. qui tabulas 27. §. ult. l. quidam 32. §. ult. ff. de furtis.* ſi modo poſt aditionem hereditatis contigerit tabularum teſtamenti deletio: nam ſi ante aditam hereditatem id factum eſſet, actioni doli locum fore, verius eſt. *l. ſi quis tabulas 35. ff. de dolo.* Adde *tit. de dolo malo.* Pertinent huc denique doliorum cereviſiariorum confractiones & combuſtiones, quibus occurſum variis placitis. Vide *Placit. Holl. vol. 3. pag.* 939. 940. nocturnæ graſſationes vitrorumque excuſſiones, variis, etiam arbitrariis pœnis coercendæ ſecundum placita, *vol. 1. Placit. Holl. pag. 519. & ſeqq. vol. 2. pag. 2407. vol. 3. pag. 531.* qualia vitia, utinam ſolius ætatis, non etiam ſæpe naturæ eſſent; ut de Nerono Suetonius; cujus malignos hac in parte mores adſcribere lubet, ut quisque rei turpitudine conſiderata, meliora probet atque ſequatur. *Poſt crepuſculum*, inquit, cap. 26. *ſtatim arrepto pileo vel galero, popinas inibat, circumque vicos vagabatur ludibundus, nec ſine pernicie tamen; ſiquidem redeuntes a coena verberare, ac repugnantes vulnerare, cloacisque demergere aſſueverat; tabernulas etiam effringere & expilare, ac ſaepe in ejusmodi rixis oculorum & vitae periculum adiit, a quodam laticlavio, cujus uxorem attrectaverat, prope ad necem caeſus.*

27. Vi-

27. Vidimus, quibus in casibus ob damnum injuria datum Aquilia agere permissum sit. Cessat vero jus experiundi hac actione, si nullum vere damnum datum sit, etiamsi forte illicitum de cætero factum appareat. Qua ratione non hac, sed injuriarum potius actione tenetur, qui servum loris aut virgis aut pugnis cædendo, nullo eum pretio viliorem reddiderit, deterioremve, *l. servus servum 27. §. rupisse 17. ff. h. t.* quemadmodum furti, non hujus judicii, reus est, qui fructus jam maturos decerpserit, aut sylvam cæduam interceperit jam maturam. *d. l. 27. §. si olivam* 25. 26. 27. *ff. h. t.* Sed & si puerum quis castraverit, cum non deteriorem ita fecerit, sed pretiosiorem, cessante Aquilia, injuriarum aut ex ædilitio foret edicto agendum. *d. l.* 27. *§. et si puerum* 28. *ff. h. t.*

28. Præcipue vero & Aquilia & omnis alia actio deneganda venit, quoties damnum jure datum probatur; veluti, si servum quis occidat in adulterio deprehensum, *l. qui occidit 30. ff. h. t. l. marito 24. ff. ad leg. Jul. de adult.* aut lædit eum, a quo vim propriis in ædibus patitur. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 34. num. 10.* aut propria in navi, nocturnis præsertim temporibus, & locis suspectis. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 223. & *part.* 4. *consil.* 150. aut latronem sibi insidiantem, aut furem nocturnum, vel diurnum telo sese defendentem, cum ei parcere sine suo periculo non posset, interficit, secundum ante dicta. Eoque in numero habendus etiam, qui vicinas ædes intercidit, ne ad suas incendium perveniret, siquidem ad ædes vicinas incendium jam pervenerit: neque enim injuria feciisse videri potest, qui se tueri voluit, cum alias non posset, neque damnum dedisse ædibus, etiam sine dejectione æque incendio perituris. *l. si alius fecerit 7. §. est & alia 4. ff. quod vi aut clam. l. quo naufragium 3. §. quod ait 7. ff. de incend. ruina naufrag. nave, rate, expugn.* Plane, si ad ædes dejectas haud pervenerit incendium, dejicientem actione rei persecutoria, puta, interdicto quod vi aut clam, teneri, verius est, *d. l. 7. §. 4. ff. quod vi aut clam.* at neutiquam hac ex lege Aquilia, quam creditum fuit etiam tunc, cum in simplum concipitur, non rei persecutoriam, sed pœnalem esse. *l. si quis furno 49. §. 1. ff. h. t.* junct. *§. his autem 9. Inst. h. t.* Adde D. Noodt *ad leg. Aquil. cap. 19.* Groenewegen ad *l. 49. ff. h. t.* Andr. Gayl.

libr. 2. obſerv. 22. num. 3. & quæ ſcripſi *ad tit. de lege Rhodia de jactu num. pen.*

29. Simili modo nec hac, nec ulla alia actione coercendum damnum ſolo caſu fortuito ſine culpa datum, cujus exempla varia in ſuperioribus adducta ſunt. Vide *l. quemadmodum 29. §. 2. 3. 4. l. ſi ex plagis 52. §. ult. ff. h. t. l. eum, qui 5. C. ad leg. Cornel. de ſicariis.* quibus addi poteſt, ſi quis, dum duos pugnantes ſeparare allaborat, alterutrum vulnerat absque vulnerandi ſeu lædendi propoſito. Chriſtinæus ad *leg. Mechlin. tit. 2. art. 31. in pr.* nec dubium, quin damno per caſum dato illud quoque, quod ab infante aut furioſo infertur, accenſendum ſit. *l. ſed & ſi 5. §. et ideo 2. ff. h. t. l. infans 12. ff. ad leg. Cornel. de ſicariis.* Quamvis haud prætermittendum videatur, quandoque caſum pro negligentia & culpa in jure poni, ac damna dici caſu data, dici & caſus fortuitos homicidii, qui ab ira ſubitanea profecti erant; ac incendia fortuita, quæ a negligentia proceſſerant; ad oppoſitionem eorum, quæ dolo atque propoſito facientis contingunt. *l. qui aedes 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. abſentem 5. §. ult. l. aut facta 16. §. eventus 8. l. capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de poenis.* Vinnius *ſelect. quaeſt. libr. 1. cap. 33. fere in pr.*

30. Poteſt autem cum Actione ex lege Aquilia concurrere accuſatio ex lege Cornelia de ſicariis, quoties dolo occiſus homo proponitur: ſic ut judicio criminali nullum ex intentato prius judicio civili fiat præjudicium, *l. inde Neratius 23. §. ſi dolo 9. ff. h. t. §. liberum 11. Inſtit. h. t.* Quibus non adverſatur Paulus, *l. interdum 4. ff. de publicis judic.* cum *praejudicium fieri,* non aliud ibi denotet, quam, ex judicio civili, quod prius finitum eſt, exemplum ſumi, ut judices in criminali judicio conſiderent etiam atque perpendant adhibitas antea civili in lite probationes. Conf. Rævardum *tract. de praejudiciis libr. 1. cap. 1. 2.* Et de hoc judiciorum ex lege Aquilia, itemque Cornelia, concurſu, Ulpianus quoque meminit libro decimo octavo ad edictum, in *l. ſed & ſi 5. pr. ff. h. t.* dum de eo, qui alium ſe ferro petentem occidit, differens ait; *qui autem, cum poſſet apprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuria feciſſe videatur, ergo & Cornelia tenebitur.* Nec ulla ratio ſufficiens eſt, cur pro *Cornelia* ſubſtituatur; *Aquilia;* cum Jurisconſultus illic id unum monſtrare intendat, utrum injuria an jure

ædes

cædes facta sit: injuria autem occidit, qui vel dolo vel culpa hominem necat. Tenetur ergo in casu istius legis occidens ex lege Aquilia, tanquam talis, qui injuria peremit. Sed ne quis existimaret, tantum ex lege Aquilia teneri eum, qui latronem furemve, cum apprehendere posset, obtruncavit, Ulpianus amplius addit, eum quoque *Cornelia teneri;* positis nempe legis Corneliæ terminis habilibus: quod abunde innuitur particula *&; ergo & Cornelia tenebitur.* Quo modo etiam in *d. l. 23. §. 9. ff. h. t.* idem Ulpianus eodem libro 18. ad edictum scripsit, *si dolo servus occisus sit, & lege Cornelia dominum agere posse constat;* id est, non tantum ex lege Aquilia, sed amplius, etiam ex lege Cornelia. Nec est, quod excipias, non semper eum, qui injuria occidit, ex lege Cornelia reum esse, sed demum, si dolo. Nam quanquam id verissimum est, non tamen ideo sequitur, perperam interpretationem Ulpiani fieri, dum eum intelligimus positis terminis habilibus doli: cum eodem quoque modo in §. *liberum 11. Inst. h. t.* generaliter & indefinite dicatur, *liberum esse ei, cujus servus occisus fuerit & ex judicio privato legis Aquiliae damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere;* nulla facta doli & culpæ distinctione; quam tamen, uti isti textui aliis ex legibus accommodari oportere certum est, ita ratio nulla suppetit, cur non eandem Ulpiani locus ex eodem Ulpiano restrictionem potius admittat, quam emendationem.

31. Civilia quoque plura judicia cum hoc conjungi posse, veluti injuriarum, arborum furtim cæsarum, servi corrupti, ac alia his similia, expeditum est. Præcipue vero & depositi & commodati & locati & pro socio & pignoratitiæ actionis cum hac ex lege Aquilia descendente concursus juris nostri placuit autoribus. *l. unde quaeritur 7. §. 1. l. in rebus 18. §. sive autem 1. ff. commodati. l. qua actione 7. §. ult. l. sed & si is. 18. l. si servus servum 27. §. si fornacarius 9. §. Proculus 11. & §. pen. l. qui tabulas 42. ff. h. t. l. item quaeritur 13. pr. l. si merces 25. §. ipse quoque 5. l. qui insulam 30. §. qui mulas 2. l. si vulneraveris 43. ff. locati. l. sed si ex causa 47. §. 1. & ll. segq. ff. pro socio. l. qui servum 34. §. hinc 2. ff. de oblig. et act.* Adeo ut, si prius istis actum fuerit actionibus mere rei persecutoriis, hæc ex lege Aquilia quantum ad rem quidem tollatur; non autem quatenus pœnalis est, & actor, hac agens post illas, hoc minus consecuturus sit, quam cæteris ex causis experiundo jam adeptus est.

d. l. unde quaeritur 7. §. 1. ff. commodati. Quod & vult *d. l. qui servum 34. §. ult. in fine, ff. de oblig. et act.* in cujus fine delenda videtur particula *non*, ac legendum *simplo subducto locum habet*, propter verba præcedentia, satis aperte definientia, actionem ex lege Aquilia remanere in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est. Facitque huc argumentum ex *l. 1. ff. arborum furt. caesar.* Neque his contrarium existimari debet, quod tali in concursu læsus alterutra jubetur actione contentus esse. *l. sed et si is 18. ff. h. t. l. sed actione 50. ff. pro socio. l. si merces 25. §. ipse quoque 5. l. si vulneraveris 43. ff. locati. l. in rebus 18. §. sive autem 1. ff. commodati.* Non enim aliud eo ipso significatur, quam quod non possit actor altera actione rem iterum persequi, quam jam priore fuerat judicio adeptus; uti id ex ratione, quæ in *d. l. 50. ff. pro socio.* subjuncta invenitur, abunde patet, dum ibi altera jubetur læsus actione contentus esse, *quia utraque actio ad rei persecutionem respicit*, sic ut in legis Aquiliæ actione jurisconsultus non pœnam, sed nudam consideraverit rei persecutionem, dum altera actorem voluit contentum esse; ne alioquin si altera alteram non perimeret, bis idem actor contra bonam fidem consequeretur; quod non metuendum, ubi actione secunda ex lege Aquilia nil amplius, quam pœnam, subducta re, petit, juxta *d. l. 34. §. ult. ff. de oblig. et action.* Quo modo etiam, concurrente conditione furtiva & pro socio actione, cessare actionem pro socio responsum fuit, si ex causa furtiva condictio facta esset; sed cum limitatione, *nisi si* post condictionem *adhuc pluris interfit* agentis, *l. sed si ex causa 47. pr. ff. pro socio.*

TITVLVS III.

DE HIS, QVI EFFVDERINT VEL DEIECERINT.

SVMMARIA.

1. *Quales actiones competant ob dejectionem vel effusionem, quae sit utilitas actionis de dejectis; cui detur, & contra quos? cur inhabitantes teneantur? quid, si plures inhabitent? An contra hospitem seu viatorem receptum? an contra studiosum, ex cujus museo quid dejectum? quis teneatur, si quis coenaculari*

lariam exercuerit; & quid illud sit?

2. *Quis conveniendus, si ex filiifamilias aut servi inquilini coenaculo quid dejectum sit?*
3. *Ad quid tendat haec actio jure Romano & moribus?*
4. *Ad quid agatur, si homo liber dejectione laesus vel occisus sit, jure civili & hodierno; & quinam tunc agere possint?*
5. *Quo in loco, & quo tempore, & unde debeat dejectum esse, ut locus sit actioni de dejectis?*
6. *Quid sit actio de positis & suspensis, cui, contra quos, ad quid detur? etiam ei locus est, si positum deciderit ac nocuerit, quoties laesus putat eam sibi adhuc expedire.*
7. *Inquilinus his conventus actionibus regressum habet adversus eos, qui dejecerunt aut posuerunt.*

Non privatim modo, sed & publice interest, ut tuta, & sine damni metu, commeantibus via sit, *l. 1. §. 1. ff. h. t.* tuta vero non est, si quid illic dejiciatur aut effundatur, ponatur aut suspendatur, ex quo contingere laesio posset. Qua de re edictum prætoris ad viarum securitatem propositum est, in duas divisum partes. arg. *l. si vero 5. §. hoc edictum 7. ff. h. t.* Indeque duplex actio prodita, quarum prima est de dejectis & effusis. Etsi enim in aperto sit, plures ob dejectionem effusionemve actiones adversus eos, qui dejecerunt aut effuderunt, comparatas esse; qualis est ex lege Aquilia, injuriarum, quin & accusatio tanquam ex crimine extraordinario, maxime, si quis simo corrupto transeuntem perfuderit, *l. 1. §. 1. ff. de extraordinar. criminib.* utile tamen fuit, hanc quoque de dejectis & effusis induci; cum in ea necesse non sit, personam quæ dejecit designari. Est enim hæc actio ex quasi delicto, competens ei, qui ex dejectione vel effusione damnum sensit, ejusque heredibus, in perpetuum: contra inquilinum, non item heredes ejus, *l. si vero 5. §. haec autem 5. ff. h. t.* sive proprias sive alienas ædes gratis aut ex conducto inhabitantem, etiam horrearium, aut apothecæ conductorem, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habet, ut ibi opus faciat, vel doceat, ex cujus cœnaculo vel loco conducto quid dejectum vel effusum fuit. *§. 1. Instit. de oblig. quae quasi ex delicto l. 1. §. haec in factum 4. et §. pen. l. si vero 5. §. horrearius 3. ff. h. t.* vel sponte cecidit, cum ante positum aut suspensum esset; nam & hoc pro dejecto aut effuso magis haberi, Ulpianus autor est *d. l. 1. §. quod cum 3. ff. h. t.* Licet ipse nec dejecerit nec posuerit; cum culpa ipsius non in dejectione consistat, sed in eo potius, quod

aut malignos, aut negligentes intra domus ſuæ vel cœnaculi ſepta receperit, quos jure ſuo repellere poterat, quorumque ideo culpam tenetur præſtare. *l. ſi quis abſentis 5. §. is quoque 5. ff. de oblig. et act. d. §. 1. Inſtit. de oblig. quae quaſi ex delicto. l. 1. §. pen. l. ſi vero 5. §. 1. et 3. l. pen. §. 2. ff. h. t.* Hoſpes plane ſeu viator hac actione non tenetur, quia non ibi habitat, ſed tantisper hoſpitatur, tantumque inter habitantem & hoſpitem intereſt, quantum inter domicilium habentem & peregrinantem, *d. l. 1. §. pen. ff. h. t.* quod ipſum etiam vult Ulpianus in *l. ſi vero 5. §. ſi quis 1. ff. h. t.* cum ait, *ſed et ſi hoſpitaculi habeat, ſolus tenebitur;* quibus in verbis ſubaudiri debet repetitio *maximae partis* in anterioribus propoſitæ; ut ſenſus ſit, eum, qui cauponam exercet, ſolum teneri, ſi maximam partem hoſpitaculi ſeu cauponæ, ad hoſpites excipiendos comparatæ, ſibi habeat. Atque ita non erit opus deletione hujus periodi, quam ſine ſenſu eſſe Cujacius ait *libr. 21. obſerv. 1. in fine.* cui tamen facile aſſentior delenti in *d. §. 1. ſed ſi quis coenaculi, ipſe ſolus tenebitur*, non tam, quia ſenſum verba non habent, (nam & hic ſubaudiri poteſt, *maximam partem*) quam quia in verbis prioribus is caſus jam definitus erat. Si plures ſimul unam domum inhabitent, ſi quidem pro diviſo, actio in eum ſolum danda, qui inhabitat illam partem, unde effuſum eſt: ſin pro indiviſo, in unumquemque in ſolidum agi poteſt, actoris arbitrio, ſed ita, ut ſolutione per unum facta reliqui liberentur ab eo, qui læſus eſt; præſtituri deinde damni partem, ſocietatis judicio vel utili actione, ei qui ſolvit, *l. 1. §. ult. & ll. ſeqq. ff. h. t.* quod & tunc obtinebit, cum pro diviſo quidem plures inhabitant, ſed dejectum quid eſt ex mediano cœnaculi, id eſt loco illo, in quo omnes conveniunt, aut in quem diſtinctæ ſingulæ ædium partes exitum habent, *l. ſi vero 5. §. interdum 2. ff. h. t.* quod & veſtibulum commune dicitur, de quo *l. arbor. 19. §. 1. ff. communi divid.* vel commune & promiſcuum plurium cellarum iter. *l. quis ſit fugitivus 17. §. apud Caelium 15. ff. de aedilit. edicto.* Aut cum quis cœnaculariam exercens, (id eſt, notante Gothofredo, totas domos conducens, ut ſingula deinde cœnacula locet inquilinis quæſtus gratia) modicum ſibi hoſpitium retinuit, reſiduum pluribus locavit: omnes enim tenebuntur, quaſi in hoc cœnaculo habitantes, unde dejectum effuſumve eſt. *l. ſi vero 5. §. ſi quis gratuitas 1. in fine ff. h. t.* Alium dicendum, ſi cœnaculariam exercens

ipſe

ipſe maximam cœnaculi partem ſibi habeat; quippe qui ſolus teneretur; uti &, qui gratuitas dedit habitationes libertis & clientibus vel ſuis vel uxoris, aut modica amicis ſuis hoſpitiola diſtribuit *d. l. 5. §. 1.* ex quibus præmiſſis non male collegeris, ſi quid ex ſtudioſi cubiculo dejectum fuerit, non ipſum hac actione teneri, ſed inhabitantem; cum plerumque hic maximam ædium partem ſibi habeat, etſi cœnaculariam exerceat, modico tantum hoſpitio in uſum ſtudioſi cedente; nec ſtudioſum ſatis apte inquilinum ſed magis hoſpitem dixeris, quippe ſtudiorum cauſa peregrinantem. arg. *d. l. 1. §. pen. l. 5. §. 1. ff. h. t.* junct. *l. cives 7. C. de incolis. auth. habita C. ne filius pro patre.* Ant. Matthæus *de obligationib. diſput. 29. n. 12.*

2. Filiofamilias ſeorſim a patre habitante, non pater ſed filius ipſe conveniendus eſt, ſi quid ex filii coenaculo dejectum ſit. §. *pen Inſt. de obligat. quae quaſi ex delicto. l. 1. §. ſi filius-fam. 7. ff. h. t.* Quin &, ſi ſervus habitator ſit, in dominum neque noxalis actio danda, quia nihil ipſe ſervus deliquit; neque de peculio, quia nulla ex negotio geſto obligatio eſt: ſed ipſe ſervus officio judicis extra ordinem coercendus. *d. l. 1. §. cum ſervus 8. ff. h. t.* Plane ſi cum domino ſervus moretur, & ex dominico coenaculo quid ipſe dejecerit, ſi quidem domino inſciente, noxæ deditione poterit dominus conventus liberari, *l. 1. in pr. l. ſi vero 5. §. praetor ait 6. ff. h. t.* ſin eo ſciente & patiente, non noxali judicio dominus, ſed ſuo nomine condemnandus foret. arg. *d. l. 5. §. poſitum 10. ff. h. t.*

3. Tendit hæc actio ad id, ut præſtetur duplum damni dati, ſi illud rebus æſtimationem recipientibus illatum ſit, *d. §. 1. Inſt. de oblig. quae quaſi ex delict.* in quo cum hæc ab actione legis Aquiliæ diſtet, quæ plerumque in ſimplum eſt, ex inficiatione demum in duplum creſcens, quemadmodum & in eo, quod ſic ex culpa aliena condemnatio fit, utrumque probabiliter ob publicam viarum utilitatem, *l. 1. §. haec in factum 4. ff. h. t.* conſequens eſt, ut actionum harum termini haud confundendi ſint, quod tamen fieret, ſi vulgata ſervaretur lectio *legis 5. §. cum autem 4. ff. h. t.* in qua proinde pro verbis, *cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus eſt*, reponendum eſſe, *cum autem in factum actione* &c. monuit D. Noodt *probabilium libr. 1. cap. 10.* Hodie tamen non in duplum, ſed tantum ad damni reparationem dari ſole-

re hanc actionem, post alios notat Groenewegen ad *d. §.* 1. *Instit. de oblig. quae quasi ex delicto.*

4. Quod si homini libero per dejectionem vel effusionem nocitum sit, cuivis quidem ex populo intra annum popularis actio datur, sed læso ipsi in perpetuum, ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, nulla cicatricum, deformitatis, dolorisve habenda ratione, *l.* 1. *pr. l.* 5. *§.* 5. *l. ult. ff. h. t. d. §.* 1. *Inst. de oblig. quae quasi ex delict.* quorum tamen etiam rationem haberi oportere moribus hodiernis, si desideretur, ti. præcedente dictum fuit. Si liber homo inde perierit, ad quinquaginta aureos actio in factum comparata est, eaque annalis & popularis: dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cujus interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit, *l. si vero* 5. *§. haec autem* 5. *ff. h. t.* ut puta uxori, liberis, quos etiam hodie non præcise ad aureos quinquaginta agere obtinuit, sed ad id, quanti iudici æquum videbitur ob victum, quem occisus potuisset iis probabiliter præbere. Groenewegen, & Parens p. mem. Paulus Voet ad *d.* §. 1. *Instit. de oblig. quae quasi ex delicto num.* 2. Quales etiam hæc petendo non videri se gessisse pro herede, dicetur plenius *tit. de acquir. vel omit. hered.*

5. Nihil autem interest, quo tempore dejectum sit, de die, an de nocte; nec, utrum ex ædibus an ex navi, quo casu utilis actio contra magistrum est *l. pen. pr. & §. seqq. ff. h. t.* nec denique, utrum publicus locus sit, an vero privatus, si modo soleat illac eo tempore, quo dejicitur, iter vulgo fieri. *l.* 1. *§. parvi* 2. *ff. h. t.* arg. *l. si putator.* 31. *ff. ad leg. Aquil.* Proinde, si quis dejecerit in eo loco, quo vulgus nunc demum incipit iter facere, cum antea non soleret, cessat hæc actio, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.*

6. Altera est actio de positis & suspensis, competens cuivis ex populo, & heredi, non, qua heredi, sed qua uni ex populo, *l. si vero* 5. §. *ult. ff. h. t.* adversus inquilinum, vel eum, qui vacuis in ædibus quid poni vel suspendi passus est, etsi ipse non posuerit; etiam contra dominum, cujus servus posuit, si ipse id sciens, positum patiatur, sic ut tunc non noxali

xali judicio, ſed ſuo nomine conveniendus ſit, *d. l. ſi ſervo 5 §. praetor ait 6. §. ait praetor 8. & §. poſitum* 10. *ff. h. t.* non contra heredes *d. l. 5. §. ult. ff. h. t.* ad pœnam decem aureorum, *d. l. 5. §. 6. §. 1. Inſtit. de oblig. quae quaſi ex delicto.* dummodo primo quidem poſitum ſuſpenſumve fuerit ſupra locum illum, qua vulgo iter ſit, in ſuggrunda protectove, *d. l. 5. §. 6. & 9. ff. h. t.* unde, cum pictor in pergula clypeum vel tabulam expoſitam habuiſſet, aut amphoram ex reticulo ſuſpenſam, eaque excidiſſet, actionem hanc ſummo jure non competere palam eſt; quia neque in ſuggrunda neque in protecto, adeoque non ſupra illum locum quo vulgo iter ſit, quicquam poſitum aut ſuſpenſum fuerat: ad exemplum tamen hujus actionis utilem actionem dari oportere, Servius reſpondit *d. l. 5. §. pen. ff. h. t.* Sed & ſecundo neceſſe, ut periculoſe poſitum ſit; id eſt, ita poſitum, ut & probabilis decidendi metus ſit, & poſſit poſitum, ſi cadat, nocere. *d. l. 5. §. 6. & 11. ff. h. t.* Quod ſi id, quod poſitum fuerat, ecciderit, actioni de dejectis & effuſis utili contra inquilinum, vel ex lege Aquilia contra ponentem, locus eſt, *l. 1. §. quod cum 3. d. l. 5. §. pen. ff. h. t.* neque tamen eundum inficias, quin & poſt caſum actio de poſitis & ſuſpenſis ſuperſit; cum JCtus dicat, *coerceri eum, qui poſitum habuit, ſive nocuit id, quod poſitum erat, ſive non nocuit;* nocere autem poſita aut ſuſpenſa non ſoleant, niſi cadendo, *d. l. 5. §. praetor ait cujus* 11. *ff. h. t.* Quod autem in *d. l. 5. §. ſi id* 12. *ff. h. t.* ſubjungitur, *ſi id, quod poſitum erat, deciderit & nocuerit, in eum qui habitaverit* hanc actionem *non competere;* non eo ſenſu accipiendum eſt, quaſi ea prorſus denegata eſſet; ſed potius, quod plerumque non expediat poſt caſum, ea agi; *quaſi haec actio non ſufficiat;* dum ex eo, quod decidit, ſæpe plus damni contingit, quam eſt in pœna decem aureorum hac actione petendorum. Proinde ſi tam exigua ex caſu læſio illata ſit, ut utili de dejectis actione ne decem quidem aureos læſus conſequi poſſet, quia jam expedit etiam poſt caſum actio de poſitis & ſuſpenſis, recte per eam decem aureorum pœna petetur. Unde & in verbis ſequentibus dicti §. 12. Servius dicitur reſpondiſſe, ad exemplum hujus actionis de poſitis & ſuſpenſis, oportere dari actionem, ſcilicet utilem, ſi pictor non in ſuggrunda protectove, ſed in pergula, adeoque non ſupra viam, clypeum aut tabulam poſitam habuiſſet, eaque excidiſſet, & nocuiſſet tranſeunti.

7. Quoties autem inquilinus propter ea, quæ per alium dejecta vel ſuſpenſa ſunt, quid ſolvere coactus fuit, actione in factum contra ponentem vel dejicientem regreſſum habet. *d. l. 5, §. cum autem 4. ff. h. t.*

TITVLVS IV.

DE NOXALIBVS ACTIONIBVS.

SVMMARIA.

1. *De aequitate noxalium actionum; jus ſingulare eſt, ſi ſervus injuriam intulerit.*
2. *Recenſentur delicta privata, in quibus actio noxalis locum habet. Non datur, ſi crimen publicum, vel extraordinarium, vel populare a ſervo commiſſum ſit; nec, ſi ex privato delicto criminaliter extra ordinem agatur.*
3. *Non etiam datur, ſi ex ſervi contractu obligatio deſcendat, licet tunc dolus ſervi interveneriit, niſi minor dolo ſervi laeſus ſit. An & ex quaſi delicto?*
4. *Quibus detur noxalis actio? An fructuario, cui ſervus fructuarius nocuit? an uni ex pluribus ſervi dominis; & quid juris, ſi pluribus nocitum ſit?*
5. *Datur contra dominum ſervi. Quis conveniri poſſit, ſi ſervus jam manumiſſus aut alienatus ſit?*
6. *Quinam ſint effectus noxae deditionis & quid ſi non dominus noxae dederit? An & quando noxalis actio contra bonae vel malae fidei poſſeſſorem, fructuarium, creditorem jus pignoris in ſervo habentem, commodatarium, ſimilesque dari poſſit?*
7. *Recenſentur caſus, quibus quis noxali actione conventus liberari nequit noxae dando. An, ſi domino ſciente & patiente ſervus deliquerit, directa & noxalis actio contra dominum detur, & an altera alteram tollat? quid, ſi unus dominorum ſciverit, alter ignoraverit? quid, ſi omnes ſciverint?*
8. *Recenſentur caſus, quibus neque damnum repqrandum, neque ſervus noxae dandus, ſed reus a judicio noxali liberandus eſt.*
9. *Quid juris, ſi plures ſervi ſimul deliquerint? Quid, ſi ſervus unus ſaepius deliquerit, & dominus ab uno conventus, damnum reparaverit, aut ſervum agenti noxae dederit? peti poteſt exhibitio familiae ſervorum, ut agnoſcatur ſervus qui laeſit: quo in loco noxalis actio movenda ſit?*
10. *Olim noxalis actio etiam ex filiifamilias delicto dabatur, hodie non. Quo modo, & quousque hodie parentes & domini ex liberorum famulorum & ancil-*

ancillarum delictis regulariter teneantur? Jus singulare, quod insolatores (Bleeckers) & collium cuniculariorum conductores ex factis famulorum & ancillarum teneantur? & quousque pater, cujus filius puellam praegnantem fecit, respectu alimentorum ac dotis?

Noxales actiones generaliter quidem non ex delictis tantum servorum, sed & ex factis animalium, quin & ex eo, quod res nostræ inanimatæ rebus alienis damnum intulerunt, oriuntur, *l. praetor ait 7. §. hoc edictum 1. ff. de damno infecto.* sed cum jam ante de obligatione ex factis animalium seu pauperie descendentibus actum sit in *tit. si quadrupes paup.* noxales hic in specie dicuntur actiones, quæ nascuntur ex delictis servorum. *pr. & §§. seqq. Instit. de noxal. action.* Etsi enim melior quidem conditio nostra per servos nostros, at non deterior fieri potuerit. *l. melior 133. ff. de reg. juris.* tamen ne servorum alienorum malitia læsi penitus in damno hærerent, ex æquitate receptum fuit, aut damnum ipsis reparari debere, aut ipsos servos maleficii causa noxæ dedi; & in hoc servos deteriorem posse facere dominorum conditionem, *l. 1. §. quod igitur 15. in fine ff. de vi & vi armata.* sic ut actionum harum vis ea ac potestas sit, ut condemnatis liceat deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis æstimationem, *l. 1. ff. h. t.* eo excepto, quod, intentata noxali injuriarum actione, in arbitrio domini sit, utrum litis æstimationem sufferre velit, an servum noxæ dare, an verberandum eum exhibere, ut ita verberibus satisfiat ei, qui injuriam passus est. *l. sed si unius 17. §. cum servus 4. ff. de injuriis.*

2. Ut autem noxali actioni locus sit, servi delictum requiritur, idque privatum, veluti furti, injuriarum, rapinæ, damni injuria dati. *pr. & §. sunt autem 4. Instit. h. t. d. l. 1. ff. h. t.* aut cum aliud quid simile dolo servi factum est, quod in contractum aut quasi non cadit, *l. si quis affirmavit 9. §. &, si servum 4. ff. de dolo.* puta, si servi alieni mores corruperit, *l. doli verbum 5. §. pen. ff. de servo corrupto.* si falsum modum dixerit, cum mensor esset, *l. si duobus 3. §. ult. ff. si mensor falsum mod. dix.* si arbores furtim cæciderit, *l. si servi 2. C. h. t.* si in jus vocatum vi exemerit, dolove ejus factum sit, quo minus quis judicio se sistat. *l. 1. §. 1. ff.*

ne

ne quis eum qui in jus voc. vi eximat. l. 1. §. pen. l. 2. ff. de eo per quem fact. erit quo minus quis judicio se sistat. Neque vero publicum crimen, neque extraordinarium, a servo perpetratum, noxæ deditioni locum facit; sed magis ipse servus accusandus est, eumque in finem a domino exhibendus, *l. si criminis 2. C ad exhibendum.* ac ab eodem, si ita videatur, defensus, condemnandus, ut legitimis aut arbitrariis plectatur poenis, si nocens deprehendatur. *l. pen. in fine C. h. t. l. quis sit fugitivus 17. §. noxas 18. ff. de aedilit. edicto. l. si cuidam 2. C. de accusationibus.* arg. *l. 1. §. 1. ff. de poenis.* Sed & in popularibus actionibus, si servi a dominis non defendantur, nec poenam pecuniariam solvere domini eorum parati sint, cessante noxæ deditione, corpus torquendum est. *l. praetor ait 3. §. pen. ff. de sepulchro violato. l. si quis id 7. §. in servos 3. ff. de jurisdict.* junct. *l. 1. §. ult. de poenis.* imo, cum ex delictis privatis furti rapinæ injuriarum vel civiliter agi possit vel criminaliter, si quis extra ordinem poenam publicam exerceri velit, noxæ dationi locus non est, arg. *l. ult. ff. de injuriis. l. ult. ff. de furtis. l. ult. ff. de privatis delictis.* quibus etiam in casibus, si puniti poenæ sunt superstites, dominis suis restituendi sunt. *d. l. ult. ff. de injuriis.*

3. Ex contractu vel quasi si oriatur obligatio, non noxalis, sed de peculio actio est, *l. 1. ff. h. t.* licet delictum quoque versetur, seu dolus servi in contrahendo interveniat, *l. ex contractibus 49. ff. de oblig. & action.* eo excepto, quod, si servus dolo minorem in contrahendo circumvenerit, nec ex servili peculio possit minori res salva esse, servus noxæ dandus sit, aut verberibus castigandus. *l. quod si minor 24. §. si servus 3. ff. de minor. 25. annis.* Quasi delicta quod attinet, videndum, utrum ipse servus quasi deliquerit, an vero verum ipse delictum perpetraverit, sed tale, ut inde dominum quoque ex quasi delicto fecerit obligatum. Etenim, si vere deliquerit, puta dejiciendo ex coenaculo per dominum habitato, vel furtum committendo in nave, cum opera ejus in nave exercenda dominus uteretur, dominus de dejectis & effusis actione aut exercitoria ex quasi delicto conventus, liberari potest servum delinquentem noxæ dando; cum ignoscendum ei videatur, quod quali quali servorum propriorum opera usus sit, quasi in domestico quodam malo. *l. unic. §. pen. ff. furti adversus nautas caup. stabular. l. 1. in pr. l. si vero 5. §. praetor ait 6. ff. de his qui effud. vel dejecer.* Sin servus ipse quasi deliquerit, dum ipse coenaculi habitator est;

est; & ex coenaculo ejus quid dejectum effusumve fuit; nec noxalis, nec de peculio, nec ulla alia actio in dominum eo nomine datur; non de peculio, quia nihil a servo gestum, seu contractum est; non noxalis, quia non ex delicto proprio servi obligatio venit: sed extra ordinem officio judicis servus erit corrigendus, quia culpa non caret. *l. 1. §. cum servus 8. ff. de his qui effud. vel dejec.* eodem modo, quo & olim pater ex quasi delicto sui filiif. seorsim habitantis neque de peculio neque noxali conveniri poterat, sed cum ipso filio agendum erat. *l. si quis absentis 5. §. is quoque 5. in fine ff. de oblig. & action.* Sane si servus per suum vicarium navem exercuerit, & vicarius in ea damnum dederit, laeso perinde in dominum actio danda foret, ac si servus ipse liber, & hic vicarius servus ejus esset, adeoque, quasi liber homo ex quasi delicto obligatus esset ob propriorum servorum delictum; ut proinde de peculio servi sui ad noxam dedere vicarium teneatur. *l. si in re 19. §. ult. ff. h. t.*

4. Sunt autem actiones hae noxales qualitates adjectitiae directarum actionum, ideoque vel civiles vel praetoriae, prout directarum origo ex civili aut praetorio jure est. *§. sunt autem 4. Inst. h. t.* licet ipsa noxae dandi facultas ex lege 12. tabularum jam olim competierit. *pr. Instit. si quadrupes paup. fecisse dic.* & dantur illis, quibus alioquin directae ex delicto hominis liberi fuissent dandae, etiam usufructuario, cui servus fructuarius nocuit; quippe qui hic non pro domino sed pro extraneo habetur. *l. is, qui usumfructum 18. l. 19. §. 1. ff. h. t. l. sed si unius 17. §. si servus 9. ff. de injuriis.* Si plures laesi, singulis pro sua parte quantum ad litis aestimationem, etsi noxae deditio tanquam individua etiam uni in solidum facienda sit. *l. si servus 27. §. 2. ff. ad leg. Aquil. l. si in re communi 19. ff. h. t.* Non tamen ipsi domino servi competunt; usque adeo, ut, si plurium communis servus in re unius domini damnum dederit, non noxali actione, sed communi dividundo vel familiae erciscundae judicio agendum sit, ut damnum reparetur, aut parte cedatur: licet sic effectu inspecto hae actiones quodammodo noxales sint. *l. si servus communis 61. ff. de furtis. l. si servus 27. §. 1. ff. ad leg. Aquil. l. cum servus communis 41. ff. h. t.*

5. Instituendae vero contra dominos servi (vel animalis, juxta tradita in *tit. si quadrup. pauper. fec.*) dammum dantis;

&

& eos quidem noviſſimos, non priſtinos, cum noxa caput ſequatur: niſi dolo malo, evitandi hujus judicii cauſa, poſſidere deſierint hi quondam domini; quo caſu in actoris arbitrio eſt, priſtinum an novum dominum vel ipſum ſervum manumiſſum convenire malit, ita ut electione alterius alter liberetur. §. *omnis autem 5. Inſt. h. t. l. de illo 24. 25. 26. ff. h. t. l. 1.* §. *&, cum 12. ff. ſi quadrupes pauper. fec. dic.* quo tamen caſu ſi manumiſſus aut novus dominus ad defenſionem ſe offerat, priſtinus exceptione ſe jure tuebitur; eo quod electionem hanc prætor introduxit, ne eluderetur actor. *d. l. 26.* Si plures ſint domini, ſinguli in ſolidum conveniri poſſunt, ſive poſſideant, ſive dolo deſierint poſſidere; ut totum ſervum, non ſolam partem ſuam, defendant. *l. ſi plurium 5. l. ſi ſervus communis 8. l. electio 26.* §. *his conſequens 1. l. ſi plurium 39. ff. h. t.* An & quo modo contra non dominos dentur, ex ſeqq. apparebit.

6. Finis harum actionum eſt, ut damnum reparetur. aut ſervus noxæ detur, ſecundum ante dicta. Cujus deditionis effectus eſt, non tantum, quod pleniſſima per eam contingat liberatio, ſi modo id, quod ex delicto ſervi ad dominum pervenit, ſimul reddatur, §. *dominus 3. Inſt. h. t. l. pen. C. h. t.* & ſervus a domino noxæ detur nulli jure pignoris obligatus; nam ſi appareret, eum pignoris vinculo nexum eſſe, actioni doli locus foret, *l. ſi quis affirmavit 9.* §. *et, ſi ſervum 4. ff. de dolo* (de cujus legis lectione varia. Confer Rævardum *libr. 3. variorum cap. 7.*) quodque ſervus ſic noxæ datus, ſi novo domino damnum reſarcierit, liber fiat, *d.* §. *3. Inſtit. h. t.* ſed &, quod ſervi aut animalis dominium tranſeat in eum, cui noxæ datur, *d.* §. *3.* ſi modo noxæ dans dominus fuerit. Nam ſi bonæ vel malæ fidei poſſeſſor ſit, aut fructuarius, aut creditor jus pignoris habens, aut commodatarius, aut precario tenens, aut depoſitarius, non plus juris transferre poteſt, quam ipſe habet. *l. nemo plus juris 54. ff. de reg. juris.* adeoque nec dominium. *l. ſi noxali 27.* §. 1. *ff. h. t.* Conſiderandum etenim, domino quidem præſente, & apparente ac parato ſervum defendere, non hos enumeratos, ſed ſolum dominum noxali poſſe judicio conveniri; cum, quantum ad hoc edictum attinet, domino ſervire & in ejus poteſtate eſſe intelligatur, maxime, ſi copiam habeat recuperandi hominis, *l. ſi ſervus depoſitus 22. pr. &* §. 1. 2. *ff. h. t.* & hac ratione caveatur, ne

mul-

multiplicentur lites; quippe quæ prius contra poſſeſſorem motæ, iterum poſtea contra dominum vel actione intentata vel oppoſita exceptione movendæ ſunt; in quantum dominus ſervum per hosce non dominos noxæ datum vindicare ſummo jure non prohibetur, ſed doli mali exceptione repellitur, donec litis offerat æſtimationem, vel, ſi poſſidere aliquo caſu cœperit, publiciana actione convenitur. *l. bona fide* 11. 12. 13. *l. ſi noxali* 27. §. 1. *l. 28. ff. h. t.* Domino autem vero non apparente, aut non præſente, aut præſente quidem, ſed defendere nolente, adverſus hos omnes recte agitur; adeo ut, ipſis defenſionem ſuſcipere nolentibus, prætor pignoris perſecutionem aut uſusfructus alteriusve juris ſimilis actionem denegaturus ſit, *l. ſi ex duobus* 17. §. *ſi plures* 1. *l. electio* 26. §. *ult. l.* 27. *pr. ff. h. t. l. ſi cum uſufructuario* 3. *ſi ex noxali cauſa agatur quemadm. cav.* imo, quia bonæ fidei poſſeſſor, durante bona fide, pro domino eſt, ne verus dominus quæri poteſt per eos, qui hunc dominum eſſe arbitrantur; hinc ipſum noxali judicio teneri, dominum non teneri, reſponſum eſt. *l. bona fide* 11. *ff. h. t.* Quod ergo Ulpianus *in l. ſi ſervus ſervum* 27. §. *ſervi* 3. *ff. ad leg. Aquil.* ait, *ſervi occidentis nomine dominum teneri, eum vero, cui bona fide ſervit, non teneri*, recte de eo caſu acceperis, quo verus ſervi dominus jam innotuit & præſens eſt, ſic ut cum eo experiundi poteſtas ſit. Et quod idem alibi ſcripſit, actionem de ſervo corrupto contra bonæ fidei poſſeſſorem non dari, *l.* 1. §. 1. *ff. de ſervo corrupto.* id inde eſt, quia illa in eum demum eſt comparata, qui mores ſerviles dolo corrupit, qualis dolus in bonæ fidei poſſeſſorem, durante bona fide & opinione quod re ſua abutatur, non cadit.

7. Sunt tamen caſus, quibus dominus noxæ deditione defungi nequit, ſed totum tenetur damnum reparare, veluti ſi dolo malo dominus ſervum poſſidere deſierit, ut ante dictum: ſi ſervum ſuum eſſe, vel ſe poſſidere, per mendacium negaverit, *l. quotiens* 21. §. *prætor ait 2. ff. h. t. l.* 1. §. *interdum* 15. *ff. ſi quadrup. paup. fec.* quo tamen caſu nec heredi nec in heredem ex mendacio actio eſt; & poenitentiæ locus usque ad litem conteſtatam, *l. electio 26.* §. *pen. ff. h. t.* ſi condemnatus quadrimeſtre ſpatium condemnatis indultum elabi paſſus ſit, *l. item veniunt 20.* §. *idem recte ait 5. ff. de petit. hered.* ſi ſervus poſt litem conteſtatam ab alio occiſus ſit;

nec

nec dominus velit adversus occidentem actiones cedere, *l.* 1. *pen. ff si quadrup. paup. fec.* si servus publicani in vectigalibus exigendis rapinam admittens non exhibeatur, *l.* 1. §. *ult. ff. de publican. & vectigal.* si servus depositus depositario furtum fecerit, aut quis certum servum emi mandaverit, & is emtus mandatario res subduxerit, licet deponens vel mandans ignoraverit, eum furem esse, *l. si servus* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furtis.* si servus pignori datus ab eo, qui non ignorabat eum furem esse, creditori res eripuerit, *l. si servus* 31. *ff. de pignorat. actione.* si dominus se in potestate sua habere fateatur, & nec exhibeat servum, nec absentem defendat, *l. si servus depositus* 22. §. *dominus* 3. *ff. h. t.* si domino jubente, vel sciente nec prohibente, cum id posset, damnum a servo datum fuerit, cum ita directis ipse actionibus teneatur, *l. pen. C. h. t. l. si servus sciente* 2. *l.* 3. 4. *ff. h. t.* etsi non sit eundum inficias, quin dominus suo nomine directæ actioni sic obnoxius redditus, insuper noxali judicio servi sui nomine conveniri possit, ut litis æstimationem præstet, aut servum suum noxæ det: sive jusserit, ut servus delinquat, sive non jusserit, sed cum posset, non prohibuerit. Etenim si solummodo non prohibuerit, cum id posset, manifestum non modo domini, sed & ipsius servi delictum est; quippe cum hoc casu servus sua sponte fecerit, & nulla prorsus jussione domini, nulla etiam parendi necessitate potuerit excusari, adeoque nec dubium esse potuit, quin & directæ actioni & noxali locus esset. *l.* 2. §. 1. *l. in delictis* 4. §. *cum dominus* 2. *ff. h. t.* Sed &, si jussus domini interveniisse proponatur, tametsi tunc parendi necessitas servum a delicto videatur excusare, *d. l.* 2. § 1. *ff. h. t. l. ad ea* 157. *l. is damnum dat.* 169. *ff. de reg. jur.* delicto autem servili deficiente noxale quoque judicium deficiat: tamen ob autoritatem legis 12. tabularum Ulpiano post Marcellum & Julianum placuit, cum actione directa noxalem servi nomine contra dominum jubentem permitti, *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* justissima sane ratione; tum ne melioris alioquin conditionis esset manifestus improbiorque ex jussu autor delicti, quam qui conniventibus oculis delinqui permisit: tum quia in iis, quæ facti atrocitatem habent, servi ne ex eo quidem, quod ex parendi necessitate facinus commiserint, venia digni sunt. *l. servus non in* 20. *ff. de oblig. & act. d. l. ad ea* 157. *ff. de reg. jur.* Adde D. Noodt *tract. de lege Aquil. cap.* 10. *pag.* 48. *in fine*

fine 49. 50. Sive autem directa actione dominus conventus fuerit, noxalis evaneſcit; ſive noxali prius agatur, directa perit, *l. in delictis 4. §. cum dominus 2. ff. h. t.* nec contradicit Ulpianus in *d. l. 2. in fine ff. h. t.* dum ait, *dici poſſe etiam ſervi nomine cum domino agi poſſe noxali judicio; ut, quod detur Aquilia adverſus dominum, non ſervum excuſet, ſed dominum oneret.* Etenim & hoc ſat grave domini onus eſt, quod pluribus actionibus actoris arbitrio conveniri poſſit, etſi electione unius altera pereat. Firmatque hanc legis ſententiam, quod, autore Paulo, & eodem Ulpiano, in dominum, qui ſcivit, ac contra quem noxali judicio actum eſt, amplius directa actio detracta noxæ deditione danda non ſit, *l. in delictis 4. §. ult. ff. h. t.* atque inſuper, ſi dominus, quo ſciente peccatum eſt, ſervum peccantem alienaverit, ſicque cum emtore noxali fuerit actum judicio, conveniri amplius venditor non poſſit, *l. noxalis autem 7. §. 1. ff. h. t.* Aliter, quam obtinet, ſi plurium ſervus omnibus ſcientibus deliquiſſet: cum enim perinde tunc ſit, ac ſi ſinguli delictum perpetraſſent, altero convento ac ſolvente, alter liberatus non eſt, *l. ſi plurium 5. ff. h. t.* &, ſi ex duobus dominis uno ſciente, altero ignorante ſervus deliquerit, ac ante cum eo, qui neſciebat, actum ſit, adhuc cum ſciente in id quod deeſt agi poteſt. *l. ſi communis 9. l. ſi ex duobus 17. ff. h. t.*

8. Sunt & e converſo caſus, quibus dominus nec damnum reparare cogitur, nec ſervum aut animal noxæ dare: ſcilicet ſi bona fide ſervum alienaverit aut manumiſerit, prout ante dictum, ſi pro derelicto habuerit, *l. quemadmodum 38. §. Julianus 1. ff. h. t.* ſi ante litem conteſtatam dominus mortuus ſit; cum contra heredes locus non ſit noxalibus actionibus, niſi quatenus ſervi aut animalis, quod nocuit, poſſeſſores ſunt, *l. noxalis autem 7.* junct. *l. pen. §. ult. ff. h. t. l. 1. §. ult. ff. ſi quadrup. paup. feciſſe dic.* ſi ad eum, cui nocitum eſt, ſervus ante litem conteſtatam pervenerit: ſecus ſi poſt, *l. ſi alienus 37. ff. h. t. §. ſi ſervus 6. Inſtit. h. t.* ſive in totum, ſive pro parte tantum ad eum perveniſſe proponatur; non enim contra ſocium huic actioni, ſed communi dividundo, locus eſt. *l. ſi ſervus communis 8. l. cum ſervus communis 41. ff h. t.* Adhæc, ſi non dominus alienum ſervum ſuum eſſe in jure conſeſſus, ſolverit, *l. electio 26. §. ſi ſervum 3. ff. h. t.* ſi cum domino quaſi conſcio actum fuerit actione directa, & is abſo-

lutus sit; nam tunc ad noxale judicium recurri nequit; etsi pendente lite mutare liceat, & pro directa noxalem movere, *l. in delictis 4. §. ult. ff. h. t.* si reus servum pendente lite in sua potestate habere desierit sine sua culpa factove, *l. si quis a multis 14. §. ult. l. quotiens 21. pr. l. pen. ff. h. t.* si ante litem contestatam servus mortuus sit, etiamsi dominus ante servi interitum desiisset cum dolo malo possidere, si modo in lite suscipienda nullam moram fecerit. *l. electio 26. §. si is, quem 4. l. 39. §. ult. l. 42. §. 1. ff. h. t. l. 1. §. plane 13. ff. si quadrup. paup. fecisse dicatur.* Si lapsum sit tantum temporis spatium, quo & directæ actioni præscribitur ex civili aut honorario jure: adeoque si directæ temporales sint, veluti de vi bonorum raptorum, hæ quoque noxales tales erunt, *l. pen. C. h. t.* sin illæ perpetuæ, harum quoque duratio perpetua est, veluti ex furto, aut damno legis Aquiliæ: & ad actiones noxales ex hujusmodi causis descendentes, restringendum est, quod generalius assertum invenitur in *l. pen. §. ult. ff. h. t.* actiones noxales perpetuas esse.

9. Si plures servi simul delictum commiserint, vel omnes noxæ dandi sunt, vel sic poena præstanda, quasi unus homo liber deliquisset. *l. quod ait 31. ff. h. t. l. 1. pr. & tot. tit. ff. si familia furtum fecisse dic.* Si servus unus plura commiserit delicta, & unius delicti nomine conventus dominus litis æstimationem præstiterit, adhuc reliquorum delictorum nomine judicio noxali obnoxius manet, *l. qui ex pluribus 20. ff. h. t.* contra, si servus ex uno delicto noxæ datus sit ei, qui primus sententiam obtinuit, reliquæ extinguuntur actiones noxales, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem; sic ut occupantis melior conditio sit, non ejus, qui prior egit, sed qui prior sententiam obtinuit. *l. si quis a multis 14. d. l. 20. ff. h. t.* Neque his adversatur. *l. 1. in fine,* junct. *l. 2. ff. si ex noxali causa agat. quemadm. cav.* ubi noxæ deditus perinde haberi videtur, ac si venditus esset, adeoque reliquis suæ non peremtæ actiones noxales. Non enim aliud lex vult, quam eum, qui noxali judicio conventus cavit, *servum in eadem causa fisti*, non intelligi in eadem causa servum stitisse secundum Ofilium, si eum sistat alteri noxæ datum, quia tali noxæ deditione cæteris noxalem perimi actionem, Ofilius putat, *d. l. 1. in fine.* sed alio jure Romanos uti secundum Paulum, autorem *d. le-*

legis 2. & per illam noxæ deditionem, quæ poſt cautionis hujus interpoſitionem ſequitur, noxæ deditum ſervum *ex praecedentibus cauſis non liberari*, id eſt, ex cauſis, quarum intuitu prætor jam fuerat aditus, & cautio de ſervo in eadem cauſa ſiſtendo jam intervenerat; ſed talem noxæ deditionem venditionis loco eſſe, & noxam perinde caput ſequi, ac ſi ſervus venditus fuiſſet. Quod longe diverſum eſt a præſenti quæſtione, neque impedit, quo minus, ſi bona fide ſervus noxæ datus ſit ei, qui primus ſententiam obtinuit, reliquæ noxales extinguantur actiones, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem, atque ita ſecundum jam probata melior occupantis conditio ſit. Eodem modo, quo id in actione de peculio quoque receptum eſt. *l. ſi vero adhuc 10. ff. de peculio.* Si noxali judicio acturus aut ſervum non recognoſcat, aut nomen non teneat, ſciat tamen ex cujus domini familia ſervus ſit, recte actione ad exhibendam familiam experitur, ut ex præſentibus noxium agnoſcat: deſignandus enim ſervus eſt, cujus nomine actor agere vult. *l. in hac 3. §. ſi quis noxali 7. ff. ad exhibend.* Non quovis autem in loco noxale judicium intentari, aut dominus ad ſuſcipiendam ſervi defenſionem adigi poteſt, ſed illic tantum, ubi deliquiſſe arguetur. *l. ult. ff. h. t. l. ſi cui 7. §. pen. ff. de accuſation.*

10. Cæterum olim filiisfamilias etiam delinquentibus; noxalis in patrem actio erat; cujus veſtigia in pandectis ſunt, *l. noxali judicio 33. & ll. ſeqq. ff. h. t.* Sed jure novo id mutatum *§. ult. Inſt. h. t.* Et quamvis apud nos, multasque gentes alias, nullus ſervorum uſus ſit, utilitatem tamen ſuam præbent etiamnum hodie pleraque, quæ de noxalibus judiciis fuere in antecedentibus tradita: errant enim toto cœlo, qui noxæ deditiones ab uſu receſſiſſe putant; cum & animalia pauperiem facientia noxæ dari pro damno poſſe ad id, ut plenilſima contingat liberatio, *tit. 1.* dictum ſit; usque adeo, ut ne ob præcedentem quidem inficiationem, qua noſtrum eſſe vel a nobis poſſideri negabatur, quod nocuerat, nunc noxæ dandi facultas impedita cenſeatur. Groenewegen ad *l. 22. §. ult. ff. h. t.* & de navigiis, quandoque pro noxa relinquendis per exercitores, jus traditum *tit. 2. de lege Aquilia.* Quod autem attinet delicta per famulos hodiernos aut filios in ſacris paternis poſitos perpetrata, operæ pre-

tium fuerit paucis exponere. Ac primo quidem admonendi ſumus, dominos ac patres in ſolidum teneri ex delictis famulorum ac filiorum, etſi aut nulla aut longe minor merces famulo debita ſit, quoties illi deliquerunt in officio aut miniſterio, cui a patre dominove fuerunt præpoſiti; cum his imputandum ſit, quod negligentium aut malignorum operas miniſterio certo aut officio addixerint. arg. *l. ult. pr. ff. de cuſtod. & exhibit. reorum. l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi fornacarius 9. ff. ad leg. Aquil. l. 1. pr. & §. pen. l. quantae 12. §. 1. 2. ff. de publicanis l. unic. pr. & §. 1. & ult. ff. furti adverſus naut. caup. ſtabularios. l. ult. ff. nautae caup. ſtabularii ut recepta reſtituant.* Dan. Mollerus *femeſtr. libr. 4. cap. 18.* Henr. Kinſchot *reſponſ. 108. n. 8. 9.* (*in editione ann. 1653.* Franciſc. Kinſchot. *reſponſ. 37. n. 8. 9.*) Carpzovius *defin. forenſ. part. 4. conſtit. 43. defin. 7.* Andr. Gayl. *tract. de pignoration. obſerv. 5. n. 4. 5.* Paulus Voet ad §. *6. Inſtit. h. t. n. 3. in fine.* Adde *tit. nautae caup. ſtabul. ut recepta reſtit.* at extra id, cui a dominis aut parentibus fuerunt præpoſiti, ſi deliquerint, dominis ignorantibus, aut ſcientibus, ſed prohibere non valentibus, domini ultra mercedem adhuc debitam, uti & parentes, obligati non ſunt; ſed ipſi famuli ac liberi ex delictis ſuis conveniendi, ac, ſi ex ſuo non ſolvant impoſitas ſibi pœnas pecuniarias, arbitrariis ob inopiam pœnis coercendi. arg. §. *ult. Inſtit. de noxal. act. tit. C. ne filius pro patre.* eo quod ſuos delicta autores tenent, nec quisquam alieni criminis ſucceſſor conſtituitur, *l. crimen 26. ff. de poenis.* adeo ut ne quidem uſque ad legitimam filio ceſſuram pater executionem pati debeat, quippe quæ non vivo, ſed mortuo demum parente, debita eſt. Carpzovius *defin. for. part. 4. conſtit. 43. defin. 6.* Hugo Grotius *manud. ad juriſprud. Holl. lib. 3. cap. 1. n. 48. 49.* & *cap. 38. n. 9.* Leeuwen *cenſ. for. part. 1. lib. 2. cap. 12. n. 3. 4. 5.* Ant. Faber *Cod. libr. 4. tit. 9. def. 2.* Jul. Clarus *recept. ſentent. §. fin. quaeſt. 86. n. 3.* Tuldenus ad *tit. C. ne fil. pro patre n. 6.* niſi propter utilitatem publicam, aliamve juſtam cauſam, aliud municipali vel provinciali lege cautum inveniatur. Quo modo inſolatores (*Bleeckers*) ex facto liberorum, famulorum, aut ancillarum, adverſus leges inſolationis delinquentium, pati debere pœnæ pecuniariæ executionem, ſancitum ab Hollandiæ Ordinibus 5. *Martii 1610. vol. 1. placit. Holl. pag. 1220.* Idemque in collium cuniculoſorum per Hollandiam conductoribus (*Duynmajers*) ſancitum, quo-

ties famuli ipſorum alliique domeſtici occidunt canes eorum, quibus venandi jus eſt, aut venenata per colles ſpargunt. *1. Junii 1650. vol. 1. placit. Holl. pag. 1396. & ſeqq.* Adde placitum de venatione 12. *Martii 1674. art. 62. vol. 3. pag. 622.* Similiter, ſi filius, puella vitiata, prolem progenuerit, patrem hactenus obligatum efficit, ut is nomine filii ſui, nullam licet patrimonium poſſidens, alimenta partui teneatur ſubminiſtrare, cum & liberos naturales a parentibus alendos eſſe, ratio naturalis dictet. arg. *l. ſi quis a liberis 5. §. utrum 2. 3. 4. ff. de agnoſc. & alendis liberis.* junct. *l. pen. ff. eod. tit.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 9. defin. 3.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 10. defin. 2c.* Tuldenus ad *tit. C. ne fil. pro patre n. 5.* Sim. van Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr. 1. cap. 11. num. 8.* Plane puellam ipſam vitiatam dotare, ſi filius tantum in ære non habeat, pater cogi nequit: cum enim nec propriam ſuam filiam naturalem dotare quisquam teneatur, etſi in culpa ſit, quod eam genuerit; ut *tit. de jure dotium* dicetur; abſurdum foret, eum ad dotem peregrinæ puellæ dandam adigi, ex qua ſoboles illegitima filio nata eſt. Chriſtinæus *vol. 3. deciſ. 17. n. ult.* Tuldenus *d. loco.* Groenewegen ad *l. 1. C. ne fil. pro patre.* Leeuwen *d. loco.* Nec aliud ſentit Faber *Cod. libr. 4. tit. 9. defin. 4.* etſi aliter a Sabaudiæ ſenatu comemmoret judicatum eſſe.



LIBER DECIMUS.

TITVLVS PRIMVS.

FINIVM REGVNDORVM.

SVMMARIA.

1. *Quid ſit actio finium regundorum? qui olim judices fuerint in finium quæſtionibus?*
2. *Cur hæc actio magis* ſtricti juris, *quam bonæ fidei aut arbitraria ſit?*
3. *Cur hæc & familiæ erciſcundæ ac communi dividundo actiones* duplices *dicantur?*
4. *Quo ſenſu dicantur* mixtæ, *& an dentur actiones mixtæ partim in rem & partim in perſonam?*
5. *Non habet locum hæc actio, ſi via publica aut publicum flumen ſit intermedium inter duos agros, nec in ædibus; an in hortis?*
6. *Datur hæc actio dominis, & aliis, qui habent jus in re; non tamen malæ fidei poſſeſſoribus; an ſocio contra ſocium, ſi communis & proprii prædii fines turbati ſint?*
7. *Tendit ad id, ut fines quomodocunque turbati reſtituantur, remotis vel repoſitis iis, ex quibus poſitis, aut amotis confuſio nata erat. Si fines priſtini reſtitui commode nequeant, per adjudicationes novi fines conſtituuntur: & ſingulare, quod hoc judicio adjudicatio pluribus pro indiviſo fieri poſſit; cujus ratio redditur.*
8. *Petuntur etiam præſtationes perſonales. In quibus illæ conſiſtant?*
9. *Quibus modis fines probentur;* & *de* oculari *inſpectione, quo modo ea facienda ſit? deque præſumtionibus circa fines.*
10. *Quales fines conſiderandi ſint in reſtitutione? & quid juris, ſi pendente hac lite alteruter voluerit quid ex finibus uſurpare?*
11. *Quamdiu duret actio finium regundorum? An & quanto tempore olim & jure novo finium præſcriptio fieri potuerit?*
12. *De ſpatio intermedio inter confinia, & alterius foſſam, puteum, implantata, inaedificata, &c. item inter duas aedes privatorum, vel aedes privatorum & horrea publica &c.*

Quoties agrorum ad dominos diverſos pertinentium fines confuſi ſunt, ſive caſu, ſive confinium aut tertii facto, comparata eſt finium regundorum actio, quæ eſt ſtricti juris, duplex, mixta, qua primario contenditur inter confines de ſpatio

ſpatio quinque pedum, ſeu finibus agrorum regundis & diſcernendis. Quale judicii genus ex lege quidem duodecim tabularum coram tribus arbitris, at ex lege Manilia coram uno, ventilandum fuit. Cicero *libr. 1. de legibus.* Nec improbabilis eſt Cujacii opinio, fratres ſeu ſodales arvales, qui Deorum Terminorum ſacerdotes erant, olim finalibus in quæſtionibus judices fuiſſe. Cujacius *libr.* 11. *obſerv. cap. 5.* Confer Roſinum *antiquit. libr. 2. cap. 20. de Deo Termino. ibique Demſterum in notis. & libr. 3. cap. 6.*

2. Stricti juris hæc actio creditur, eo quod nuſpiam bonæ fidei aut arbitrariis invenitur adnumerata; & fructus in ea demum veniunt ex judicis officio poſt litem conteſtatam, ſic ut ante percepti nominatim condicendi ſint, *l. ſed & loci 4. §. poſt litem 2. ff. h. t.* quod actionum ſtricti juris indicium eſt. arg. *l. videamus 38. §. ſi actionem 7.* junct. *l. uſurae vicem 34. ff. de uſuris.* non, quod in actionibus ſtricti juris fructus ante litem conteſtatam percepti nunquam veniant: etenim & in condictione indebiti, & in condictione cauſa data, cauſa non ſecuta, & in aliis variis ſtricti juris judiciis, quibus repetimus id, quod noſtrum aliquando fuit, fructus ante litem conteſtatam perceptos adjudicari, patet ex *d. l. 38. pr. & §. 1. & ſeqq. ff. de uſuris* ſed potius, quod illa actio bonæ fidei dici nequeat, in qua fructuum (uſurarum præſtationem in bonæ fidei judiciis imitantium) ratio ante litem conteſtatam habenda non eſt. arg. *l. uſurae vicem 34. ff. de uſuris* Diſſent. Bachovius *tract. de action. diſput. 6. theſ. 4. & ad Treutlerum vol. 1. diſp. 19. theſ. 2. litt. C.* Nec eſt quod objiciatur, fructuum intuitu idem in finium regundorum judicio, quod in familiæ erciſcundæ obtinet actione, receptum eſſe; dum Paulus, *non ſolum in finium regundorum, ſed & familiae erciſcundae judicio praeteriti quoque temporis fructus venire*, monet *l. non ſolum 56. ff. famil. erciſc.* Etenim fructuum reſpectu comparatio inter hæc duo judicia in eo eſt, quod utrobique præteriti quoque temporis fructus veniant; ſed an id ex officio judicis fiat, an vero, quia & quando nominatim petiti ſunt, non illic declaratur; nec dubium eſt, quin in ſtricti quoque juris judiciis actor fructus ante litem conteſtatam perceptos conſequi poſſit, ſi ſpecialiter pro iis etiam egerit, non conſecuturus, ſi nominatim non petiiſſet. arg. *l. partum* 10. *ff. de uſuris.* Neque ſatis apte a familiæ erciſcundæ & communi dividundo judiciis (quæ bonæ fidei eſſe conſtat ex §.

actionum autem 28. Inſtit. de action.) ad hoc noſtrum finium regundorum, argumentum produxeris; cum ſuperiora duo judicia ideo bonæ fidei ſint, quia in iis quædam ſocietatis imago apparet, imo & geſtionis alienorum negotiorum, dum is, qui communia tractat, partim ſua partim aliena gerit, idque ex certa ſcientia, ac ſæpe etiam cum conjuncta gerendi voluntate; unde & cum judicio communi dividundo ac familiæ erciſcundæ concurrere poſſe negotiorum geſtorum actionem, *ſequenti titulo* demonſtratur. Nulla vero talis ſocietatis aut negotiorum geſtionis ſimilitudo in finium regundorum actione deprehendi poteſt; quippe in qua ſuam quisque partem agri ſui finiumque vindicat, quam nunquam habuit cum confine communem, quamque confinis alter vel ut ſuam bona fide poſſedit, vel ut prædo mala fide, atque ita neutro in caſu tanquam communem. Vinnius ad *§. 28. Inſt. de action. num. 6.* Bachovius *de action. d. diſp. 6. theſ. 4.* Beukelman *ad Pand. h. t. num. 5.* Fruſtra vero ſunt, qui arbitrariam hanc putant actionem eſſe, quia & rei vindicatio talis eſt, pro qua rei vindicatione hanc eſſe actionem, Paulus ſcripſit *l. 1 ff. h. t.* Quam enim non procedat hujusmodi concluſio, vel inde manifeſtum eſt, quod & familiæ erciſcundæ & communi dividundo actiones, atque ipſa etiam hereditatis petitio, pro rei vindicatione ſunt, *l. item Labeo 22. §. pen. ff. famil. erciſcund. l. hereditatis 7. C. de petit. hered.* quas tamen ideo non arbitrarias, ſed bonæ fidei eſſe, extra dubium eſt. *§. actionum autem 28. Inſt. de action.* Sed nec movere debet, quod in *l. ſed & loci 4. §. ſed & ſi 3. ff. h. t.* ſcriptum ſit, *ſi quis judici non pareat in ſuccidenda arbore, vel aedificio in fine poſito deponendo, parteve ejus, condemnabitur,* & hæc ipſa ſit actionum arbitrariarum natura atque deſcriptio, dum arbitrariæ appellantur, *in quibus, niſi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſolvat, condemnari debeat. §. praetera 31. Inſtit. de action.* Non enim in d. l. 4. §. 3. judex per modum arbitrii, ſed per modum definitivæ ſententiæ, juſſerat, ſuccidi arborem, aut ædificium partemve ejus deponi, cum nihil aliud eſſet, per quod fines agrorum confuſi erant, quam vel arboris plantatio vel domus ædificatio, ſecundum *l. haec actio 2. ff. h. t.* ac proinde ceſſatura eſſet conſuſio hoc ipſo, quo arbor aut domus amota fuiſſet. Quod ſi confinis judicato parere nollet, & adimplere factum exciſionis arboris, aut depoſitionis ædificatorum,

con-

condemnari debebat, non ad illam depositionem, aut excisionem, sed ad id quod interest, factum illud, ad quod condemnatus fuerat confinis, impletum haud fuisse, sicut id evenit in omnibus faciendi obligationibus. arg. *l. si quis ab alio 13. §. si quis 1. ff. de re judicata.*

3. Duplex autem hæc actio dicitur, æque ac sequentes duæ familiæ erciscundæ & communi dividundo, eo quod in ea singulæ personæ duplex jus habent, puta, agentis, & ejus cum quo agitur. *l. judicium communi 10. ff. h. t.* & par causa omnium videtur, *l. in tribus 13. ff. de judiciis.* sic ut & singuli, tanquam actoris simul ac rei partem obtinentes, duplex calumniæ jusjurandum præstare compellantur, se scilicet non calumniæ causa litem intendere, nec calumniæ causa ad inficias ire. *l. inter coheredes 44. §. qui familiæ 4. ff. famil. erciſc.* & procurator in his judiciis ad agendum datus, ad defendendum quoque datus videatur, duplici cautela interponenda, *l. si defunctus 15. §. 1. ff. de procurator.* etsi, quantum ad judiciorum ordinem attinet, placuerit, eum, qui prius ad judicium provocasset, actorem videri; *d. l. 13. ff. de judiciis.* unde & ei probandi onus videtur debere imponi, tanquam actori. arg. *l. 1. §. 1. ff. famil. erciſc.*

4. Mixtam hanc. & duas duobus titulis sequentibus propositas, Imperator ait, §. *quaedam 20. Inſtit. de action.* nec immerito; cum in rem simul & in personam sint. In rem quidem, quatenus unusquisque sociorum, coheredum, confiniumque rem suam, seu partem suam jure dominii ad se pertinentem persequitur, ac vindicat; confinis nempe partem agri sui, terminorum confusione per confinem alterum nullo jure possessam; socius aut coheres rei communis portionem tantam, quanta ei jure dominii per additionem hereditatis, legati titulum, aut alium modum similem rerum communiones introducentem, quæsita fuit. Unde & finium regundorum actio *pro rei vindicatione esse dicitur. l. 1. ff. h. t.* & *cohaerere controversiae proprietatis. l. si quis 3. C. h. t.* & vindicatio ea fieri, *l. 1. C. h. t.* familiæ quoque erciscundæ judicium *ex rebus constare*, ad oppositionem personalium præstationum actione personali petendarum. *l. item Labeo 22. §. pen. ff. famil. erciſc.* In personam vero, quatenus præstationes personales simul his persequi licet diversoriis judiciis ac obtinere: sic ut actor intendere possit, adversarium sibi ex obligatione præstare quid debere: quarum etiam præstationum intuitu tantum est, quod

creditum fuit, ex quasi contractu actiones familiæ erciscundæ ac communi dividundo nasci; hanc forte etiam ex quodam delicto, si terminos consinis ipse movisse doceatur. Ipsam namque rerum communionem quasi contractum esse, erroneum est; cum id nec ratio juris nec leges dictent; & aperte satis Imperator declaret, tum demum & eatenus tantum, ex quasi contractu has proficisci actiones, cum, & in quantum, ideo communi dividundo judicio alter alteri tenetur, quod unus solus fructus ex re communi percepit, aut necessarias in eam impensas fecit, aliisve factis similibus sese socio aut socium sibi effecit devinctum, §. *item si Instit. de oblig. quae quasi ex contractu nasc.* quibus adde ex eventu, si partis adjudicatio ad fines novos evidentiores constituendos facta sit, ac ejus adjudicationis intuitu condemnatio ad portionis adjudicatæ prætium sit subsecuta. *l. haec actio 2. §. 1. l. 3. ff. h. t.* Confer Vinnium *select. quaest. libr. 1. cap. 34. in pr.* Neque tamen propterea existimandum est, æque in rem & in personam has actiones vere comparatas esse, sed magis *videri*, ut loquitur Imp. in *d. §. quaedam 20. Inst. de action.* Cum in personam ex quasi contractu non nisi per quandam consequentiam sint, principaliter vero in rem, seu pro rei vindicatione. Quod ut apertius sit, considerandum, fieri posse, ut tantum pro rei vindicatione, adeoque tantum in rem, nullo modo in personam sint, deficientibus forte præstationibus personalibus, ac sola facienda rerum divisione aut separatione, quæ pro rei vindicatione est; dum nullus consinium, sociorum, aut coheredum impensas fecit, aut fructus percepit, aut damna dedit, aliudve factum simile interposuit, ex quo obligationes ex quasi contractu descendere dictum est. Contra vero sieri haud posse, ut tantum in personam essent, & præter personales præstationes nihil vindicaretur seu veniret dividendum. Quo pertinere puto, quod rescriptum est, *familiae erciscundae vel communi dividundo judicio ita demum, si corpora maneant* (seu manserint) *communia, agi posse, l. familiae 9. C. commun. utriusque judicii.* & cessare communi dividundo judicium, *si res communis non sit. l. 1. ff. communi divid.* Unde &, si fundi, aut res aliæ, quarum nomine hæc divisoria competunt judicia, perierint aut alienatæ sint, in easque ante interitum aut alienationem impensæ quædam ab uno sint factæ, fructusve percepti, de præstationibus hujusmodi personalibus non directum, sed tantum

tantum utile, ex bono & æquo præter jus commune judicium dari placuit; quaſi deficiente tunc eo, propter quod primario diviſoriæ hæ actiones introductæ ſunt; quod eſt, ut a communione vel confuſione recedatur. *d. l. 1. l. ſi quis putans 6. §. quare 1. l. in ſumma 11. ff. communi dividundo.* Fruſtra quoque videntur eſſe, qui actiones has mixtas negant, quaſi ſumma actionum diviſio duabus conſtaret tantum ſpeciebus, puta actionum in rem & in perſonam, nulla facta mixtarum commemoratione, §. 1. *Inſt. de action.* Etenim, cum de natura ſimplicium participet quicquid mixtum eſt, novum in jure noſtro non eſt, neque abſurdum, ut in diviſionibus proponendis ſpeciei mixtæ, tanquam ſub ſimplicibus comprehenſæ, mentio prætermittatur; cujus tamen commemoratio aliis in locis eſt. Munerum civilium alia patrimonii eſſe, alia perſonarum, Hermogenianus ſcripſit. *l. 1. pr. ff. de muner. & honor.* Chariſius trimembrem munerum diviſionem propoſuit, puta perſonalium patrimonialium & mixtorum, *l. ult. in pr. ff. eod. tit.* Actionum quasdam bonæ fidei, quasdam ſtricti juris eſſe, nos docet Imp. §. *actionum 28. Inſt. de action.* neque tamen poſtea dubitavit arbitrarias proponere, revera mixtas, utpote partim bonæ fidei, partim ſtricti juris actionum naturam imitantes. §. *praeterea 31. Inſt. eod. tit.* Nec minus a vero recedunt, quibus placuit primario in perſonam, ſecundario in rem hæc diviſoria judicia eſſe. Quod enim ajunt, annis triginta demum his præſcribi actionibus, idque actionum perſonalium indicium eſſe, *l. 1. §. 1. C. de annali exceptione.* non aliud inde evinci poteſt, quam, actiones hasce perſonales quoque eſſe, (quod & ante adſtructum fuit) in quantum ſcilicet ex quaſi contractu deſcendunt, ac tanquam tales tricennii lapſu demum perit. At eas primario ob id in perſonam eſſe, nec illic aſſertum eſt, nec per legitimam collectionem inde deducitur: nam & petitionem hereditatis totis durare triginta annis manifeſtum eſt; ex ratione, quod mixtæ perſonalis actionis natura hoc reſpondere compellat, *l. hereditatis 7. C. de petit. hered.* quam tamen primario in rem eſſe, vix ambigitur. Neque plus momenti in eo eſt, quod Paulus tradidit, *finium regundorum actionem in perſonam eſſe, licet pro rei vindicatione ſit, l. 1. ff. h. t.* cum non alia verborum iſtorum ſententia ſit, quam, quod actio iſta, licet pro rei vindicatione ſit, ſeu potiſſimum in id comparata, ut confines ſinguli confuſas, ſuorum agrorum vindicent

dicent partes finesque, tamen etiam simul in personam sit, in quantum scilicet præstationes personales secundario in hanc quoque veniunt actionem. Firmatque hanc d. legis primæ interpretationem similis plane de petitione hereditatis loquendi ratio ab Ulpiano adhibita in *l. sed & si 25. §. petitio 18. ff. de petit. heredit.* dum ait, *petitionem hereditatis, etsi in rem actio sit, habere tamen præstationes quasdam personales;* designans ita, eam, licet principaliter pro rei vindicatione sit, tamen etiam præstationum personalium intuitu personalem esse, tanquam quodam quasi ex contractu hactenus profluentem, ut alibi dictum *tit. de petit. hered.* Non obstat denique, quod ajunt, actiones in rem contra possidentes dari *§. 1. Inst. de action.* has vero mixtas, ac præcipue familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicia etiam contra non possidentes intentari. *l. 1. §. 1. l. heredes 25. §. quantum 2. ff. familiae ercisc. l. pen. ff. communi divid.* Respondeo enim, insicias quidem iri non posse, quod & rei vindicatio, & aliæ plures in rem actiones, adversus eos solos movendæ sint, qui vel vere possident, vel juris fictione pro possessoribus habentur, dum liti se obtulerunt, aut dolo malo possidere desierunt, idque quia in pluribus in rem actionibus de possessionis restitutione quæstio est, eaque per sententiam subsecutam reo injungitur. *l. qui restituere 68. ff. de rei vindicat.* Sed omnes omnino in rem actiones non nisi contra possidentes dari, verum non est. Nam & confessoriam ac negatoriam non modo contra possessores, sed & ipsis possidentibus indulgeri adversus non possidentes, dubio caret. *l. pen. §. ult. ff. si usus-fructus pet.* Similique modo in his familiæ erciscundæ ac communi dividundo actionibus placuit, eas & inter non possidentes posse sibi locum vindicare: & merito. Cum enim in hisce non tam possessionis restitutio intendatur, quam potius divisio & adjudicatio partis rerum communium, ut eam deinceps heres aut socius pro diviso solus habeat, quam hactenus junctim cum aliis habuerat pro indiviso; necesse non erat, ut conveniendus iisdem possessor esset; quippe valens abunde satisfacere desiderio actoris, & divisionem adjudicationemque rerum communium subire ac pati sine rerum ipsarum communium possessione.

5. Habet autem locum hæc finium regundorum actio in prædiis rusticis confinibus, aut solo rivo privato distinctis; non item, si via publica sit intermedia publicumve flumen; quippe quo casu finium confusio frustra metuitur, dum magis in confi-

nio

nio via publica vel flumen esse intelligitur, quam ager vicini. *l. sed & loci 4. §. pen. & ult. l. 5. l. 6. ff. h. t.* Uti nec in ædificiis; cum & his contingere nequeat terminorum turbatio, dum plerumque aut propriis aut communibus parietibus disterminantur. *d. l. 4. §. pen. ff. h. t.* Quo pertinet illud Ciceronis in topicis; *si in urbe de finibus controversia est, quia fines agrorum magis esse videntur, quam urbis, finibus regundis adigere arbitrum non possis.* In hortis plane, qui in continentibus sunt ædificiis, quosque urbanorum prædiorum appellatione contineri placuit, *l. urbana praedia 198. ff. de verbor. signif.* si confusa latitudo inveniatur, finium regundorum agi, nihil vetat. *d. l. 4. §. pen. ff. h. t.*

6. Datur confinibus adversus confines, sive domini sint, sive fructuarii, (quibus & clericos ratione agrorum ad præbendas pertinentium merito accensueris, arg. *cap. ult. extra, de peculio clericor.*) sive creditores pignus habentes, sive emphyteutæ, sive bonæ fidei possessores; cum hi omnes præditi sint jure in re, ac ex illo jure ipsorum interfit, terminorum non fieri confusionem, atque generaliter bonæ fidei possessori tantum præstet bona fides, quantum veritas, si lex impedimento non sit. *l. sed & loci 4. §. finium 9. ff. h. t. l. caedere 5. §. ult. ff. arborum furtim caesarum.* arg. *l. bona fides 136. ff. de reg. juris.* Non tamen malæ fidei possessori; tum quia nulla ejus circa actionis hujus instituendæ licentiam mentio in legibus est; tum quia malæ fidei possessor ratione rerum, quas mala fide possidet, qua talis, nullam potest actionem movere. *l. si quid possessor 31. §. illud plane 4. ff. de petit. heredit.* Uti nec socio adversus socium, confusis proprii ac communis agri finibus; sed vel a communione prius recedendum, vel res propria aut communis alienanda, atque ita demum ad hoc de finibus judicium deveniendum; eo quod nemo contra semetipsum agere potest; quod tamen contingeret, si sociorum alter vel proprii vel communis prædii intuitu finium regundorum litem moveret. *d. l. sed & loci 4. §. si communem 7. ff. h. t.* Difficultas interim haud levis adversus hanc de socio definitionem in eo est; quod, si verbi gratia inter te & me communes sint Titianæ ædes, & ex his aliquid non jure in alias ædes meas proprias immissum sit, aut ex propriis tuis ædibus in communes meas & tuas ædes quid simile projectum fuerit; aut paries tibi mihique communis opere abs te facto in ædes meas sese inclinaverit,

rit, negatoriam mihi actionem contra te indulgendam esse, Pomponius censuit *l. sed si inter 27. ff. de servitut. praed. urban. l. si, cum meus 14. §. 1. ff. si servit. vindic.* quodque secundum Paulum & Ulpianum aquæ pluviæ arcendæ actio inter socios admissa fuit, quoties aqua communis prædii proprio alterius prædio, aut vice versa, nocet. *l. si tertius 6. §. inde quaeritur 2. & §. 3. l. supra iter. 11. §. si ex privato 5. ff. de aqua & aquae pluviae arcendae.* Quibus consequens videri posset, nec finium regundorum actionem socio contra socium oportere denegari, ubi proprii ac communis prædii fines inter se turbati sunt. Sed manifesta differentiæ ratio inter hanc finium regundorum reliquasque commemoratas in eo est, quod in actione negatoria, & ea, quæ est aquæ pluviæ arcendæ, unus ex sociis de jure suo proprio, tanquam a jure socii separato, contra socium experiri potest, & suam tantum causam suumque proprium commodum in judicium deducere, sic ut etiam non in solidum, sed in solam agentis partem, seu, pro sola agentis portione, condemnatio sequatur, *d. l. 6. §. 2. & 3. ff. de aqua & aquae pluv. arcend.* cum ex adverso pluribus ex sociis unus finium regundorum actione nec agere nec conveniri possit pro sua tantum parte, adeo ut in partem fieret condemnatio; sed pro indiviso ac in solidum circa finium quæstionem & agendum sit, & sententia ferenda; dum prædiis magis quam personis per hoc de finibus judicium prospicitur, nec proinde personarum singularum portiones, sed prædii unius communis fines pro indiviso, in judicando spectantur. *d. l. sed & loci 4. §. si alter 5. ff. h. t.* Ant. Faber *Rational. ad d. l. 4. §. 7. ff. h. t.* Meyerus *in colleg. Argentor. ad tit. ff. si servit. vind. num. 21.* Cui & aliam alii addunt diversitatis rationem, ex veteri magis jure (quo finium præscriptio submota erat, juxta *l. pen. C. h. t.*) quam novo petitam; quod nempe socius ob impeditam finium præscriptionem damnum non metuit aut juris amissionem, etsi hac finium regundorum actione destituatur; cum e contrario in immissis & protectis ex prædio communi in proprium, aut vice versa, admissa præscriptio tandem socio juris diminutionem, seu libertatis prædialis amissionem, allatura esset, nisi negatoria contra socium licuisset experiri. Cujacius *observat. libr. 22. cap. 38.*

7. Contenditur hoc judicio ad id, ut fines confusi regantur, & ager unusquisque finibus propriis terminetur. Quomodo

modocunque confusio contigerit, sive inædificatione, sive implantatione, sive stipitum lapidumque terminalium exaratione, remotione, corruptione, vetustate, sive arborum finalium extirpatione, sive fossarum intermediarum repletione, dum vel alluvio & terræ proximæ subsidentia, vel inundatio & aquæ impetus omnia complanavit ac delevit vestigia terminorum; adeoque, ut in confinio ædificata vel plantata tollantur ea pro parte, quæ peperit turbationem, stipites lapidesque, finium indices, reponantur, fossæ latitudini pristinæ restituantur ac profunditati. *l. haec actio 2. l. sed & loci 4. §. sed & si quis 8. l. si irruptione 8. ff. h. t. tot. tit. ff. de termino moto.* Quæ limitum antiquorum restitutio si commode fieri haud possit, novi a judice constituendi sunt; cui etiam licentia a jure data est, amovendæ veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigendi, & adjudicatione controversiam dirimendi; adeo ut ex alterius prædio alii adjudicetur, hicque invicem pro eo, quod ei adjudicatum est, certa pecunia vicino condemnetur. *l. haec actio 2. §. 1. l. 3. ff. h. t. §. penult. Inst. de offic. judicis.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 28. num. 42. & seqq.* Estque illud hoc in judicio singulare, quod non singulis modo, sed & pluribus pro indiviso fines adjudicari possint, dum forte fundus alter duorum, alter trium est, quoniam non tam pluribus unius fundi dominis, quam potius ipsi fundo, nec tam personis, quam rei, adjudicari fines intelliguntur. *l. sed & loci 4. §. si alter 5. ff. h. t.* Quamvis id in cæteris fieri nequeat divisoriis judiciis (excepto casu, quo pluribus coheredibus ejusdem rei præceptio relicta est, idque ex necessitate, *l. item Labeo 22. §. 1. ff. famil. ercisc.*) in quibus res non rebus adjudicantur, sed personis, sic ut res singulæ singulis assignandæ sint, §. *si familiae 4. Inst. de offic. judicis.* & merito: nam, cum familiæ erciscundæ & communi dividundo judicio principaliter id intendatur, ut recedatur a communione, discordiarum illa & negligentiæ matre, suum litigantes scopum haud essent assecuturi, si judex divisionis rem eandem pluribus adjudicando induceret magis quam tolleret communionem: dum ex adverso per intentatum finium regundorum judicium non aliud defideratur, quam ut cesset finium confusio, & ager unusquisque propriis finibus terminetur; quem litis motæ finem confines etiam tunc obtinent, cum agro ad plures pertinenti adjudicatio pro indiviso fit. Et quamvis unusquisque dominorum,

rum, quibus adjudicatio fit, eam in adjudicato portionem pro indiviſo conſequatur, quam & in fundo habet, *d. l. 4. §. 5. ff. h. t.* ſicque communio per finium regundorum arbitrum introducatur; quia tamen ea non alia eſt, quam quæ condominis in fundo ipſo ſeu re principali etiamnum placet, ac continuatur, apparet quoque, nihil in ea adjudicatione, fundo plurium pro indiviſo facta, comprehendi, quod confinium hoc judicio contendentium refragaretur deſiderio ac intentioni. Confer Cujacium *obſervat. libr. 22. cap. 39.*

8. Præter ipſam finium priſtinorum reſtitutionem, ſecundario inſuper hoc judicio petitur, ut id quod intereſt præſtetur, damnum reparetur dolo lata vel levi culpa unius confinis datum, omnis utilitas reſtituatur, ac aliæ quæcunque ſolvantur præſtationes perſonales. *d. l. 4. §. 1. 2. 3. ff. h. t. §. pen. Inſt. de offic. judicis.*

9, Cæterum appellatione finium venit proprie ſpatium quinque pedum, quod inter agros confines relinqui debebat liberum ab aratione, *l. pen. C. h. t.* cujus probatio variis fit modis, puta per libros cenſuales & vetera monumenta, *l. in finalibus 11. ff. h. t.* per teſtes, non tantum, cum ipſi de certa ſua ſcientia deponunt, ſed &, cum de auditu viſuque aliorum id referentium, in quantum in antiquis non oculatis tantum, ſed & auritis teſtibus credendum eſt: etſi tales non primæ, ſed ſecundæ notæ teſtes habeantur, qui de ſolo auditu deponunt. arg. *l. in ſumma 2. §. idem Labeo ait cum 8. ff. de aqua & aquae pluv. arcend. l. ſi arbiter 28. ff. de probation.* Cujacius *lib. 3. obſervat. cap. 26.* Rævardus *varior. lib. 1. cap. 14.* Mynſingerus *cent. 6. obſerv. 26.* Brunnemannus *ad Pand. ad d. l. 28.* atque inſuper in fide facienda libri cenſuales teſtibus in dubio potiores ſint. *l. cenſus 10. ff. de probation.* Adhæc per demonſtrationem finium ab eo factam, qui prædii utriusque dominus fuit, cum alterum eorum venderet. *l. eos terminos 12. ff. h. t.* Per ocularem quoque inſpectionem, cognito ſitu foſſarum, lapidum, ſtipitum, quibus ſoliti diſtingui fines, utraque parte citata ac præſente, vel per contumaciam abſente: quo tamen caſu conſultius fuerit peritos mitti agrorum menſores, per quos patefacta rei veritate, etiam per conſectam ac exhibitam, ſi opus, mappæ geographicæ deſcriptionem, a judice deinceps litigium de finibus ex ipſorum ſuggeſtione terminetur, dum artifici in arte credendum eſt. *l. ſi quis 3. C. h. t. l. ſi ir-*

ſi irruptione 8. §. 1. ff. h. t. Inſtructio ſupremæ Curiæ *art. 241. 242.* Caſſiodorus *varior. lib. 3. epiſt. 52.* Chriſtinæus *vol. 2. deciſ. 185. num. 3. 4.* Leeuwen *cenſura forenſi part. 1. lib. 4. cap. 28. num. 2. & part. 2. libr. 1. cap. 29. num. 27.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 4. num. 51.* Appendix deciſion. Holl. *poſt reſponſa Juriſc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 17. in princ.* Neque dubium, quin in finalium quæſtionum deciſionibus etiam præſumtiones locum inveniant: qua ratione agri cujusque fines ad foſſæ intermediæ medietatem creduntur extenſæ, ſi non aliud evidenter probatum ſit. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 28. num. ult.* Plura de finium probationibus vide apud Maſcardum *de probationib. concluſ. 393. 394. & ſeqq. usque ad concluſ. 404.* Hieronymum de Monte *tractat. de finibus cap. 50. & multis ſeqq.*

10. Reſtituendi vero plerumque termini, qui in poſtrema fuerunt venditione deſignati; quippe qui præſumuntur etiamnum ſervati; niſi eos confinium conſenſu poſtea rurſus mutatos fuiſſe, doceri poſſit. *l. 1. 2. C. h. t. l. in finalibus 11. & 12. ff. h. t.* Et pendente hoc judicio neutri licitum ex finibus alterius quid uſurpare: adeo ut, qui contra fecerit, ſuperatus tantum agri modum amittat, quantum alteri adimere tentavit. *l. ſi conſtiterit 4. C. h. t.*

11. Ceſſat hæc actio poſt annorum triginta lapſum, ex quo primum contigit confuſio finium, *l. ult. C. h. t. l. 1. §. 1. C. de annali except.* in quo ſimilem eſſe hanc cæteris actionibus mere perſonalibus, ſupra dictum eſt. Nec refert quales fundi fuerint: nam etſi olim in agris limitaneis quieverit temporis cujuscunque præſcriptio ſecundum Theodoſii Junioris & Valentiniani conſtitutionem, *l. ult. C. de fundis limitrophis*, adeoque nec finibus ad fundos illos pertinentibus præſcribi potuerit; tamen ex quo per recentius Anaſtaſii edictum indictum fuit, ut nullum jus ſive publicum ſive privatum in quacunque cauſa vel quacunque perſona moveatur, quod jugi annorum quadraginta ſilentio ſopitum atque extinctum eſt, *l. omnes 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* vix eſt, ut non finium quoque & quæſtionum finalium præſcriptioni locus ſit. Nec adverſatur reſcriptum Impp. in *l. pen. C. h. t.* quo juſſerunt, quinque finium præſcriptione ſubmota, finalis jurgii liberam debere peragi intentionem. Conſiderandum enim, conſtitutione illa & confirmari & contineri jus vetus legis duodecim tabularum, legisque

Maniliæ, qua utraque præſcriptio vel uſucapio ſpatii quinque pedum impedita fuit, teſte Cicerone, *libr. 1. de legibus.* ſed cum ex illa vetuſti juris comprobatione, aut ſaltem occaſione ejus, difficultates plures indies exſurgerent, eodem adhuc anno a Theodoſio, Arcadio & Honorio, nova conſtitutione decretum fuit, *ut cunctis molitionibus & machinationibus amputatis, in finali quaeſtione non longi* quidem *temporis, ſed triginta tantummodo annorum praeſcriptio* admittatur, *d. l. ult. C. h. t.* Fachineus *controv. libr. 8. cap. 35. in fine.* Wiſſenbach *ad Pand. h. t. vol. 1. diſput. 22. num. 2.* Quamvis autem finium ipſorum præſcriptio olim nullo modo fieri potuerit, ac jure novo demum annorum triginta lapſu; tamen hæc impedimento non fuerunt, quominus etiam ex jure veteri cum alieni agri parte ſeu loco, (ut loquitur *l. locus 60. ff. de verbor. ſignific.*) ſimul quoque finium, velut acceſſoriorum, uſucapio longi temporis poſſeſſione impleretur; veluti, ſi confinium unus una cum finibus ſeu quinque pedum ſpatio poſſediſſet agri confinis partem ad ſpatium decem pluriumve pedum, dum ei fundum ementi fines tam ampli erant a venditore monſtrati, ac in poſſeſſionem partis ad confinem pertinentis inductio facta; quaſi & hæc venditoris fuiſſet. Quo de caſu agit, *l. 2. §. cum ſtichum 6. l. qui fundum 7. §. ſi fundum 1. ff. pro emtore.* Vinnius *ſelect. quaeſt. lib. 1. cap. 34. fere in fine.* Interim de interpolatione ac mutilatione legis *pen. & ult. C. h. t.* ac quo modo utraque a ſuis fuerit concepta conditoribus, videri poteſt *Cod. Theodoſ. lib. 2. tit. 26. l. 4. & 5.* ubi Jacobus Gothofredus *in notis* ea de re prolixe.

12. Præter hanc actionem quandoque criminale de termino moto judicium datur, de quo latius *tit. ff. de termino moto.* De cætero, quanto ſpatio foſſæ, putei, inædificata, ſepes, implantata, a confinio remota eſſe oporteat, lege Solonis Athenienſibus ſcripta, ſed Romanis quoque probata, definitum fuit, cujus verba ex *l. ult. ff. h. t.* lubet apponere: *ſi quis*, inquit lex, *ſepem ad alienum praedium fecerit, infoderitque, terminum ne excedito: ſi maceriam, pedem relinquito: ſi vero domum, pedes duos: ſi ſepulchrum aut ſcrobem foderit, quantum profunditatis habuerit, tantum ſpatii relinquito: ſi puteum, paſſus latitudinem: at vero oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato: caeteras arbores ad pedes quinque.* Quo modo etiam lege duodecim tabularum cautum fuit, ſeſtertii pedis, ſeu duorum pedum

pedum ac dimidiati ſpatium inter ædes intercedere oportere ad ambitum ſeu circumeundi facultatem; ut pluribus docet Briſſonius *ſelect. antiquit. libr. 1. cap. 2.* Quemadmodum poſtea ex conſtitutionibus Arcadii, Honorii ac Theodoſii neceſſe fuit, ſub pœna deſtructionis, ut inter ædificia ac horrea publica & ædes privatorum quindecim pedum intervalla ſervarentur; & Meniana privatorum pedibus decem inter ſe diſtarent, *l. ſi cui 9. l. meniana 11. C. de aedificiis privatis.* cum antea ex lege Conſtantini privatorum ædes publicis ab horreis centum pedum ſpatio debuiſſent remotæ eſſe, *l. 4. Cod. Theodoſiani de operibus publicis.* Quid vero circa interſtitia inter ædes ſibi contiguas hodie ſervetur, vix definiri poteſt, cum id in ſingulis fere regionibus, imo oppidis ſingulis, varie legibus municipalibus definitum inveniatur, teſte Groenewegio ad *d. l. 9. &. 11. C. de aedificiis privatis.* Confer Cæpollam *de ſervit. praed. urban. cap. 40.* Ant. Theſſaurum *deciſ. Pedemont. 115.*

TITVLVS II.

FAMILIAE ERCISCVNDAE.

SVMMARIA.

1. *De diviſione hereditatis, quæ per ipſum teſtatorem fit. An tunc coheredes ſibi invicem præſtent evictionem diviſorum, ſi forte res aliena uni per teſtatorem aſſignata ſit? Poſt diviſionem a teſtatore factam, ſi quæ ſuperſint indiviſa, qua proportione dividenda ſint? Alia de hac diviſione ubi tractentur?*
2. *De diviſione, quæ mutuo conſenſu inter coheredes fit, quo modo ea fieri poſſit?*
3. *An repertorii confectio ſit neceſſaria ad id, ut inter coheredes communi conſenſu diviſio fiat, ſi coheredes omnes majorennes ſint? quid ſi quidam ſint minorennes? & de aſſignatione bonorum paternorum aut maternorum per parentem ſuperſtitem facta liberis ſine inventario.*
4. *An, & quando unus heredum a reliquis cogi poſſit ad inventarii confectionem? & an in illud tunc referre debeat etiam ea, quæ ſibi a defuncto donata ait?*
5. *An & viventis hereditas ex conſenſu ipſius inter futuros he-*

redes dividi possit ? an tunc nova peti possit divisio, si defunctus priorem non reprobaverit ? An etiam testator testamento suo divisionem suæ hereditatis possit extraneo mandare qui heres non est, & quando heredes tali divisioni debeant aquiescere ?

6. *Ante divisionem deducenda prius omnia, quæ hereditaria non sunt ; quorum species variæ enumerantur.*

7. *Non dividendum inter coheredes, quod pro cæde defuncti quidam ex his, tanquam sanguine vel affinitate juncti, ab homicida consecuti sunt ; qua occasione explicatur* l. 18. §. 1. ff. h. t.

8. *Non etiam dividenda, quæ uni ex jure primogenituræ vel aliter cedere debent jure præcipui : nec uni heredum prælegata ; &, si hæc per errorem divisa sint, restitutio datur, manente in cæteris divisione.*

9. *Inter nullos alios, quam coheredes, quive eorum loco habentur, hoc judicium locum habet. Quid agendum, si reus actorem neget coheredem esse ?*

10. *An actor provocans hoc judicio fateri censeatur reum coheredem esse ?*

11. *Datur etiam inter fiduciarium & fideicommissarium, vel filium impuberem adrogatum respectu quartæ & cæteros heredes, ut & inter emtorem partis hereditariæ & heredes.*

12. *Nihil refert quantum ad hoc judicium, utrum coheredes possideant, nec ne. Datur etiam inter pauciores ex pluribus ; qui tamen cæteris non praejudicant. Quo modo consultum sit heredibus dividere volentibus, si quidam diutius absentes nullum suo loco substituant ad divisionem peragendam ?*

13. *Si plures sint heredes unius coheredis, omnes simul ad divisionem provocare debent, aut unum simul procuratorem constituere, non quidam ex his.*

14. *Ad divisionem provocare vel provocari nequit heres conditionalis, pendente conditione. Quid agendum ea pendente, si quidam pure alii sub conditione instituti sint ?*

15. *Provocare nequeunt pupilli, furiosi, &c. nec eorum tutores aut curatores ; provocari tamen possunt, & tunc tutores etiam immobilia dividunt sine decreto. Quandoque & provocant, decreto impetrato, si non expediat pupillis communio, vel inter pupillos plures dividunt. Quid juris, si diviserint sine decreto ?*

16. *Si maritus statuto prohibeatur alienare immobilia uxoris sine consensu ejus, etiam divisio prohibita videtur.*

17. *Divisio hereditatis, si quas impensas requirat, illæ communiter de hereditate faciendæ ; nisi fiant ob singularem qualitatem unius heredis, veluti ob decretum, si unus minor sit.*

18. *Dividi potest hereditas ejus, qui diu abfuit, & ignoratur an*

an vivat, nec ne; modo caveant qui dividunt; licet hoc ipso veri heredes non fiant, sed tantum fiduciarii possessores.

19. *Quid si post talem fiduciariam divisionem diutius supervixisse absentem constet, & interim quidam ex possessoribus fiduciariis mortui vel nova lege a successione depulsi sint?*

20. *Quanto tempore debeat esse continuata incertitudo, an quis vivat, an mortuus sit, ut ad divisionem fiduciariam procedi possit?*

21. *Uno judicio de duabus hereditatibus, veluti paterna & materna dividendis agi potest, licet non omnes, sed quidam tantum, ad utramque concurrant.*

22. *Res adjudicandæ singulis singulæ quantum fieri potest, si dividi commode nequeant; vel ei qui licitando vicerit, extraneo etiam ad licitandum admisso, maxime, si unus heredum pauper aut pupillus sit; licet statuto cautum esset, socium socio posse offerre electionem, an rem pretio a se æstimatam, an pretium habere malit.*

23. *Judex non potest inter coheredes dividere, sed uni heredi adjudicare debet partem, quam vel defunctus vel coheredes pro indiviso habent in re sibi cum alio communi: dum defunctus habuerat socium rei, vel fundi sui partem legaverat, vel unus heredum ante hoc judicium partem suam rei hereditariæ vendiderat.*

24. *An, & quo modo veniant in hoc judicium res ab hostibus captæ, commodatæ, depositæ, litigiosæ; thesaurus, res ex pecunia hereditaria emtæ, lucra turpia, jura sepulchrorum, patronatus, servitutum? an conditionis implendæ causa uni heredi data, prædia feudalia, emphyteuticaria, adscriptitiorum &c? remisse.*

25. *Quales in hoc judicium veniant præstationes personales? remisse. An & unus heredum, qui solus gessit res hereditarias salarium petere possit? circa præstationes personales debent condemnationes & absolutiones fieri in omnium personis, alias non valent.*

26. *Nomina ipso jure divisa sunt: si unus heredum non sit solvendo, id cæteros non gravat. Si judex singulis singula nomina adjudicaverit, non prodest nec nocet creditoribus; & si creditor unum heredem vi adjudicationis in solidum convenerit, adhuc contra reliquos agere potest, si prior solvendo non sit.*

27. *Si testator voluerit, vel inter heredes convenerit, ut singuli certa debita in solidum solverent, vel defunctus contractu suo unum ex pluribus futuris heredibus in solidum obligaverit, an is invitus in solidum a creditore conveniri possit? & quid moribus? Quid agere possint coheredes reliqui, si pro sua parte hereditaria conveniantur a creditore, respe-*

ctu debiti, cujus solutio uni erat imposita?

28. Pro qua parte quisque ferat onus æris alieni, si alter mobilium, alter, immobilium heres sit, paterna paternæ, materna maternæ lineae cedant, vel pro statutorum diversitate unus in quædam tantum bona successerit? remisse.

29. Qualia pacta divisioni possint adjici? & in specie de pacto successionis in bona ex divisione cuique cedentia, quod in Hollandia probatum; non ita aliis in locis; & quæ sit hujus pacti utilitas ac ratio? quorum bonorum intuitu talia pacta adjecta operentur? An mutatio domicilii mutet vim pactorum talium circa mobilia?

30. Cessat hoc judicium, si semel eo actum sit, ideo agere possunt heredes judicio communi dividundo, si tantum a quarundam rerum communione resilire velint.

31. Cessat, si unus ex re certa, alter simpliciter, unus in castrensibus, alter in paganicis, unus in mobilibus, alter in immobilibus institutus sit.

32. Potest testator ad tempus, non in perpetuum, prohibere divisionem. Possunt & creditores per judicem intercedere, ne divisio fiat, donec ipsis solutum aut satisdatum sit; & quæ sit utilitas hujus intercessionis?

33. An cesset hoc judicium, si coheredes plures communiter & pro indiviso res hereditarias possederint totis triginta annis? Quid juris, si tanto tempore pro diviso & suo nomine possederint?

34. An rescindi possit divisio, quæ inter verum & falsum heredem per errorem facta est, sive privatim, sive per judicem? Qua occasione explicatur l. 36. ff. h. t. Et, quid si verus heres diviserit cum falso herede, cum non plane erraret, sed dubitaret, an is esset heres, nec ne?

35. Si inter veros heredes divisio facta sit, ob qualem læsionem rescindi tunc possit, etiam, cum judicis autoritate facta est?

36. Variæ quæstiones circa rescissionem ob enormem læsionem ex divisione natam recensentur, remisse.

37. Quamdiu duret licentia petendi rescissionem divisionis ob enormem læsionem?

38. Si fiduciarius heres pendente fideicommissi conditione diviserit hereditatem cum cæteris coheredibus; an fideicommissarius isti divisioni stare debeat?

39. Communi consensu a divisione facta recedi potest. An tacite recessum videatur, si post solennem divisionem heredes perseveraverint in communi ac indivisa rerum possessione, per tempus ad præscriptionem requisitum?

40. An cum hac actione concurrere possit judicium expilatæ hereditatis?

41. An cum hac actione concurrere possit actio negotiorum gestorum, ita, ut coheres eligere possit, utra velit experiri?

42. Quo

42. *Quo in loco judicium familiæ erciſcundæ intentari debeat?*

43. *An, & quando quadrageſima pars pretii, & alia laudemia præſtanda ſint moribus noſtris propter alienationem, quæ per diviſionem aut adjudicationem rerum hereditariarum ſimilesque modos fit?*

Erciſcere familiam, eſt, hereditatem dividere, quam ſi teſtator non diſtribuerit, nec coheredes inter ſe de ea conveniant erciſcunda, judex dividit: etſi haud ſit eundum inficias, quin omnium firmiſſima ſit ea diviſio, quæ per ipſum eſt teſtatorem inſtituta; cum ne ob enormem quidem læſionem reſcindi queat, niſi læſam appareat quorundam legitimam. *l. quotiens 10. C. h. t.* Andr. Gayl *libr. 2. obſerv. 116. num. 3.* Chriſtinæus *vol. 4. deciſ. 7. num. 6.* Adde libellum meum *de familia erciſcunda cap. 2. num. 13. 14.* neque deſint, quibus inſuper placuit, ne heredem quidem coheredi ad evictionis præſtationem obligatum eſſe, quoties res aliqua ex iis, quæ per teſtatorem inter heredes diviſæ & aſſignatæ erant, evicta eſt, Gomezius *tom. 2. variar. reſolut. cap. 2. num. 34. in med.* Andr. Gayl *libr. 2. obſerv. 116. num. 2.* Petrus Zans *de diviſ. bonor. libr. 1. cap. 8. num. 13.* Chriſtinæus *vol. 2. deciſ. 179. num. 14. in fine.* & *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 16. art. 48. num. 5.* Quorum tamen opinio ſemper ſuſpecta mihi viſa fuit, tanquam neque legibus neque ratione ſatis ſuffulta: magisque probandam credidi vulgatam in legatis ſimplicibus receptam diſtinctionem; utrum ſcilicet defunctus rem per diviſionem perſonæ propinquæ ſanguine junctæ vel uxori aſſignaverit, an prorſus extraneæ. Nam ſi propinquis uxorive, ratio nulla eſt, cur non æque omni caſu ſalvum iis eſſe deberet, quod diviſione per teſtatorem aſſignatum, atque ita (ut poſt dicetur) prælegatum fuit, quam ſimplex legatum, quod omni caſu conjunctæ perſonæ vel uxori præſtandum eſſe, ſi alienum appareat, reſcriptum eſt *l. cum alienam 10. C. de legatis.* Eoque facit, quod a Papiniano traditum, ſi inter filios pater diviſionem fecerit, & uni rem tribuerit, cujus ſe dominum per errorem putabat, arbitrum conjectura voluntatis non paſſurum, *ut is partes coheredibus praelegatas reſtituat, niſi parati fuerint & ipſi, patris judicium fratri conſervari, l. cum pater 77. §. evictis 8. ff. de legatis 2.* Si vero heredi prorſus extraneo res aliena obvenerit ex teſtatoris diſtributione, rurſus exemplo ſimplicium legatorum diſpicien-

dum foret, utrum defunctus sciviſſet, an ignoraſſet, rem uni aſſignatam non propriam ſed alienam eſſe: &, ſi quidem probari poſſet, eum rei alienæ habuiſſe ſcientiam, magis fuerit, ut coheredes cæteri pro rata de evictione teneantur, hactenus ſaltem, ut vel rem illam evictam juſto pretio redemtam præſtent, vel in ſubſidium æſtimationem ejus, arg. *d. l. 10. C. de legatis. §. non ſolum 4. Inſtit. de legatis.* Et de eo caſu, quo teſtator ſcivit, accipiendus Papinianus in *l. ſi paterfamilias 33. ff h. t.* Sin ignoraverit, non eſt quod coheredes cæteri uni ob rei unius per teſtatorem aſſignatæ evictionem tenerentur; cum nec rem alienam legatam eo caſu præſtare obſtricti ſint. *d. §. 4. Inſt. de legatis d. l. 10. C. de legatis.* Confer Menochium *de praeſumt. libr. 3. praeſumt. 118. num. 9.* Sande *deciſ. Friſic. libr. 4. tit. 11. def. 2. in med.* Fachineum *controv. lib. 6. cap. 68. concluſ. 2.* Bachovium *ad Treutler. vol. 1. diſp. 19. th. 12. lit. D.* Struvium *ad Pand. h. t. num. 12.* libellum meum *de familia erciſcunda cap. 2. num. ult.* Quod ſi nonnulla inter liberos a parente diviſa ſint inæqualiter, pro virilibus nihilominus portionibus (aut ſi ad portiones inæquales generali inſtitutionis formula heredes vocati ſint, pro portionibus hereditariis inſtitutione aſſignatis) diſtribuenda per familiæ erciſcundæ arbitrum omnia reliqua, quæ indiviſa remanſerant, nulla conſiderata jam diviſorum proportione. *l. inter filios 11. l. ſi, cogitatione 21. C. h. t. l. quae pater 32. ff. h. t.* eo quod teſtator officium arbitri hereditatis dividendæ præveniendo, res quasdam ſingulis aſſignans, prælegaſſe cenſetur quæ cuique aſſignavit. *l. cum pater 77. §. evictis praediis 8. ff. de legatis 2. l. ex facto 35. §. unde 1. ff. de hered. inſtit.* quæ ipſa in extraneis quoque heredibus inſtitutis obſervanda ſunt, ut ſcilicet non obſtante inæquali in prælegatis portione, ad reliqua tamen bona defuncti non prælegata æqualiter admittantur, vel ſaltem ex quantitate prælegatorum non fiat mutatio datarum in inſtitutione portionum. *l. quotiens volens 9. §. ſi duo 13. ff. de hered. inſtit.* Plura circa hanc diviſionem a teſtatore faciendam ſive teſtamento, ſive codicillis, ſive actu inter vivos, variasque ea occaſione controverſias, vide libello meo *de familia erciſcunda cap. 2.*

2. Quantum ad eam diviſionem attinet, quæ mutuo coheredum conſenſu, ſine arbitri officio fit, nullis illa legibus certis adſtricta eſt, ſed eo modo eaque ratione inſtituitur; quæ utilior

utilior commodiorque dividentibus visa fuerit; sive placuerit, ut natu major res dividat, minor natu eligat; sive magis arriserit, distributione rerum præmissa, per sortem determinare, cui portio unaquæque obvenire debeat; sive per factam rerum hereditariarum æstimationem mutuamque licitationem & adjectionem voluerint, rem unamquamque ei cedere, qui licitando vicisset; sive id agatur, ut penes unum jus omne hereditarium remaneat; & is cæteris certam pendat pecuniæ quantitatem. De quibus itidem plura scripsi *d. tract. de familia ercisc. cap. 5.* Quibus adde Vinnium *select. quaest. libr. 1. cap. 35.*

3. Et quamvis in divisionibus, quæ mutuo coheredum consensu, vel etiam judicis autoritate fiunt, consultum omnino sit repertorium fieri, de quo plura scripsi *in libello de familia erciscunda cap. 3.* cujusque praxin habet Berlichius *decis. 160.* Wassenaar *pract. judic. cap. 11. num. 7. & multis seqq.* tamen, si inventarii confectio omissa sit, non ideo minus firma erit instituta divisio, etiam tunc, cum quidam coheredum certa quantitate pecuniaria certarumve rerum præstatione sese dimitti patiuntur, vel parens superstes bona quædam nummosve liberis velut prædefuncti parentis patrimonium assignant; adeo ut illa sine inventario facta divisio, si quidem per modum transactionis (*by Vytkoop*) instituta sit, ne enormis quidem læsionis prætextu rescindi queat, ubi postea apparet longe majorem fuisse hereditatem. arg. *l. Lucius 78. §. ult. ff. ad Senatusc. Trebell.* si modo liberi aut coheredes majorennes sint, adeoque tales, quibus liberum est juri suo renunciare. Nam si quidam minorennes essent, inventario non confecto minus firma quoque foret vice paternæ maternæve hereditatis facta rerum certarum aut nummorum assignatio; hactenus saltem, ut minores, de læsione notabiliore conquerentes, jure petant, inventario condito in melius reformari rerum assignationem, antea sine inventario inique aut captiose factam, etsi parenti superstiti, qui assignationem fecit, id haud indulgendum sit, quia ipse majorennis est, & satis creditur perspectas habuisse patrimonii conjugalis vires. D. Joh. a Someren *de iure novercar. cap. 6. sect. 2. num. 6.* Abr. a Wesel *de connubial. societate tract. 2. cap. 4. num. 150. 151.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 2. consil. 72.* & *part. 3. vol. 1. consil. 78.* Adde Argentræum *ad consuet. Brit. art. 477. gloss. 4. num. 3. 4.* Ut tamen hic propius regionum mores singulares indagandi sint: Delphis enim in Hollandia

tutores pupillorum eum parente superstite recte transigere de hereditate parentis prædefuncti, non facto repertorio, si minus ampla sit substantia, vel potissimum in nominibus mercaturæ consistat; at ubi facultates ampliores sunt, repertorio opus esse, testis est Neostadius *Curiae suprem. decis. 91. in pr.* quod idem Amstelodami quoque servari, impetrata tunc sine inventario transigendi venia a Cameræ pupillaris præfectis, responsum est *part. 3. vol. 2. Responsor. Holland. consil. 26. num. 4. 5.*

4. Quod si plures coheredes simul sese delatæ immiscuerint hæreditati, alter ab altero non recte exigit inventarii confectionem; sed magis eo casu ad id contendendum, ut is, qui forte moras nectit, simul cum reliquis coheredibus, junctis operis, ad inventarii confectionem procedat. Berlichius *decis. 160. num. 9.* Aliter quam obtineret, si unus tantum ex pluribus heredibus rerum hereditariarum præcipuus possessor aut administrator fuerit, defuncto viventi ad mortem vsque cohabitaverit, negotia defuncti tabernamve tractaverit, atque adeo meliorem ac pleniorem, quam reliqui, habuerit notitiam rerum defuncti; tunc enim vel ipse repertorium facere, vel saltem omnia, quæ ad hereditatem pertinere novit, atque etiam ea ipsa, quæ forte sibi a testatore vivo donata prætendit, bona fide in inventarium referri curare debet, ad id, si refractarius sit, a cæteris coheredibus autoritate judiciali compellendus. Chassenæus *ad consuet. Burg. rubr. 4. §. 7.* in verbis, *proximorum parentum num. 16.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 62. & part. 4. consil. 89.*

5. Uti autem certum est, heredes posse mutuo consensu dividere hereditatem ejus, qui jam defunctus est; ita quoque vix dubitandum, quin id etiam, eodem adhuc vivente, jure faciant, si is, de cujus adhuc viventis hereditate agitur, divisionem præceperit, ratamve habuerit, ac ad finem vitæ in ea perseveraverit, factæ divisionis comprobatione. arg, *l. ult. C. de pactis.* usque adeo, ut filii, ac eorum exemplo heredes quoque extranei, frustra eandem convellere tentaturi essent, aut repetitam exigerent rerum jam vere hereditariarum divisionem. *l. 2. Cod. Theodosiani de familia erciscunda.* junct. *d. l. fin.* Wamesius *consil. juris civilis cent. 2. consil. 41. num. 2. 3.* Jacobus Gothofredus *ad d. l. 2. C. Theodosiani h. t.* Quin imo, neque ratio neque jura refragantur, quo minus moriens testamento hereditatis suæ inter coheredes divisionem demandet extraneo,

traneo, id est ei, qui heres non est, heredesque jubeat ea contentos esse, dummodo neque legitima cujusquam ab illo arbitro distribuente lædatur, arg. *d. l. quotiens 10. C. h. t.* neque manifesta seu enormis arbitri istius ex gratia vel odio profecta iniquitas in aperto sit. arg. *l. in proposita 78. l. 79. ff. pro socio.* Sic enim testatori liceat legatum arbitrio tertii ita tacite committere, ut tertius sua possit voluntate interposita efficere, ut, vel ne, legatum præstandum sit. *l. Senatus enim 43. §. legatum 2. ff. de legatis 1.* junct. *l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonstrat.* si insuper ei a legibus concessum sit, ita legatum optionis relinquere, ut Titio ex suis, verbi gratia, equis eum leget, quem Mævius optaverit, atque ita extraneo permittere, ut statuat, quæ res legatario cessura sit. *l. ult. §. sed & si 1. C. commun. de legatis l. pen. ff. de opt. vel elect. leg.* si denique ipsa heredis institutio tacite in arbitrium tertii conferri queat; ita ut ab eo dependeat, quo minus, aut quo magis is, qui institutus est, heres sit. *l. si quis Sempronium 68. ff. de hered. instit.* ratio non est, cur non & divisionis arbitrium, si ita videatur, uxori forte, vel patri, aut alteri extraneo, ut viro bono, testator permittat. Responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 112.*

6. Quoties autem ob non divisam a testatore hereditatem ad hoc familiæ erciscundæ judicium, duplex, bonæ fidei, mixtum, pro hereditate dividenda ac personalibus præstationibus tribuendis recurritur, deducendum ante omnia, quicquid hereditarium non est; quo in numero potissimum sunt bona ad conjugem superstitem pertinentia. Confer libellum meum *de familia erciscunda cap. 4.* ut & ea, quæ a priore conjuge profecta, nec jure dominii acquisita ei, de cujus hereditate dividenda quæstio est, rebus tamen ejus mixta inveniuntur, aut pro indiviso possessa; quæque defunctus aliena tenuit usufructus ususve jure; vel jure quidem dominii velut propria; sed tamen cum onere restituendi ex causa fideicommissi.

7. Sed nec illud in familiæ erciscundæ judicium venire debet, aut inter coheredes, qua tales, dividendum, quod pro cæde defuncti ab homicida uxor liberique consecuti jam sunt, aut possunt exigere. Quod puto Ulpianum velle in *l. his consequenter 18. §. sed, an in 1. ff. h. t.* dum ait; *sed, an in familiae erciscundae judicium de morte testatoris, vel de morte uxoris liberorumque suorum habebunt quaestionem heredes, quaeritur? & rectissime Pomponius ait, haec ad divisionem rerum hereditaria-*

riarum non pertinere. Etsi enim Gothofredus *in notis*, & Ant. Faber in rational. *ad d. l. 18. §. 1.* existiment, in d. l. agi de vindicanda nece defuncti, quasi officium illud non posset uni coheredum imponi per arbitrum familiæ erciscundæ, sed ad omnium onus communiter spectaret, sic ut heredi non vindicanti, tanquam indigno, portio hereditaria auferenda foret, ac fisco applicanda, *l. 1. C. de his quib. ut indignis.* tamen vix est ut id admittatur; cum non modo de morte testatoris, sed & uxoris liberorumque ejus ibidem agatur; & constet quidem, heredes debere ulcisci necem defuncti, at, ut similiter vindicare cogerentur necem uxoris aut liberorum testatoris, nulla lege necessitas iis imposita inveniatur. Ut proinde rectius d. legis verba accipiamus de casu, quo testator, aut uxor, liberive testatoris, homines liberi, dejectione, vel effusione, vel ab animalibus ferocioribus illic, qua vulgo iter fit, habitis, vel alio simili modo occisi sunt, quo nomine comparata est ad aureorum quinquaginta pœnam actio de dejectis & effusis. *l. 1. §. sed cum 5. l. si vero. 5. §. haec autem 5. ff. de his qui effud. vel dejec.* vel ad ducentos aureos in factum actio ex ædilitio edicto. *l. qua vulgo 42. ff. de aedilit. edict.* quam actionem in hoc judicium non venire, merito Pomponius responderat; eo quod populares actiones, qualis est de dejectis & effusis ob hominem liberum occisum, heredibus, qua talibus, non dantur, ideoque nec ad rerum hereditariarum divisionem pertinent. *d. l. 5. §. 5.* &, si uxorem liberosve occisi una cum extraneis heredibus institutos proponas, uxor plane liberique heredibus cæteris in tali actione intentanda deberent præferri, dum præferendi dicuntur illi, quorum interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingunt. *d. l. 5. §. 5.* eademque ratio est, si non testator, sed uxor ejus liberive occisi sint; cum & tunc popularis actio, in qua movenda testator ipse aliis anteponendus fuisset, heredibus, qua talibus, competere non potuisset; nec illi, si extranei fuissent, ullam ex capite defuncti prælationem agendi ante alios sibi vindicare; sed magis hic quoque potiores censeri deberent, qui uxori occisæ liberisve testatoris interemtis sanguinis aut affinitatis vinculo conjuncti sunt. *d. l.* Quo & facit, quod alibi *tit. de acquir. hereditate*, latius tradetur, eos, qui has similesque intentarunt actiones, pœnamque consecuti sunt, nec pro herede se gessisse, nec hereditariis effici obnoxios oneribus.

8. Sed

8. Sed & ante divisionem omnem deducenda, quæ jure præcipui ex legę municipali ad unum debebant peruenire, sive ex primogenituræ prærogativa, sive ex alia qua simili ratione: uti & quæ secundum DD. viri boni arbitratu præcipere debet ex paterna vel materna hereditate filius, cujus industria singulari admodum auctum apparet defuncti patrimonium, de quo Groenewegen ad *§. 2. Inst. per quas pers. cuique acquir. num. 4.* Adhæc prælegata, quippe quæ iis solis adjudicanda, quibus a testatore data sunt: adeo ut, si forte pluribus coheredibus simul res una prælegata sit, etiam universis simul pro indiviso adjudicari interim debeat, donec novo judicio communi dividundo visum fuerit, dirimere rei prælegatæ communionem. *l. item Labeo 22. §. 1. ff. h. t.* junct. §. *item si 3. Instit. de oblig. quae quasi ex contractu nasc.* Neque dubium videtur, quin coheres, qui per errorem passus est inter se reliquosque coheredes dividi res sibi soli jure præcipui competentes, restitutionem in integrum impetrare possit adversus factam rerum talium divisionem, ad id, ut reddatur aut suppleatur, quod uni solummodo debitum, perperam inter omnes divisum est, rata in cæteris manente rerum hereditariarum communium distributione. Wamesius *cent. 2. consil. juris civilis 47. num. 19.* Christinæus *vol. 2. decis. 182. n. 3.* Grœnewegen *ad l. majoribus 3. Cod. communia utriusque judic. n. 6.* D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap. 6. sect. 2. n. 6. in fine.* Wassenaar *pract. judic. cap. 11. n. 123.*

9. Datur hæc actio illis, qui probare possunt, se coheredes esse; cum inter solos coheredes consistat, quippe nullis competens quam iis, qui desiderant a rerum hereditariarum recedere communione; cujus generis communionem inter nullos alios, quam coheredes, vel qui loco heredum censentur, eosve repræsentant, inveniri, expeditum est: in quo a petitione hereditatis, inter verum falsumque heredem agitanda, differt. Quod si reus actorem coheredem neget, videndum, utrum actor possideat hereditatem, de cujus divisione litem movet, nec ne. Nam si in possessione sit, inficiatio rei de qualitate actoris, ac jure hereditario ei competente, impedimento non est, quo minus familiæ erciscundæ judex tunc cognoscat dijudicetque, num heres sit, quam adversarius negat talem esse: sic ut eo casu actor per præjudicium ad movendam primitus hereditatis petitionem remittendus haud sit. Sin possessione careat, magis est, ut ab hoc familiæ erciscundæ judicio interim

terim exceptione præjudiciali depulsus, jubeatur suum prius asserere jus hereditarium per intentatam hereditatis petitionem. *l. 1. §. 1. ff. h. t.*

10. Actor sane eo ipso, quo alium hac ad divisionem actione interpellat, non potest non videri eundem agnoscere & fateri sibi coheredem, arg. *l. 1. pr. ff. h. t.* etsi enim Anton. Faber ad *l. qui familiae 37. ff. h. t. in rationalibus*, inter *fateri* & *supponere* distinctionem adhibeat, ajens, eum, *qui familiae erciscundae agit, non tam fateri, quam supponere, adversarium esse sibi coheredem;* quia non fatetur qui errat, nisi jus ignoraverit. *l. non fatetur 2. ff. de confessis*, tamen, cum inficias iri nequeat, quin erronea confessio judicialis interim pro veritate, ac judicato habenda sit, donec detectus error judicique probatus, ac adversus eum ex capite justi erroris restitutio in integrum impetrata fuerit. arg. *l. 2. ff. de in integr. restitution. l. certum 6. §. pen. ff. de confessis.* junct. *l. inde Neratius 23. §. ult. l. 24. l. 25. ff. ad legem Aquil.* vix est, ut non etiam actor durante hac familiæ erciscundæ actione dici debeat confessus, reum, quem vocavit, sibi coheredem esse: licet adversus erroneam confessionem ei postea subveniendum sit. Neque repugnat *d. l. qui familiæ 37. ff. h. t.* cum vel delenda ibi sit particula *non*, ac legendum, eum, *qui familiae erciscundae judicio agit, confiteri adversarium sibi esse coheredem;* uti id suadent Græci, *in libr. Basilic. 42. tit. 3. l. 37.* vel intelligi lex possit de reo ad divisionem provocato, qui respondens actori, non videtur de ejus intentione confiteri. *l. non utique 9. ff. de exceptionibus.* neque est, quod quem offendat, in d. l. 37. de eo tractari, qui *agit;* cum in judiciis duplicibus, quale & hoc est, reus simul actor sit. *l. judicium communi 10. ff. finium regund. l. 2. §. in familiae 3. l. inter coheredes 44. §. qui familiae 4. ff. h. t.*

11. Nihil autem refert, ex testamento, an ab intestato; jure civili, an prætorio; directi, an fideicommissarii heredes sint. *l. 2. l. sed & ejus 24. §. 1. ff. h. t.* Usque adeo, ut & utile judicium inter fiduciarium ac fideicommissarium exerceri possit, quatenus vel fiduciario quarta Trebellianica salva esse debet, vel is non totam hereditatem, sed solam partem restituere rogatus est; sic ut prius quidem actione ex testamento fideicommissarius ad restitutionem experiatur; hoc vero deinceps judicio ad divisionem, *l. si ex asse 40. ff. h. t.* quale judicium utile etiam inter heredes cæteros & adrogatum datur respectu

reſpectu quartæ impuberibus ex D. Pii conſtitutione tributæ; licet quartæ iſtius intuitu adrogatus proprie nec heres civilis ſit, nec bonorum poſſeſſor ſeu heres prætorius. *l. per familiae 2. §. 1. ff. h. t.* Quid, quod nec dubitandum videtur, quin & inter emtorem hereditatis, qui partem emit, cæterosque venditoris coheredes, utili actioni locus ſit: tum, quia emtorem hereditatis vicem heredis obtinere placuit, *l. venditor 2. §. cum quis debitori 18. ff. de hered. vel act. vendita.* tum quia utilem quoque hereditatis petitionem rei & in eum competere, receptum fuit, *l. nec ullam 13. §. quid, ſi 4. §. ſi quis ſciens 8. & 9. l. ei, qui 54. ff. de petit. hered.* ac generaliter obtinuit, utiles actiones illis caſibus emtori hereditatis dari, quibus directæ venditori. *l. ſi cum emtore 16. ff. de pactis. l. emtor. 5. C. de hered. vel act. vendita.*

12. Similiter non intereſt, utrum hereditatem poſſideant, nec ne; cum in hoc judicio non factum, ſed jus ſpectetur, quod quisque habet, nec ex poſſeſſione, ſed magis ex jure dominii, per hereditatis aditionem quæſito, hoc judicium, naſcatur. *l. 1. §. 1. l. heredes ejus 25. §. quantum 2. l. fundus 51. §. 1. ff. h. t.* Nec, utrum inter omnes coheredes, an inter pauciores ex pluribus hoc judicium accipiatur. *l. per familiae 2. §. dubitandum 4. ff. h. t.* arg. *l. etſi non 8. in pr. ff. communi dividundo.* ut tamen in caſu, quo inter pauciores ex pluribus hoc ſubſtitit judicium, reliquis eo ipſo non præjudicetur, quo minus ipſi poſtmodum vel petitione hereditatis a tertiis poſſeſſoribus, in quos alienatæ res hereditariæ, easdem recuperent, *l. inter coheredes 44. §. ſi coheredes 2. ff. h. t.* vel etiam familiæ erciſcundæ actione adverſus eos, inter quos prius actum fuerat, experiantur, ad id, ut de novo hereditatis totius diviſio peragatur; cum unusquisque eorum, quibus ex prima inter pauciores inſtituta diſtributione res obvenerunt, poſſideat pro indiviſo reliquorum, nunc demum agentium, portionem. *l. coheredibus 17. C. h. t.* eoque forſitan Ulpianum reſpexiſſe exiſtimem, dum ait, cauſa cognita etiam amplius quam ſemel familiæ erciſcundæ judicio agi poſſe. *l. filia 20. §. familiae 4. ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. libr. 3. tit. 25. defin. 5.* Sed, ne per coheredum quorundam ſive caſu ſive conſulto contingentem abſentiam diuturniorem, res hereditariæ cum heredum præſentium detrimento manerent communes, atque ita diſcordiarum & negligentiæ duraret occaſio ac mater, conſultum præſentibus eſt, non, ut

ſe-

ſequeſter publicus deſideretur, per quem hereditas adminiſtretur; uti voluit Papon. *libr. 15. tit. 7. art. 4.* ſed potius, ut aliquem aut aliquos, abſentium vicem in diviſione familiæ ſubituros, autoritate publica judiciali petant ſubſtitui, quo univerſale inter omnes omnino coheredes tum praeſentes tum abſentes a ſubſtitutis publicis repræſentatos, familiæ erciſcundæ judicium ad finem perducatur, non ultra deinde per abſentes repetendum. Reſponſa Juriſc. Holl. *part. 3. vol. 2. conſil.* 135. *in fine.*

13. Quod ſi pluribus ex coheredibus unus ſit mortuus, etiam heredibus ejus de hereditate defuncto quæſita adverſus cæteros defuncti coheredes hoc judicio experiundi poteſtas eſt; ita tamen, omnes ſimul, velut unum defunctum repræſentantes, agere teneantur, aut unum ſimul procuratorem conſtituere; cum non poſſit in partes judicium ſcindi. *l. ſi familiae 48. h. t. l. licet in popularibus 42. §. ſi plures 6. ff. de procuratoribus.* Quamvis permittendum non ſit, plures coheredes ſimul eundem procuratorem dare, quoties ipſi inter ſeſe diviſorio hoc judicio contendunt; quoniam res expediri non poteſt circa adjudicationes & condemnationes. *d. l. 42. §. 6.*

14. Sunt tamen, qui ad diviſionem provocare nequeunt, inter quos primo loco occurrunt heredes ſub conditione inſtituti; ea enim etiamnum pendente cum hereditatem adire nequeant, *l. is qui heres 13. ff. de acquir. vel omitt. hered.* & inter eos ſolos, qui heredes ſunt, hoc detur judicium; conſequens eſt, eos non modo fruſtra petere rerum diviſionem, quarum domini necdum facti ſunt; ſed ne per eos quidem, qui pure erant in partem vocati, poſſe interim ad diviſionem in incertum conditionis eventum urgeri, quotiens pure alios, alios ſub conditione inſtitutos concipimus. Quamvis haud videatur eundum inficias, quin medio tempore inter eos, quibus pure delata fuit hereditas, hoc judicium ſuſcipiatur, ſalvo jure ejus, qui ſub conditione heres eſt, ubi ea deinceps exiſtit. Si enim & tunc, cum pure omnes inſtituti ſunt, inter pauciores ex pluribus (ſecundum ante dicta) actio hæc exerceri poſſit, intacto reliquis ſuo agendi jure, *l. per familiae 2. §. dubitandum 4. ff. h. t.* junct. *l. coheredibus 17. C. h. t.* ratio non eſt, cur non idem hoc quoque caſu videretur permiſſum. Præſertim, ſi conſideres, etiam heredem pure ſcriptum, cui coheres ſub conditione adjectus fuerat, interim ex aſſe hereditа-

ditarias posse actiones exercere, perinde ac si solus heres esset; ita tamen, ut vel coheredi, post eventum conditionis, victoriæ commodum communicare teneatur, vel ipsi coheredi libera deinceps esse debeat experiundi potestas pro sua parte. *l. si heres unus 7. ff. h. t.* Confer Gomezium *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 2. *num.* 15.

15. Non etiam recte divisionem petunt pupilli, minores, prodigi, mente capti, aliique similes; uti nec tutores eorum aut curatores; sed provocationem tenentur expectare, si majorennibus eorum coheredibus a communione recedere consultum visum sit; quo casu provocati hoc suscipiunt judicium efficaciter tutores & curatores, ac ad divisionem tam immobilium quam mobilium jure procedunt, etiam non impetrato ad id decreto, etsi inter alienationum species rerum quoque communium divisio numeretur, & vulgo non valide alienatio rerum ad eos pertinentium, qui sub tutela vel cura sunt, sine magistratus decreto fiat. *l. pen. C. de praediis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. t.* 1. *§.* 2. *l. si pupillorum 7. pr. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Frustra namque hoc casu decretum postularetur, aut expectaretur, ubi nunquam prætor illud posset denegare; cum in communione vel societate invitus nemo perdurare compellatur. *l. ult. C. communi divid.* Plane, si manifesto doceatur, pupillis, minoribus, reliquisque alieno arbitrio regendis, non expedire communionis continuationem; dum forte coheredes majorennes, aut negligentes admodum sunt, aut molesti rixosique, nihil impedit, quo minus tutores aut curatores decreto impetrent dividendi licentiam, atque ita ipsi coheredes pupillorum majorennes hoc provocent judicio ad divisionem. arg. *l. si convenerit 14. in fin. ff. pro socio.* Sande *decis. Fris. libr.* 2. *tit.* 9. *defin.* 21. & *de prohibita alienat. part.* 1. *cap.* 1. *§.* 3. *num.* 31. 32. Menochius *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 171. *num.* 34. *& seqq.* Montanus *de tutelis cap.* 33. *num.* 189. *& seqq.* Sed &, cum inter solos minores res aut hereditas communis esset, inter eos tamen ex decreto causa cognita interposito, ac interveniente tutorum aut curatorum autoritate, fieri posse divisionem, quoties id evidens suadet minorum utilitas, rescriptum est, *d. l. pen. C. de praediis & aliis rebus minor. sine decr. non alienand.* Quin imo, cum sine decreto, sola tutorum autoritate, ex bona fide plures inter pupillos divisio intercessisset, & æqualitatem per omnia consta-

ret ſervatam eſſe, ſic ut nullus ea diviſione videri poſſet minus ſua portione poſſidere, nullam ulterius familiæ erciſcundæ actionem ulli coheredum oportere concedi, Paulus reſpondit. *l. Lucius 38. ff. h. t.* Quod autem in *l. inter pupillos 20. ff. de autorit. & conſ. tut.* generaliter diviſio videatur fieri potuiſſe ſine decreto, mirum non eſt, cum ea lex Scævolæ ſit, qui vixit & ſcripſit, ante quam oratione Severi indictum fuit, ad alienationes rerum pupillarium decreto opus eſſe.

16. Quod ſi ſtatuto cautum ſit, ne ullus maritus, vel, ut Ultrajecti, ne maritus improlis ſine uxoris aſſenſu rerum uxoriarum immobilium faciat alienationem; dicendum fuerit, eum nec ad hereditatis uxori delatæ diviſionem ſine ejus conſenſu poſſe provocare; cum diviſio quoque alienationis ſpecies ſit; & re ipſa contineat dominii translationem, ſive diviſione in partes, ſive rerum adjudicatione, familiæ erciſcundæ judicium abſolvatur. Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 3. num. 8. p. mihi 225.*

17. Tendit hæc actio ad id, ut res hæreditatis antea communes dividantur, ſecundum mores regionis, aut coheredum voluntatem, arg. *l. judicem 21. ff. communi divid.* Confer Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 28. num.* 12. *& ſeqq.* & fiant cujusque propriæ pro parte diviſa; idque communibus omnium coheredum impenſis, ſi quæ propter diviſionem faciendæ ſint; ſive ſponte omnes ad diviſionem proceſſerint, ſive unus reliquos invitos familiæ erciſcundæ judicio provocaverit; cum æque tales impenſæ neceſſariæ cenſeri debeant, atque ea, quæ in bonorum proſcriptionem, & generaliter venditionum explicandarum gratia, aut inventarii confectionem, erogata ſunt; qualia velut ipſam hereditatis quantitatem ipſo jure minuentia, prius inde deducenda, atque ita demum patrimonii quantitas æſtimanda eſt. arg. *l. quantitas patrimonii 72. ff. ad leg. Falcid. l. ult. §. in computatione 9. C. de jure deliberandi.* Johan. Papon. *libr. 15. tit. 7. art. 3.* Boërius *deciſ. 51. num. 16.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap.* 28. *num. 14. 15.* Reſponſa Jurisc. Holl. *part. 4. conſil. 318.* eo excepto, quod impenſæ pro impetrato decreto aut aliter, non propter ipſam diviſionem, ſed ob coheredum quorundam minorennitatem erogatæ, ſolos minorennes, non item cæteros debeant heredes gravare. *d. conſil. 318. in fine.*

18. Non

18. Non aliter tamen divisio regulariter facienda, quam si constiterit, defunctum esse eum, de cujus familia erciscunda contenditur; tum quia nulla viventis hereditas est, ac non entis nullæ affectiones sunt, *l. 1. ff. de hered. vel act. vend.* tum quia eorum demum hereditas potest dividi, quorum hereditas peti potest. *l. 2. pr. ff. h. t.* Quod si quis diutius absens fuerit, neque quicquam certi de eo relatum sit, atque adeo incertum prorsus, post diligentem inquisitionem, utrum superstes etiamnum sit, an fato functus; inter interpretes non satis constat, an, & post quanti temporis spatium ad ejus tanquam defuncti hereditatem dividendam procedere liceat. Sunt enim, quibus placuit, ne post annorum quidem triginta lapsum, ex quo quis abesse cœpit, atque ignorari, divisionem permittendam esse inter eos, qui hereditatem ejus ex testamento vel ab intestato jam spe devorarunt; sed autoritate publica oportere bonis absentis curatorem constitui. Responsa Juriscons. Holl. *part. 1. consil. 272.* moti ex eo, quod nemo in dubio ante annum centesimum, velut finem vitæ longævi hominis, mortuus præsumatur, arg. *l. an ususfructus 56. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* & is, qui mortem alterius asserit, id ipsum probare debeat Christinæus *ad Leg. Mechl. tit. 16. art. 28. num. 2.* Quodque nemo hereditatem adire aut repudiare queat, quamdiu incertus est, an testator mortuus sit, nec ne. *l. is qui heres 13. §. quis 1. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. nec nos praeterit 4. C. de postliminio reversis.* nec ullum circa hereditatem nondum aditam esse possit familiæ erciscundæ judicium. *d. l. 4. C. de postlimin. l. 2. pr. ff. h. t.* Quo fundamento etiam legibus Mechlinienſibus *tit. 16. art. 28.* cautum invenitur, ubi alter ex parentibus moritur, relicto unico filio vel nepote peregre agente, de quo nihil certi est, vivatne, an mortuus sit, licere superstiti, eorum bonorum, quæ ad peregrinantem devolvuntur, indicem conficere, atque ita in eorum possessione remanere, tanquam legitimum eorum administratorem, modo idonee caveat: neque antea ad divisionem compelli posse, quam heredes peregrinantis eum e vita decessisse, documentis probaverint. Plerisque tamen rectius visum fuit, heredibus, ex testamento vel lege ad successionem absentis vocatis, post diutinam absentiam & vitæ incertitudinem permittendum esse, patrimonium hujusmodi absentis non possidere tantum, sed & inter se dividere pro rata,

cautione ſcilicet interpoſita in caſum, quo abſens aliquando poſtliminio reverſurus eſſet; ſic ut interim non tam vere heredes cenſendi ſint, quam potius fiduciarii poſſeſſores, aut bonorum abſentis curatores. Joh. Papon. *libr. 15. tit. 7. in append. art. 1. & 4.* Choppinus *ad leges Andium libr. 3. tit. 2. num. 4.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 1. cap. 10. num. 8.* Charondas *en ſes memorables du droict François*, verbo *l' abſent encore.* Sande *deciſ. Friſic. libr. 4. tit. 9. defin. 8.* Mollerus *ſemeſtrium libr. 2. cap. 45. in pr.* Quod & juris Romani fundamentis conveniens videtur, dum heredi ſub conditione inſtituto permittitur, conditione pendente, res hereditarias poſſidere, ſi ſubſtitutis aut aliis, ad quos deficiente conditione hereditas perventura eſt, caverit de reſtituendo in caſum conditionis deficientis. *l. inter omnes 12. & 13. ff. qui ſatis d. cog.* Nec hisce adverſantur, quæ pro opinione priore ſunt ſuperius adducta: quod enim attinet argumentum ex *d. l. 56. de uſufructu & quemad. quis utat.* non aliud ea aſſeritur; quam hominem poſſe vivere centum annis, ſed quicquid poſſibile eſt, de eo non ſtatim præſumendum, quod & eventurum ſit; cum non ex eo, quod rariſſime, ſed ex eo, quod frequenter accidit, præſumtiones deſumendæ ſint; rariſſimum vero ſit, ac proinde nec veriſimile, vitam hominis nunc ad eam usque ætatem productum iri. Unde &, quoties de hominum ſingulorum vita quæſtio eſt, longe breviori tempore, quam centum annis, unumquemque ſuperfuturum præſumtio eſt, ad ineundam legis Falcidiæ computationem. *l. computationi 68. ff. ad leg. Falcid.* Quod vero allegatum eſt, nec adiri nec dividi poſſe hereditatem ejus, de cujus morte non conſtat, *d. l. 4. C. de poſtliminio reverſis. l. 13. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* id deciſionem ſuperiorem non ſubvertit; cum verum quidem ſit, nullam niſi ejus, quem defunctum conſtat, hereditatem adiri & dividi pleno jure poſſe; ſed non ideo fiduciaria bonorum poſſeſſio pro diviſo vel indiviſo illis deneganda, qui nunc probabilem maxime habere videntur ſuccedendi ſpem, & de reſtituendo cautionem interponere curatorum exemplo parati ſunt; cum utique nec heres, conditione inſtitutionis pendente, adeundi jus habeat, & tamen recte cum cautione poſſideat hereditatem, ut jam dictum.

19. Atque hinc, ſi forte poſt talem fiduciariam diviſionem non quidem redierit, qui pro abſente aut mortuo habeba-

batur, ſed diutius ſuperſtes fuiſſe probetur, ac medio tempore inter diviſionem & probatam evidenter abſentis mortem, lex ſuccedendi ab inteſtato mutata ſit, excludens quosdam eorum, quibus ex diviſione obvenerant abſentis ac vere viventis res, vel etiam quidam mortui ſint, quorum ſucceſſores non poterant jure repræſentationis ad abſentis venire hereditatem; magis eſt, ut vi cautionis interpoſitæ ad reſtitutionem adigendi ſint illi, vel heredes illorum, qui propter legem mutatam, aut propriam ſuam mortalitatem intervenientem, jure ſuccedendi tempore mortis naturalis iſtius abſentis deſtituti ſunt. Neque enim ita hic, uti quidem circa captos ab hoſtibus per legem Corneliam, ex primo abſentiæ momento aut ex poſtremis de vita ejus ante diviſionem novellis, mortuus fingendus eſt, qui poſtea vere probatur diutius vixiſſe; Chriſtinæus *volum. 2. deciſ.* 180. *num. 7.* etſi forte fictioni tali locus eſſe poſſet ac deberet, ſi nunqum poſtea probationes emergant, quo tempore ſic abſens in fata conceſſerit. Choppinus *ad leges Andium lib. 3. cap. 2. num. 4.*

20. Quantum vero temporis ſpatium oporteat elapſum eſſe, ex quo nihil certi de vita morteve abſentis relatum eſt, antequm inter heredes probabiles hæc diviſio inſtituenda ſit, non ſatis expeditum eſt. Annorum novem meminit Paponius *libr. 15. tit. 7. in append. arreſt. 4.* Septennium nonnullis placuiſſe conſuetudinum autoribus; quibusdam triennium; aliis annorum quindecim ſpatium, notat Choppinus *ad leges Andium libr. 3. tit. 2. num. 4.* & Ant. Faber *Cod. lib. 5. tit. 40. defin. 3. in pr.* Sexdecim annorum decurſum deſiderat Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 1. cap. 10. num. 8.* Sane, ſi de conſtante circa talia tempora conſuetudine non appareat, rectius id totum judicis prudentis arbitrio committendum erit, ut conſideratis probe circumſtantiis ætatis, qualitatis, periculi, ſimiliumque, æſtimet, an jam mortui loco abſens habendus videatur, atque ita diviſio fiduciaria permittenda ſit, an potius per curatorem bona abſentis in tempus longius debeant adminiſtrari: cum utique de tempore, quo quis abſens pro mortuo habendus foret, certi quicquam Romanis ex legibus peti nequeat. Nam etſi Juſtinianus conſtituerit, ſufficere quinquennium, ſi incertum ſit, utrum captus ab hoſtibus conjux ſuperſtes ſit, nec ne, ad id, ut quaſi mortuo conjuge ad alia liceat vota tranſire, *novell. 22. cap. ſed etiam 7.* id tamen, tan-

quam in capto ab hoſtibus, ideoque propter ſervilem conditionem incapace nuptiarum ex ſummo jure, *d. nov. 22. cap. 7.* ad conſequentias producendum non eſt.

21. Cæterum non una tantum, ſed & duæ pluresve easdem inter perſonas communes ac indiviſæ hereditates, veluti paterna & materna, inter fratres germanos uno dividi judicio, nihil vetat; ſic ut eorum in arbitrio ſit, utrum ſeparatim de ſingulis hereditatibus, an ſimul de omnibus, una familiæ erciſcundæ actione experiri malint. *l. heredes ejus 25. §. de pluribus 3. 4. 5. ff. h. t.* arg. *l. cum duobus 52. §. ſi plures 14. ff. pro ſocio.* Quæ adeo vera, ut, ſi inter te & me Titiana hereditas communis ſit, inter me vero & te & Titium Sejana, Pomponius ſcripſerit, unum inter nos tres judicium accipi poſſe de utraque hereditate, *d. l. 25. §. ſi inter me 4. ff. h. t.*

22. Quod ſi commodam res hereditariæ non recipiant diviſionem, aut ſaltem damnum ex diviſione redundaturum ſit, res ſingulæ ſingulis, quantum fieri poteſt, adjudicandæ ſunt, ipſique rem ex adjudicatione tenentes viciſſim reliquis pro rata in certam condemnandi pecuniæ quantitatem, ſi in alterius perſona adjudicatio prægravare videatur, ſive æqualiter, ſive pro portionibus inæqualibus heredes ſint. *§. ſi familiae 4. Inſt. de offic. judicis. l. ad officium 3. C. communi divid.* Neque enim audiendi, qui adjudicationem rerum ei faciendam putant, qui majore ex parte dominus eſt; cum ita individuæ res omnes hereditariæ uni, qui majore ex parte heres eſt, aſſignandæ forent, non ſingulæ ſingulis, contra *d. l. 3. & d. §. 4.* Confer Sande *deciſ. Friſ. libr. 4. tit. 11. defin. 4.* Grotium *manuduct. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 28. num. 16.* ſed potius licitatione mediante tunc negotium inter coheredes expediendum, ſic ut penes eum res tota conſtituenda ſit, qui majus licitando pretium obtulit, *l. 1. C. communi dividund.* ſive nulla præceſſerit publici æſtimatoris jurati æſtimatio, ſive ea facta ſit, & plures ſibi eam iſto pretio adjudicari petant. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap. 7. ſect. 1. num. 11.* admiſſo etiam quandoque ad licitationem emtore extraneo, ſi ſe non ſufficere ad juſta pretia offerenda, aut vincendos coheredes vilius licitantes, heredum unus profiteatur, *l. ad officium 3. in fin. C. communi dividundo.* etiamſi forte ſtatuto cautum eſſet ſociorum unum alteri poſſe electionem offerre, utrum rem certo pretio æſtimatam malit ſibi emtam habere, an cedere offe-

offerenti: eo quod subinde vilius posset a socio pretium rei constitui, dum novit alterum ne isti quidem æstimationi viliori solvendæ parem fore. Vide Groenewegen *ad Grotium manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 28. n. 20.* Quin imo, moribus probatum est, auctione publica res hereditarias communes venales proponi, quoties heredum aliquis inops aut pupillus est; ne clandestinis forte collusionibus ac dolosis licitationibus infra justum pretium res uni cederet, & commoda pupillorum sic fraudarentur. D. Joh. a Someren *d. loco.* Sande *decis. Frisic. lib. 4. tit. 11. def. 4. in med.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 27. n. 7.*

23. Notandum tamen, fieri aliquando, ut & tunc, cum res hereditaria commodam ¡natura sua recipit divisionem, adjudicatio uni ex pluribus heredibus facienda sit. Nam si defunctus forte rem habuerit cum extraneo pro indiviso communem, partem eam, quæ defuncti fuit, arbiter familiæ erciscundæ in solidum uni heredum adjudicare debet; non inter plures heredes pro rata partiri; ne tertius ille defuncti socius plures hoc ipso acquireret socios ex parte inter coheredes divisa, atque ita judex divisionis augeret difficultatem communionis, imo eadem opera tolleret, & novam aliam induceret communionem. Idemque juris est, si defunctus, rei alicujus ex asse dominus, partem ejus pro indiviso legaverit, parte altera in hereditate manente: uti &, si heredum unus suam rei singularis partem ante acceptum hoc judicium extraneo distraxerit: quia & tunc, si pars, quæ in hereditate remansit, inter plures divideretur, partis alterius emtor aut legatarius cum omnibus defuncti heredibus incideret in communionem. Et hunc genuinum non modo sensum, sed & rationem verborum Pauli esse in *l. heredes ejus 25. §. si testator 6. ff. h. t.* monet Cujacius *observat. libr. 22. cap. ult.* Brunnemannus ad *d. l. 25. §. 6.* cui tamen decisionis rationi per eosdem allatæ alteram, magisque urgentem, addendam puto, quod nempe absurdum, imo impossibile sit in tribus istis casibus, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei suæ partem pro indiviso legavit, vel heredum unus ante hoc judicium partem suam extraneo pro indiviso distraxit) ut coheredes ex judicio familiæ erciscundæ separatas pro diviso acciperent partes partis illius, quæ in hereditate inventa fuit aut remansit heredibus cum legatario, emtore extraneo, vel defuncti socio pro indiviso communis, quamdiu non prius a com-

munione cum extraneo, defuncti ſocio, aut partis legatario, vel emtore extraneo, receſſum fuerit. Atque hinc, ſi coheredes omnino partis talis non adjudicationem uni faciendam, ſed inter ſe diſtributionem pro rata deſiderare vellent, neceſſe foret, ut prius cum extraneo illo ſive defuncti ſocio, ſive emtore, ſive legatario, experirentur communi dividundo judicio; atque ita demum hoc judicio partis, quæ a parte ſocii vel emtoris vel legatarii jam ſeparata eſt, exigerent inter ſe diviſionem. *l. Maevius 52.* junct. *l. ex hereditate 54. ff. h. t. l. ad officium 3. pr. C. communi divid.*

24. Quæ vero res in hoc veniant judicium; an immobilia vel mobilia per hoſtes capta; an res defuncto commodatæ, pignori datæ, aut apud eum depoſitæ, vel aliter poſſeſſæ; an litigioſæ; an per teſtatorem ſub conditione legatæ; an theſaurus in fundo hereditario per unum ex heredibus aut extraneum repertus; an res per unum heredum ex hereditaria pecunia emtæ; an res hereditariæ per unum heredum pro parte vel in ſolidum diſtractæ; an mala medicamenta, libri improbatæ lectionis, lucra turpia; an jura ſepulchrorum, patronatus, ſervitutum perſonalium, aut realium; an quæ uni coheredum ex voluntate defuncti conditionis implendæ cauſa data ſunt; prolixius expoſui *tractatu de familia erciſc. cap. 7.* Et quid juris ſit circa prædia feudalia, emphyteuticaria, cenſualia, latius dixi *eod. tract. cap. 9.* quid itidem circa prædia adſcriptitiorum dividenda ſervetur, vide Anton. Matthæum in *paroemiis Belgar. Jurisconſult. paroem. 2. num. 47. 48.*

25. Porro in hoc judicium venire etiam præſtationes perſonales, impenſas nempe in rem hereditariam per unum heredem factas, ſi modo factæ ſint poſt aditam hereditatem, & ab herede, qua tali, ac utiliter; damna quoque; uti & fructus rerum hereditariarum; denique & acceſſiones rerum; tradidi plenius *eod. tract. cap. 10.* quæ per indicem hic retuliſſe ſufficerit. Quibus adde, abſurdum non eſſe, ut pro parte heres, in univerſum ſolus gerens res hereditarias, etiam ſalarium pro moleſtia ſuſcepta, velut præſtationem quandam perſonalem, conſequatur, quoties in ſolidi adminiſtrationem plus laboris impendere debuit, quam in ſuam tantum partem fuiſſet impenſurus. arg. *l. ex parte 39. ff. h. t.* Reſponſa Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 1. conſil. 38. in fine.* & *d. part. 3. vol. 2. conſil. 27. in fine.* Nec prætermittendum, de perſonalibus hujusmodi præſtationibus con-

condemnationes & absolutiones in omnium coheredum personis faciendas esse; adeo ut, si in alicujus persona omissa sit damnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, valiturum non sit; veluti, si ex quatuor heredibus hoc judicio experiuntibus unus impensas fecerit, & ei ad istas reddendas pro rata damnetur secundus & tertius, non item quartus, *l. in hoc judicio 27. ff. h. t.* Adde Vinnium *select. quaest. libr. 1. cap. 38.*

26. Nomina & actiones quod attinet, in hanc non veniunt actionem, eo quod ipso jure inter coheredes divisa sunt, ita ut pro rata hereditatis parte singuli debeant singulisque debeatur, *l. per familiae 2. §. ult. ff. h. t.* cui consequens est, ut si, divisa hereditate, unus heredum pro sua parte desinat solvendo esse, id cæteros coheredes gravaturum non sit: ut id de legatorum petitione aperte responsum est *in l. legatorum 33. ff. de legatis 2.* Et, si in pluribus fidejussoribus id obtineat, quod superveniens post oppositam divisionis exceptionem inopia unius reliquos non oneret, etiamsi illi initio conventionis inspecto, singuli in solidum debitores fuissent, nec ipso jure ex Hadriani epistola obligatio divideretur, *§. si plures 4. Instit. de fidejussorib.* junct. *l. inter fidejussores 26. ff. eod. tit.* longe magis id inter eos servandum est, qui nunquam in solidum, sed ipso jure tantum pro hereditaria parte devincti fuerunt. Gomezius *variar. resolut. tom. 2. cap. 20. num. 4. in med.* Castalius *ad l. 25. §. si miles ff. h. t.* Neostadius *Curiae supr. decis. 124.* Et quamvis ad officium judicis nonnunquam pertineat, ut debita & credita singulis pro solido, aliis alia, adjudicet, quia sæpe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet, *l. plane 3. ff. h. t.* tamen, si de talis adjudicationis effectu quæras, nec tunc unum ipso jure in solidum teneri, cæterosque liberari, ex Gajo discas, qui in *d. l. 3.* ulterius pergens ait, *hanc attributionem non illud efficere, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur; sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat; sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiundi; tamen & his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt.* ac proinde, si forte creditor vi adjudicationis unum heredum in solidum convenerit, & is solvendo non sit, id non impe-

diet, quo minus reliquos deinceps pro ſuo parte hereditaria conveniat; non enim eo ipſo, quo creditor heredem unum in ſolidum convenit, cenſeri debet tacite pactus eſſe, ne ultra peteret a cæteris; cum non niſi uno in caſu pacti hujusmodi taciti præſumtionem leges admittant; puta, ſi hereditas vendita ſit, & creditores omiſſo venditore emtorem hereditatis, heredem repræſentantem & actiones ſponte ſuſcipientem, convenire cœperint, *l. poſt venditionem 2. C. de pactis*, quod ad conſequentias caſusque diſſimiles trahendum non eſt. Neoſtadius *Curiae ſupr. deciſ. 14.*

27. Sed &, ſi non ex judicis adjudicatione, ſed mutua coheredum conventione, vel teſtatoris diſpoſitione, placuerit, ut ſinguli coheredes ſingula debita, alii alia, exſolverent, nullum inde creditoribus præjudicium naſci poteſt, quo minus heredes ſingulos, quos pactio vel teſtatoris voluntas exoneraverat; pro hereditaria conveniant portione, cum cogi nequeat creditor alium debitorem admittere, *l. ſi mandatu meo 45. §. item ſi 2. ff. mandati.* & debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari poſſit. *l. debitorum 25. C. de pactis. l. Imperatores 3. ff. de tranſact.* Andr. Gayl. *libr. 2. obſerv. 14. n. ult.* Quæ adeo certa, ut ex juris Romani principiis creditoribus ex conventione coheredum aut teſtatoris voluntate ne nata quidem fuerit poteſtas, eum invitum in ſolidum conveniendi, qui ſolidi ſolutionem vi pacti vel teſtamenti in ſe receperat, quemve defunctus contractu ſuo nominatim in ſolidum creditori devinxerat, ſed adhuc cum ſingulis pro rata experiundum fuerit; dato iis regreſſu adverſus illum, qui ſolidi ſolutione ſecundum jam dicta gravatus erat. *l. ſervo legato 69. §. ſi teſtator 2. ff. de legatis 1. l. eum, qui ita 56. §. te & Titium 1. ff. de verbor. obligation. l. pacto ſucceſſorum 26. C. de pactis.* Lamb. Goris *adverſar. tract. 3. part. 1. cap. 3. n. 3. & ſeqq.* Confer *tit. de pactis n. 11.* & *tit. de reb. cred. n. 17.* Quod tamen moribus noſtris ad evitandas litium ambages ac multiplicationem mutatum ajunt, creditoribus ex æquitate concedentes facultatem in ſolidum conveniendi illum, quem defunctus teſtamento vel pacto, aut coheredes conventione mutua, in ſolidum voluerunt gravatum. Lambertus Goris *d. tract. 3. cap. 3. num. 1. & ſeqq.* Groenewegen ad *d. l. 69. §. 2. ff. de legatis 1.* Imo jure ſingulari placuit Mechlinienſibus, creditoribus etiam tunc, cum nullus coheredum ex conventione

tione vel defuncti disposítione in solidum oneratus invenitur, electionem competere, contra quem ex pluribus in solidum experiri velint; ne in plures debitores distringeretur creditor, qui cum uno contraxerat; salva heredi in solidum condemnato actione contra coheredes ad indemnitatem pro rata. *Statuta Mechlinienſ. tit. 16. art. 37.* Vice versa quoque vel ex ipsius Romani juris disposítione id obtinet, quod si heredum unus ex officio judicis vel pacto, vel testatoris disposítione ad solidi debiti solutionem devinctus sit, ac reliqui per creditorem pro rata parte conveniantur, libera ipsis potestas sit suo loco substituendi eum, in quem onus actionis ita translatum est. *l. plane 3. l. si filia 20. §. item Papinianus 8. ff. h. t.*

28. Pro qua autem parte heredes singuli ferre debeant onus æris alieni, si alter mobilium, alter immobilium heres sit, si quis pro diversitate locorum, in quibus sita sunt defuncti immobilia, rerum tantum quarundam successor sit, aut jus vigeat, ut paterna bona paternæ, materna maternæ lineæ cedant; quibus in casibus in solidum singuli ex jure Romano conveniri possint; aliæque similes, difficultates discutiendæ potius videntur ad *tit. de acquir. vel omitt. hered.* Vide interim Lambertum Goris *adversar. tract. 2.*

29. Divisioni hereditatis pacta varia addi possunt; veluti de evictione præstanda, aut indemnitate, si forte res evincantur, vel debitores hereditarii uni assignati solvendo non sint; aut vice versa: de qua evictionis præstatione hoc in judicio dicam *tit. de eviction.* & scripsi *in tract. famil. erciscundae cap. 13. n. 5. & seqq.* Frequens præcipue ac probata in Hollandia est pactio de futura successione, ut nempe bona, quæ cuique ex divisione obvenerunt, certo modo devolvantur post mortem eorum, quibus cesserunt, electa forte successione secundum jus Aesdomicum, aut Scabinicum, prout id dividentibus visum fuerit. *Ordonnantie van Politie in Holland anno 1580. artic. 29. in fine.* Quod potissimum tunc usum invenit, & fieri expedit, cum parens superstes ad secunda vota transiens, per quandam familiæ erciscundæ speciem liberis prioris matrimonii impuberibus assignat bona parentis prædefuncti; quæ longe parcius assignaret, si, illis sine testamento morientibus, bona eorum non ad parentem superstitem ex jure Aesdomico, sed ad prædefuncti parentis proximiores jure Scabinico devolverentur: unde pactum tunc adjicitur, ut in bona assignata Aesdomico jure succeda-

cedatur. *d. Ordonnantie van de Politien binnen Holland. art. 29.* Hugo Grotius *manud. ad juriſprud. Holland. libr. 2. cap. 29. n. 7. & 8.* Uti ex adverſo quoque fieri poteſt, ut parens ſuperſtes parcius liberis prioris matrimonii impuberibus aſſignans prædefuncti parentis facultates, pactum apponat, ne ipſe in bona aſſignata jure Aesdomico, ſed prædefuncti conjugis cognati Scabinico jure ſucceſſores ſint, licet tunc nulla liberorum impuberum utilitas appareat: cum generaliter liberam paciſcendi licentiam ſine reſtrictione concedat lex Hollandica, *d. art. 29.* neque ejus pactionis ineundæ facultas ſuſtineatur ex favore liberorum, ſed magis pro ratione ac fundamento habeat liberiorem de hereditate viventis paciſcendi poteſtatem. Rodenburch *de jure conjug. tract. praelimin. de ſtatutorum diverſit. tit. 4. parte altera cap. 2. num. 1. 2. pag. mihi 157. 158.* Nec his pactionibus admodum diſſimilis illa eſt, qua conjux ſuperſtes, parcius forte aſſignans liberis prioris thori ſua bona paterna vel materna, promittit, fore, ut liberi prioris matrimonii cum conjugii poſterioris ſobole ſibi aſſignanti æqualiter ſuccedant: etſi diſtet in eo a prioribus, quod in illis ſalva liberis maneat licentia diſponendi teſtamento in contrarium, ubi ad ætatem ad teſtandum legitimam pervenerint. Grotius *d. cap. 29. num. 2. 3. 4. 5.* in hac parens ipſe ſuo facto videatur hactenus ſibi liberam ademiſſe teſtamenti factionem, ne plus poſterioris quam prioris matrimonii liberis relinquat. Reſponſa Jurisconſ. Holl. *part. 3. vol. 1. conſil. 86.* verſu *ten derden.* Sed cum pacta talia bonorum paternorum vel maternorum aſſignationibus adjecta vix uspiam extra Hollandiam probata ſint, Ultrajecti certe improbata, conſiderandum obiter, rerum quidem immobilium intuitu pacta iſta conventa tantum effectum eſſe ſortitura quantum ad immobilia in Hollandia, non item alibi ſita illis in locis, in quibus tales diſplicuere conventiones. Valitura tamen eſſe quantum ad immobilia Hollandica, non modo, ſi in Hollandia eſſent inita, ſed & ſi alibi celebrata, ubi nullus talium pactorum uſus eſt; eo quod tralatitium eſt, immobilia quantum ad ſucceſſiones regi jure loci, in quo ſunt. Valitura denique circa mobilia ubicunque ſita, ita demum, ſi impuberes, quibus aſſignatio bonorum ea lege facta eſt, in Hollandia domicilium foveant, aut alio in loco pactiones iſtiusmodi non reprobante; cum uſus induxerit communis, mobilia regi oportere domicilii jure, ut dictum latius de ſtatutis. Ut tamen

ſuffi-

ſuffiecre videatur, tunc, cum aſſignatio bonorum & pactio interponebatur, domicilii lege eam fuiſſe probatam, etſi poſtea domicilium ad tale territorium translatum fuerit, in quo ita paciſci interdictum erat. Uti ex adverſo, ſi tempore conventionis domicilii lex refragaretur, pactio ex poſt facto convalitura non eſſet ex eo, quod domicilii translatio fieret ad locum talem, cujus lex talem ſuſtinet de ſucceſſione conventionem: tum quia initium contractus inſpiciendum eſt, arg. *l. pretii cauſa 9. C. de reſcind. vendit.* tum quia ex præſenti vires accipit ſtipulatio, quamvis petitio ex ea ſuſpenſa ſit. *l. uſusfructus 26. in fin. ff. de ſtipul. ſervor.* Ut proinde nec ex migratione convaleſcere debuerit, quæ ab initio non valuit, nec vice verſa convelli ſola migratione, quæ ſemel ex præſenti legitimum ac bonum initium habuerat. Confer Rodenburch *d. tract. praelimin. de ſtatutor. diverſit. tit. 4. parte altera cap. 2. n. 3. 4. 5. 7.*

30. Ceſſat hoc familiæ erciſcundæ judicium, ſi ſemel eo actum ſit; nam ſi quid indiviſum remanſerit, judicio communi dividundo inter eosdem locus eſt, *l. ſi filia nupta 20. §. familiae 4. ff. h. t.* niſi, ut ante dictum, inter pauciores ex pluribus diviſionis judicium ſuſceptum fuerit, & reliqui poſtea ſupervenientes iteratam petant hereditatis totius diviſionem. Atque hinc etiam eſt, quod quandoque coheredes de rebus quibusdam ſingularibus hereditariis dividendis non hoc, ſed communi dividundo judicio inter ſe contendunt, quo magis ipſis adhuc deinceps hæc generalis familiæ erciſcundæ actio in integro ſit. *l. inter coheredes 44. pr. ff. h. t.* Nec obſtat hisce, *l. 1. C. h. t.* cum in ea reſcribant Imperatores de caſu, quo non per judicis ſententiam, ſed mutuum coheredum conſenſum, rerum quarundam diviſio facta eſt; tunc enim, quia nondum inter eos agitatum fuerat univerſale diviſionis judicium, merito indultum ipſis fuit, de non diviſis familiæ erciſcundæ actione experiri. Neque etiam adverſatur, quod ſæpius inter eosdem agi poſſit petitione hereditatis, *l. ſi a te 9. ff. de exceptione rei judicatae.* cum inter eam & hoc diviſorium judicium illud interſit, quod hoc non natura tantum ſed & effectu ſeu eventu univerſale ſit, quia dividi poſſunt res hereditariæ, etſi a coheredibus poſſeſſæ non ſint, in eoque non tam factum poſſeſſionis ſpectetur, quam potius jus, quod quisque habet, ut ſupra probatum *n. 12.* At petitio hereditatis ſemper quidem

na-

natura ſua univerſalis eſt, non autem effectu; dum nihil ea actor conſequitur, niſi quod ab adverſario poſſeſſum eſt, etſi univerſaliter egerit ad totam hereditatem ex jure ſuo ſibi competente. *l. 1. §. 1. ff. ſi pars hered. pet. l. licet minimam 10. ff. de petit. hered.*

31. Ceſſat quoque, ſi teſtator alium ex re certa heredem ſcripſerit, alium ſine re; quia heres ex re certa ſcriptus legatarii loco eſt, atque adeo non poteſt videri ullam habere rem cum coherede jure hereditario communem. *l. quotiens 13. C. de hered. inſtit.* Uti &, ſi alium caſtrenſis, alium paganici; alium mobilium, alium immobilium heredem fecerit; eo quod nec his in caſibus ulla inter coheredes rerum communio eſt, dum lex ſatis ſeparavit caſtrenſia ab aliis, & natura ſimul cum juris diſpoſitione concurrens mobilium ab immobilibus diſtinctionem abunde inducat, adeoque lex & natura, ſuas cuique partes dando, prævenerit circa diviſionem judicis aut coheredum officium. *l. heredes ejus 25. §. ſi miles 1. ff. h. t.* Idemque eſt, ſi nil præter nomina, ipſo jure diviſa, in hereditate reperiatur. *d. l. 25. §. 1.* dixi latius *tract. de familia erciſcunda cap. 15. n. 5. & 6.*

32. Inſuper, etſi teſtatoris prohibitio efficere nequeat, ut in perpetuum inter coheredes communio maneat, nec ullo tempore rerum hereditariarum diviſio poſtuletur; eo quod nec mutua coheredum pactione id agi poteſt, ut in æternum communio ſocietasve duret; neque teſtatori permittendum videtur id ſua ſola cavere diſpoſitione, quod ne conventione quidem duorum introduci poteſt, arg. *l. in hoc judicium 14. §. ſi conveniat 2. ff. communi dividund. l. nulla ſocietatis 70. ff. pro ſocio.* ad tempus tamen etiam longum, vel, quamdiu certa perſona vixerit, facta per teſtatorem prohibitio diviſionis, quo minus teneat, ratio non eſt; cum etiam conventione partium ſocietas in perpetuum, id eſt, quamdiu vivunt ſocii, contrahi poſſit, *l. 1. ff. pro ſocio.* & id agi, ne intra certum tempus diviſio fiat, aut a ſocietate diſcedatur. *d. l. 14. §. 2. ff. communi divid. l. actione diſtrahitur. 65. §. item qui 6. ff. pro ſocio.* Atque ita heredum inſtitutionem ſub ea conditione, *ſi ſocii bonorum hereditariorum usque ad annos ſedecim permanſerint*, inutilem non eſſe, ex ſententia Juliani contra Marcellum Ulpianus ſcripſit, *l. ſi qui ita 4. de condit. Inſtitut.* Balbus *de praeſcription. part. quart. princip. quaeſt. 13. n. 5.* Jul. Cla-

Clarus §. *teſtamentum quaeſt. 67.* Boërius *deciſ. 87.* Andr. Gayl *libr. 2. obſervat. 139. n. ult.* Ant. Theſſaurus *deciſ. 142.* Tuldenus *in Cod. tit. communi dividund. n. 2.* Peregrinus *de fideicommiſſis art. 11. n. 80.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 21. n. 19.* Neque iis, quæ de improbata in perpetuum diviſionis prohibitione dicta, repugnat, quod teſtator in perpetuum alienationem prohibere poſſit; *l. filiusfamilias 114. §. divi Severus 14. ff. de legatis 1.* cum diverſitatis ratio in eo ſit, quod alienationis prohibitio non inducit communionem, diſcordiarum ac negligentiæ matrem; uti quidem id facit prohibitio diviſionis. Et quod attinet teſtatoris rogationem, *ut quisquid ipſe reliquiſſet, aut coheredes haberent, commune ipſis eſſet,* juxta *l. ult. §. Lucius Titius 3. ff. de legatis 2. l. Lucius Titius 78. ff. ad ſenatusc. Trebell.* ea non communionis perpetuæ, ſed tantum collationis bonorum, poſtea ſeparandorum, præceptum complectitur, ut ex ipſis illis legibus colligi poteſt. Adhæc in praxi receptum eſt, creditores poſtulare poſſe a judice domicilii defuncti, ut faciendam inter coheredes rerum hereditariarum diviſionem inhibeat, usque dum ipſis vel ſolutione ſatisfactum, vel cautione præſtita ſatisdatum fuerit; ut ita evitent neceſſitatem conveniendi ſingulos pro rata poſt diremtam diviſione communionem.

33. Non tamen denegandum hoc judicium ex eo, quod coheredes res hereditarias communiter pro indiviſo totis triginta vel pluribus poſſederunt annis. Si enim adinventa ſit uſucapio atque præſcriptio etiam ob id, ut aliquis litium finis eſſet, *l. ult. ff. pro ſuo.* non utique ſic debuit rerum perpetuam introducere communionem, ut nullo unquam tempore ab ea recedi poſſet; cum eo modo lites non amputarentur, ſed magis ampla diſcordiarum ſeges eſſet, quæ ex communione progerminare conſuevit. *l. cum pater 77. §. dulciſſimis 20. ff. de legatis 2.* Præterquam quod quis eo ipſo, quo conjunctim cum alio poſſidet, conſortem agnoſcit: nec præſcribere poteſt, qui non tantum ſuo nomine, nec ſibi ſoli, ſed ſibi ſimul & conſorti pro indiviſo rem tenet. arg. *l. male igitur 2. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Quibus accedit, quod jus a communione recedendi res meræ facultatis eſt; cujus proinde petitionem longi vel longiſſimi temporis præſcriptio non perimit. Adde *libellum meum de familia erciſcund. cap. 15. n. 1. ibique*

DD. citatos. Si tamen unus coheredum res hereditarias totis triginta annis ſolus ſuo nomine proprio tanquam ſuas poſſederit; magis eſt, ut in univerſum deinceps hoc ceſſet judicium; non, quod perpetua deinceps inter coheredes communio maneret; ſed potius, quod poſſeſſor ſolus res poſſeſſas hereditarias ſibi ſervaturus ſit: cum utique poſt annorum triginta decurſum, nulla amplius hereditatis petitione, tanquam actione mixta in rem & in perſonam, conveniri poſſit, quaſi pro herede vel pro poſſeſſore teneret coheredum partes. arg. *l. hereditatis 6. C. de petit. hered.* junct. *l. 1. §. 1. C. de annali except.* Eoque accipiendum ſenſu, quod a Juſtiniano ſancitum fuit, neque familiæ erciſcundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum actiones ultra triginta annorum metas extendi. *d. l. 1. §. 1. C. de annali except.* Vinnius *ſelect. quaeſt. libr. 1. cap. 34.* Struvius *ad Pand. h. t. n. 14.* Quibus non eſt contrarium, quod ab interpretibus frequentius eſt traditum, ex ſeparata poſſeſſione rerum hereditariarum, qua unus unam, alter alteram rem ſolus integris tenuit decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes, ſolus fructus percepit, onera ſolvit, ne diviſionem quidem inter coheredes præſumi factam, ſi partes aut res, quas ſeparatim ſinguli poſſederunt, inæquales admodum ſint, Menochius *de praeſumt. libr. 3. praeſ. 60. n. 6.* Boërius *deciſ. 58.* nec, ſi unus cæteris conniventibus longo tempore ſolus hereditariarum rerum poſſeſſor fuerit quaſi ex aſſe heres, prohiberi cæteros adire hereditatem, ac petere diviſionem ejus. Tiraquellus *de jure primogenit. quaeſt. 25. n. 4.* Etſi enim verum ſit, longi temporis poſſeſſionem iſta operari non poſſe, quia & hereditatis petitio & familiæ erciſcundæ judicium integris durat triginta annis; *d. l. 7. C. de petit. hered. d. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* tamen, ſi triginta illi anni præterlapſi ſint, præcluſum videtur & extinctum omne juris remedium, quo vel hereditas peti, vel diviſio ejus obtineri poſſet. Ne dicam, haud deeſſe, quibus placuit, ſeparatam longi temporis poſſeſſionem ſufficere ad excludendam in poſterum diviſionis petendæ facultatem. Sande *deciſ. Friſic. libr. 4. tit. 11. def. 4.* & plures ab eo allegati.

34. Cæterum accidit aliquando, ut facta inter coheredes diviſio inutilis ſit, aut reſcindatur. Etenim, ſi in diviſione læſio contigerit, etiam majoribus ea læſis ſubveniri ſolet; & id quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformari; ſive

ſive fraude coheredum aut aliorum, ſive perperam ſine concurrente cujusquam dolo, per errorem forte, inæqualis diviſio facta ſit. *l. majoribus 3. C. commun. utriusque judicii. l. ſi poſt diviſionem 4. C. de juris & facti ignorantia. l. ſi ſoror 8. C. de collation. l. cum putarem 36. ff. h. t.* Ut tamen non quævis læſio ſemper faciat infirmari diviſionem: nam aut per errorem diviſio facta eſt cum eo, qui heres non eſt, vel non tanta ex parte, ex quanta credebatur tempore diviſionis coheres eſſe; aut inter veros heredes interceſſit, ac pro ea parte, qua heredes erant, ſed tamen minus quam oportebat, uni vel quibusdam ex diviſione quæſitum eſt. Si cum eo facta ſit, qui aut nullo modo aut non tanta ex portione coheres erat; diſtinguendum fuit, utrum mediante judicis ſententia, an ſine judice per privatam pactionem diviſio peracta ſit. Si enim nil niſi privata interceſſerit conventio, dubium non eſt, quin ea, quæ falſo, vel non tanta ex parte heredi, ex diviſione ceſſerunt, apud eum exiſtant vere indebita: cui conſequens, ut & indebiti condictio hoc caſu competere debeat, cum inter eos transactum intelligi non poſſit, ubi alter alterum per errorem putavit coheredem eſſe. *l. cum putarem 36. in fine ff. h. t. l. ſi poſt diviſionem 4. C. de juris & facti ignor.* Sin judicis autoritate ac ſententia interveniente inter verum falſumque heredem diviſio contigerit, & adjudicationes ac condemnationes invicem factæ ſint; indebiti condictioni locus non eſt; quia indebite ſolutum dici nequit, quod ex cauſa judicati ſolutum eſt, dum res judicata pro veritate habetur, & rerum adjudicatarum ac præſtitarum dominus fiat, cui arbiter qua heredi per familiæ erciſcundæ judicium eas adjudicavit. *l. ſi fidejuſſor 29. §. pen. ff. mandati. l. 1. C. de condict. indeb.* Quamvis enim vere non ſit familiæ erciſcundæ judicium, niſi inter coheredes; opinio tamen illa, quod coheres fuerit, qui non eſt, juncta adjudicationibus, ſufficere dicitur ad impediendam repetitionem ejus, quod ex cauſa judicati ſolutum eſt. *d. l. cum putarem 36. in med. ff. h. t.* junct. *l. ingenuum 25. ff. de ſtatu hominum.* Sed quia veritas rerum erroribus geſtarum non vitiatur, *l. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de offic. præſidis.* ac inter juſtas reſtitutionis cauſas etiam numeratur juſtus error, *l. 2. ff. de in integr. reſtitution.* atque inſuper ex falſis inſtrumentis aut allegationibus obtenta ſententia reſcindi poteſt. *l. 3. & tot. tit. C. ſi ex falſis inſtrum. vel teſtimoniis judicatum*

fit. inficias autem iri nequit, quin judex allegatione falfa, quod heres effet, qui non erat, ad fententiam divifionis interponendam inductus fit; nihil vetat, quo minus heres verus, errore comperto, adverfus ea, quæ cum herede falfo per errorem geffit, dum vel provocavit eum ut heredem, vel ab eo fefe provocari paffus eft, reftitutionem imploret, eaque impetrata, deinceps inftituat indebiti condictionem, non tunc amplius ex infirmata per confequentiam re judicata impediendam. arg. *l. fi foror 8. in fin. C. de collation.* Atque ita non adverfatur, quod res judicata usque adeo pro veritate habenda fit, ut nec propter inftrumenta noviter reperta refcindi poffit, *l. cum de hoc 27. ff. de except. rei jud. l. Imperatores 35. ff. de re judicata. l. fub fpecie 4. C. eod. tit.* nec caufa decifa velamento erroris inftaurari, *l. error facti 7. C. de juris & facti ignor.* nec id, quod ea ex caufa folutum eft, repeti. *l. fi fidejuffor 29. §. in omnibus 5. ff. mandati.* (quibus motus, aliquando fcripfi, reftitutionem denegandam effe) Etenim, cum judex hoc in judicio inter verum & falfum heredem dividit, aut adjudicationes rerum & in pretia condemnationes pro rata facit, non tam fuper eo judicat, an uterque heres fit, quam potius definit, quæ res fingulares, aut quæ rerum fingularum partes, ex hereditate unicuique, hoc judicio contendenti, acquirendæ pro divifo fint, magisque fupponit, quam fua fententia determinat, illos, inter quos judicium hoc cœptum eft, coheredes effe, dum nulli horum ab adverfario contrarium in judicio objectum fuit. Quo modo etiam fententia arbitri, cujus meminit *d. l. 36. ff. h. t.* non continebat definitionem controverfiæ, an uterque hoc agens judicio, vere heres effet, nec ne; (qualis quæftio magis in hereditatis petitione vertitur) fed tantum adjudicabat heredi falfo, quem verum putabat, pecunias velut pretia rerum heredi vero adjudicatarum, quas & heres verus heredi falfo folvebat, tanquam debitas vi condemnationis. Ac proinde, fi poftea verus heres errore comperto reftitui defideret, non adverfus fententiam, circa adjudicationes tantum & condemnationes aut divifiones occupatam, auxilium implorat; fed tantum contra fuum factum proprium erroneum, falfi fcilicet coheredis agnitionem, & diviforium judicium cum eo, qua tali, perperam fufceptum. Ubi autem ita contra fuum factum erroneum reftitutionem impetravit, neceffe fuit, ut, licet contra rem judicatam, adjudicationi-

cationibus & condemnationibus aut divisionibus constantem, restitutionis auxilium nec postulatum nec obtentum esset, tamen per consequentiam quandam sententia illa sponte corrueret; dum jam per & post restitutionem patebat, coheredem non esse, qui talis credebatur, ac generaliter in jure probatum est, *nisi quis coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportere, neque adversarium ei condemnandum esse*, teste Gajo in *l. 1. in fine ff h. t.* & condemnationis verbum non tenere, nec condemnatum esse, nisi qui rite condemnatus est, *l. si se 4. §. condemnatum 6. ff. de re judicata.* ac propterea etiam ex eo tempore velut indebitum considerandum fuit, quicquid ex hujusmodi re judicata heredi falso quæsitum erat; ideoque per indebiti condictionem merito repetendum. Neque id ipsum obscure in *d. l. 36.* indigitatum puto, ubi, cum Jurisconsultus sibi objectionem formasset, dicendo, *sed tu videris eo moveri, quod non est judicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum;* ipse respondens fatetur, *judicium non fuisse:* unde sequebatur, nec rem judicatam fuisse circa adjudicationes & condemnationes; nec falsum heredem vi talis sententiæ pro vero fuisse habitum, aut talem effectum. Interim tamen ibidem subnectitur, *suffecisse ad impediendam repetitionem, quod quis se putet condemnatum.* Hoc est, ut opinor, suffecisse, quod verus heres tempore condemnationis & solutionis in ea fuerit opinione, alterum vere coheredem fuisse, atque ita inter se & falsum heredem verum interfuisse familiæ erciscundæ judicium, ad id, ut impediretur repetitio per indebiti condictionem, de qua in *d. l. 36.* sermo erat. At postquam per restitutionem constitit, eum heredem non esse, ac per consequens nec divisorium esse potuisse cum eo judicium, secundum *d. l. 1. in fine.* & *d. l. 36. ff. h. t.* & ad judicium, quod nullum erat, efficaces & rei judicatæ vim habituras sequi nequivisset adjudicationes ac condemnationes, nihil amplius obstabat, quo minus indebiti condictio contra falsum competeret heredem, pro repetendis iis, quæ ei sine causa soluta erant, ac acquisita. Quæ omnia hactenus adducta eo minus in dubium revocanda videntur, quia similis plane, qualis in *d. l. 36. ff. h. t.* definitio circa rei judicatæ autoritatem in fideicommissariæ hereditatis restitutione invenitur: dum Mæcianus ait, *cum praetor, causa cognita, per errorem, vel etiam ambitiose juberet, hereditatem ut ex fideicommisso restitui; etiam publice interest restitui, propter rerum judi-*

catarum autoritatem, l. servo invito 65. §. cum praetor 2. ff. ad Senatusc. Trebell. adeoque ambitiosa illa aut erronea res judicata efficiebat quidem, ut restitutio sequi deberet, & per consequens multo magis impedire debebat condictionem indebiti respectu rerum jam vi sententiæ restitutarum. Neque tamen ideo illa judicati ambitiosi autoritas tanti fuit habita, quin rescissionem suique infirmationem admittere potuerit atque debuerit; cum utique ambitiosa non decurionum modo, sed & consulum ac præsidum prætorumque decreta rescindi oportere, juris manifesti sit. *l. ambitiosa 4. ff. de decretis ab ordine faciendis.* junct. *l. denique 3. in pr. ff. de minor. 25. annis.* quo facto dubium nulli amplius esse potest, quin indebiti condictione repeti possent, quæ vi rei judicatæ, sic postmodum infirmatæ, indebite fuerant fideicommissario non vero restituta. Hæc autem tum demum obtinent, cum omnino ignoratur, eum, cum quo divisio facta est, coheredem non esse. Nam si, cum verus heres dubitaret, utrum alter heres esset, nec ne, ad divisionem nihilominus cum eo procedere maluerit, quam litigare, atque ita super incerto juris sui transegerit cum falso herede, nulla divisionis istius seu transactionis rescissio speranda foret. arg. *l. si non transactionis 6. C. de jur. & fact. ignor. l. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad Senatusc. Trebell.*

35. Quod si inter veros heredes pro ea parte, qua heredes erant, divisum sit, & tamen inæqualitas appareat, videndum, an dolo coheredis plus justo capientis, an sine dolo ejus, solo errore quodam, inæqualitas contigerit. Si enim dolus interveniisse probetur, non dubitandum, quin id, quod inæqualiter factum est, ex natura judiciorum bonæ fidei in melius reformandum sit. *l. majoribus 3. C. commun. utriusque judicii.* non modo si enormis ultra dimidium læsio illata sit, sed & si minor; dum modo ejus quantitatis sint, ut ob eam etiam in stricti juris judiciis actio doli danda foret. arg. *l. si quis affirmavit. 9. §. ult. l. 10. & 11. ff. de dolo.* Si vero sine dolo, dum forte in rerum hereditariarum pretiis erratum est, non aliter puto repetitam impetrari posse hereditatis divisionem, quam si enormis, id est, ultra dimidium læsio probata fuerit. Cum enim non aliter venditio rescindenda sit. *l. rem majoris 2. C. de rescind. vendit.* ac divisiones vicem emtionis & permutationis obtinere placuerit, *l. si filia 20. §. si pater 3. ff. h. t. l. cum pater 77. §. hereditatem 18. ff. de legatis 2.*

l. 1.

l. 1. C. communia utr. judicii. non aliud in iis, quam in emtionibus, circa læſionem ſervandum fuit. Etſi enim nullam *enormis* læſionis mentionem habeat *d. l. 3. C. commun. utriusque judic.* cujus autores ſunt Diocletianus & Maximianus; ſupplendum tamen illud eſt ex *d. l. 2. C. de reſcindenda vendit.* quæ ab iisdem Imperatoribus profecta eſt. Confer libellum meum *de familia erciſcunda cap. 14. num. 8. & 9.* ibique DD. utramque in partem citatos. Groenewegen ad *l. 3. C. commun. utr. judic.* Neque hoc in caſu diſtinguendum videtur, utrum in judicio, an extra judicium diviſio facta inæqualitate enormi laboret: cum æque judice ſuperſtite atque præſente, ac eodem non adhibito, in æſtimandis rerum pretiis error committi poſſit, & ſic enormis læſio contingere; quam emendari æquum & bonæ fidei judiciis conveniens eſt. arg. *l. ſi quidem 11. C. de praediis & aliis reb. minor. l. ſi quos debitorum 16. C. de reſcind. vend. l. duplex 2. C. de fide & jure haſtae fiscalis.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlin. tit. 16. art. 44. num. 13.* & *vol. 2. deciſ. 180. num. 3.* Choppinus *ad leges Andium libr. 3. cap. 1. tit. 2. num. 3.* Weſembecius *paratit. ff. h. t. num. ult.* Quod enim in *d. l. 3. C. commun. utr. judicii.* reſcriptum eſt, majoribus etiam per dolum vel fraudem *vel perperam ſine judicio* factis diviſionibus ſolere ſubveniri; non eo pertinet, quaſi ſola extra judicium, non item in judicio per judicem, dolo vel perperam facta diviſio reſcindi poſſet: cum abſurdum eſſet, jus dicentis autoritatem præbere alterius circumveniendi licentiam, aut ſub clypeo prætoris quemquam decipi; & expeditum utique ſit, etiam tunc, cum in judicio dolus interceſſit, rata eſſe non oportere, quæ dolo geſta ſunt, nec cuiquam ſuum dolum oportere prodeſſe, *l. ſi ſoror 8. C. de collation.* eo modo, quo transactio (quæ majorem habet autoritatem quam res judicata, *l. 2. ff. de jurejur. l. non minorum 20. C. de transact.*) ob dolum adverſarii reſciſſionem admittit. *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam 2. ff. de transact. l. ſub praetexta 19. C. eod.* quamvis in dubio a judiciis vis, metus, dolus, & alia ſimilia, abeſſe præſumantur: ſed potius verborum ſenſus eſt, quod & ea diviſio, quæ dolo adverſarii iniquitatem continet, & ea, quæ citra dolum adverſarii læſionem infert, in melius reformanda ſit, dum temere ſine circumſpectione ac judicio ſeu conſilio ſatis deliberato, & non conſiderato ſatis rerum pretio, inæqualis pro rata inter coheredes diviſio facta eſt. Gothofre-

dus in not. ad *d. l. 3.* Tametsi non desunt, quibus vulgata d. legis tertiæ displicet lectio, quique suppositititium putant illud *sine judicio*, atque insuper varie a Triboniano mutatum esse legis sensum. Ant. Matthæus *de auction. libr. 1. cap. 16. num. 40.* qui tamen in eo videtur calamo magis quam errore lapsus, quod in Codice Theodosiano legem illam 3. aliter legi scripsit; cum potius Gregoriano Codice comprehensa fuerit, si credamus autori veteris consultationis, quam Cujacius suo præmisit libro consultationum; in qua Diocletianus & Maximianus Aureliæ Severæ in hæc verba rescripsisse dicuntur; *an divisio, quam jam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciæ, præsente parte diversa, diligenter examinabit, &, si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit.* Quæ si ita sint, de solis divisionibus dolo malo inæqualiter factis lex accipienda foret, sine distinctione, an sine judice, an vero judicis autoritate, a communione receſſum sit.

36. Posita vero enormi læsione, tunc in arbitrio ejus, qui plus justo ex divisione accepit, positum esse, utrum id quod deest coheredi supplere velit, an de novo divisionem pati; & si rescissio facienda sit, illam fieri tantum respectu ejus, qui læsus est, non aliorum intuitu, qui læsi non sunt: nec rescissionem impediri ex eo, quod coheredum aliquis rem quandam hereditariam sibi adjudicatam jam distraxerit: probationem quoque læsionis enormis afferenti incumbere; ac inspiciendum esse in enormis læsionis quæstione tempus illud, quo divisio facta est: nec posse impetrari rescissionem ob enormem læsionem, si coheredes vera noverint rerum pretia; nec regulariter, si forte interveniente divisio facta sit; explicui plenius *d. libello de familia ercisc. cap. 14.*

37. Cumque remedium *legis 2. C. de rescind. vendit.* totis triginta annis duret, sive condictionem ex lege, sive aliam actionem propterea comparatam statuamus, per rationes in *tit. de rescind. venditione* latius enarrandas; non est quod dubitetur; quin & adversus divisionem ob enormem læsionem sibi quisque totis triginta annis consulere queat, impetrata secundum mores hodiernos in integrum restitutione. Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 27. defin. 7.* Pinellus ad *l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap.*

cap. 1. num. 26. Grivellus *decif. 127. num. 4. 7. 8.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 11. num. 124. in fine.*

38. Quod ſi fiduciarius heres, pendente fideicommiſſi conditione, cum cæteris coheredibus ad diviſionem proceſſerit, non poteſt fideicommiſſarius poſt conditionis eventum novam petere hereditatis diviſionem, infirmata priore; ſed ei, quæ per fiduciarium bona fide facta eſt, ſtandum erit, ſive in judicio ſive extra judicium mutua coheredum pactione patrimonium defuncti diſtributum ſit; cum hac in parte lex non diſtinguat. *l. cum pater 77. §. hereditatem 18. ff. de legatis 2. l. ſervos 34. ff. h. t.* Et ſane, ſi rei communis pro parte dominus ſuam extraneo partem vendens, ac ante traditionem a conſorte per communi dividundo judicium conventus, non dividere tantum, ſed & licitando bona fide conſortem vincere, remque totam ex adjudicatione acquirere poſſit, atque ea ratione ſic emtori nocere, ut is, niſi totam rem adjudicatam ſuſcipere paratus ſit, nullam ex emto actionem habeat, imo & ex vendito ad eam in totum recipiendam compelli poſſit, *l. communi dividundo 7. §. ſi debitor 13. ff. communi dividundo.* ratio non occurrit, quo minus ſimile fiduciario jus aſſeratur. Conferuntque huc plura, quæ de transactione per fiduciarium facienda tradidi, *tit. de transaction. num. 8.*

39. Vidimus, quibus in caſibus facta inter coheredes diviſio ad unius aut quorundam petitionem, invitis cæteris, per officium judicis infirmari poſſit, vel non. De cætero communi omnium coheredum conſenſu ab ea, quæ vel per judicem, vel per privatam pactionem ad finem perducta fuit, recedi poſſe, nulla dubitatio eſt; cum juxta certa juris principia & contrariis conventionibus priores tolli poſſint, & quisque juri ſuo per diviſiones aut adjudicationes judiciales quæſito renunciare. Illud obſcurum magis eſt, an a diviſione ſemel manifeſto, veluti ſcriptis, celebrata, communi omnium conſenſu tacito receſſum videatur, ſi coheredes poſt eam longo tempore, quantum præſcriptioni implendæ ſufficit, perſeveraverint in communi ac indiviſa rerum hereditariarum poſſeſſione? Diviſioni renunciatum eſſe verius eſt. Cum enim ſeparata temporis ad præſcriptionem requiſiti poſſeſſionem rerum hereditariarum cenſeatur facta inter coheredes diviſio, ſic ut deinceps judicio familiæ erciſcundæ locus non ſit, ſed quisque retineat quæ nomine proprio ſeparata poſſedit, ut ante dictum; & nihil tam naturale ſit,

quam eo genere unumquodque diſſolvi, quo colligatum eſt, *l. nihil tam naturale 35. ff. de regulis juris.* conſequens eſt, ut & ejusdem temporis lapſu communio credi debeat inter coheredes reducta. Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 27. defin. 1.* Mascardus *de probationibus concluſ. 527. num. 6.*

40. Non poteſt autem cum hoc familiæ erciſcundæ judicio concurrere crimen expilatæ hereditatis; eo quod non animo expilandi, ſed jure ſuo heres præſumendus eſt hereditatis res contrectaſſe, & indemnitati coheredum cæterorum abunde per hoc judicium proſpectum eſt. *l. adverſus 3. C. h. t.* junct. *l. merito 51. ff. pro ſocio. l. 1. C. de crimine expilatae hered.* Et, quod cum hereditatis petitione concurrere poſſit expilatæ hereditatis actio, ſecundum *l. Divus 3. ff. expilatae hereditatis.* ejus illa ratio eſt, quod non veri heredes hereditatis petitione conveniendi ſunt, ſed illi tantum, qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſident, adeoque tales, qui nullo jure res hereditarias tenebant & contrectabant; ac proinde, ſi dolo malo id agerent pro poſſeſſore poſſidentes, merito veris heredibus in d. l. 3. electio data fuit, an ordinario petitionis remedio, an extraordinaria perſecutione criminis expilatæ hereditatis experiri mallent. Cum ex adverſo non niſi inter veros heredes, jure ſuo contrectare valentes, hoc diviſorium judicium ſuſcipiatur. Plane ſi coheredem res hereditarias ultra ſuam partem expilandi animo ſubduxiſſe evidenter probari poſſit, ratio non eſt, cur non æque adverſus eum cæteris expilatæ hereditatis actio competeret, ac ſocio contra ſocium actio furti datur pro rerum communium amotione, ubi doceri de eo poteſt furandi propoſitum, atque ita pelli præſumtio, qua quisque bonus credebatur, donec contrarium probatum eſſet. *l. ſi quis extraneus 21. pr. ff. de acquir. vel omittenda hered. l. rei communis 45. l. merito 51. ff. pro ſocio.* Vide Waſſenaar *pract. jud. cap. 11. num. 18.*

41. An vero cum hac familiæ erciſcundæ actione concurrere ita poſſit actio negotiorum geſtorum, ut eligere coheres poſſit, utram malit adverſus coheredem experiri, ambiguum prorſus eſt. Communiter quidem interpretibus, quos videre contigit, placuiſſe animadverto, concurſum non eſſe; ſed ſi unus heredum ſolus in ſolidum geſſerit hereditaria negotia dividua, ſolam dari negotiorum geſtorum actionem: ſin individua, ſolam hanc familiæ erciſcundæ. Cujacius *libr. 8. ad Africanum*

canum ad l. pen. ff. de rebus creditis. Vinnius *select. quaeſt. lib. 1. cap. 37.* Wiſſenbach *ad Pand. h. t. vol. 1. diſput. 22. n. 15. ibique plures citati.* Ego vero, etſi inter negotia dividua & individua diſtinctionem probem, atque etiam in dividuis autores illos recte ſenſiſſe deprehendam; in individuis tamen actionis familiæ erciſcundæ vel communi dividundo concurſum cum actione negotiorum geſtorum a legibus admiſſum puto. Etenim de negotiis quidem dividuis in ſolidum ab uno geſtis (veluti, ſi unus hereditarias pecunias ſeu defuncto debitas, ſolus exigat) cautum invenio, *familiae erciſcundae quidem actionem non competere coheredibus, ſed negotiorum geſtorum dari debere, l. pen. in pr. ff. de rebus creditis.* Uti ſimili modo a Paulo ſcriptum eſt; *ſi communes aedes tecum habeam, & pro tua parte damni infecti vicino cavero, dicendum eſſe, quod praeſtitero, negotiorum geſtorum actione potius, quam communi dividundo judicio poſſe me petere; quia potui partem meam ita defendere, ac ſocii partem defendere non cogerer. l. ſi communes 40. ff. de negot. geſtis.* Cum quibus coincidunt per Ulpianum tradita in *l. ſi quis 6. §. ſive autem 2. ff. comm. divid. l. ſi quis 31. ff. de procuratoribus.* Quibus non adverſatur *l. Maevius 52. §. ſervus 1. ff. h. t.* ubi familiæ erciſcundæ actio videtur dari eodem in caſu, in quo per Africanum in *d. l. pen. ff. de rebus creditis* denegabatur. Penitius enim legem illam objectam conſideranti patebit, eam ad quæſtionem præſentem haud pertinere; eo quod hic verſamur in caſu, quo coheredum unus hereditaria negotia ſolus geſſit: nihil vero hereditarium in *d. l. 52. §. 1.* geſtum eſt, ſed tantum penes ſervum, liberum & pro parte heredem factum, reſedit pecunia ex rerum dominicarum facta vivo domino adminiſtratione, quæ proinde pecunia, tanquam dominica, una cum cæteris domini rebus in hereditate repertis per familiæ erciſcundæ judicium dividenda fuit. Cujacius *ad Africanum lib. 8. ad d. l. pen. ff. de rebus creditis.* At de individuis (qualia ſunt pignus luere, pretium rei per defunctum emtæ ſolvere, dum venditor rem velut jure pignoris pro pretio retinere poteſt) nuſpiam legem invenio, ſatis aperte & generaliter dictantem, non dari tunc negotiorum geſtorum actionem, uti quidem in caſu priore negabatur, familiæ erciſcundæ judicium competere: ſed potius, uti multis legibus ſimpliciter actio familiæ erciſcundæ vel communi dividundo in individuis geſtis data proponitur, *l. fiſtulas 78. §. qui*

fundum 2. ff. de contrah. emt. l. his consequenter 18. §. ult. l. heredes ejus 25. §. idem juris 13. 14. 15. ff h. t. l. si quis 6. §. sive autem 2. ff. communi divid. ita etiam verbis manifestissimis concursus actionis familiæ erciscundæ cum actione negotiorum gestorum probatur rescripto Imperatorum Severi & Antonini, cum ajunt; *sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes, sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis, vel judicio familiae erciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris, l. 3. C. de negotiis gestis.* Solam nempe negotiorum gestorum actionem dant Imperatores, ubi simplex debitum pecuniarium, quod dividuum est, a fratre in solidum solutum est; at ubi pignoris luendi gratia unus debitum totum, quod eo casu individuum est, ex necessitate solvere coactus fuit, utramque concedunt actionem, puta negotiorum gestorum & familiæ erciscundæ; ut proinde concursus fuerit duarum istarum actionum, ideoque solventi electio competat, utra malit experiri, nisi jam prius inter coheredes familiæ erciscundæ judicium redditum fuisset; quippe quo casu secundum propriam naturam actionis familiæ erciscundæ, non nisi semel intentandæ, solum negotiorum gestorum judicium dandum foret. Et quia ex his omnibus manifestum erat, nihil per coheredem unum supra suam partem hereditariam expendi, quin illud vel actione negotiorum gestorum vel judicio familiæ erciscundæ recuperari posset, hinc optimo jure postmodum generaliter a Diocletiano & Maximiano definitum fuit, *in communi hereditate ambiguum non esse, quin sumtus ab uno facti bona fide, familiae erciscundae judicio, vel negotiorum gestorum actione, servari possint, l. filiae 18. §. 1. C. h. t.* Vanum autem effugium est, in *d. l. 3. C. de negot. gest.* actionem negotiorum gestorum in individuis gestis subsidiariam tantum esse, cum scilicet familiæ erciscundæ judicio jam actum est, adeoque amplius agi eo nequit. Primo etenim nullum in d. l. 3. aut alibi, indicium est, actionem negotiorum gestorum esse subsidiariam actioni familiæ erciscundæ, & hac demum deficiente dari. Sed & secundo repugnat actionum in d. l. 3. propositarum servatus ordo; dum præmititur de individuis gestis actio negotiorum gestorum, eique familiæ erciscundæ judicium subnectitur; cum potius negotiorum gestorum actio, si subsidiaria fuisset, ultimo debuisset poni loco. Denique, si quæ ob jam

semel

ſemel motum, nec iterato movendum, familiæ erciſcundæ judicium actio ſubſidiaria eſſet, eam non negotiorum geſtorum, ſed communi dividundo actionem fore, Ulpianus docet *l. ſi filia 20. §. familiae 4. ff. h. t.* Nec eſt, quod objiciatur, actioni negotiorum geſtorum locum non eſſe, ſi quis non ſponte ſua, ſed ex neceſſitate geſſerit aliena. *§. 1. Inſtit. de obligat. quae quaſi ex contractu.* Cum in *d. §. 1.* geſtor alio ſenſu ſe negotiis alienis gerendis obtuliſſe dicatur, quam quatenus mandatum domini non erat interpoſitum. De cætero etiam tunc, cum ex neceſſitate quid geſtum eſt, negotiorum geſtorum actionem dari poſſe, patet ex *l. ait praetor 3. §. pen. ff. de neg. geſtis d. l. 3. & l. 18. C. de negotiis geſtis. l. liberto vel amico 31. §. ult. ff. de negot. geſtis. l. arbor, quae 19. §. ſi per eundem 2. ff. communi divid.* ut ex eo, quod adverſarii eam ſaltem in ſubſidium in individuis dari volunt. Non etiam adverſatur *l. heredes 25. §. non tantum 16. ff. h. t.* ubi denegatur actio negotiorum geſtorum, quia coheres propter ſuam partem habuit cauſam gerendi. Etenim illic tantum intuitu præſtationis culpæ leviſſimæ negotiorum actio non competere dicitur. Quæritur ſcilicet, qualem culpam coheres coheredi præſtare debeat: cumque is, qui ſponte ad aliena negotia gerenda acceſſit, ad leviſſimæ culpæ præſtationem devinctus ſit, definitur, heredem non niſi de levi culpa teneri, quia incidit in communionem cum coherede, & propter ſuam partem etiam coheredis negotia tractat: ac, ne quis putaret, heredem leviſſima coheredis culpa læſum, quod una via per familiæ erciſcundæ judicium conſequi non potuit, alia via, actione negotiorum geſtorum, conſecuturum, quæ cum actione familiæ erciſcundæ concurrere poterat, monet jurisconſultus, *ei* (id eſt heredi læſo) *actionem negotiorum geſtorum non competere*, ſcilicet, de illa culpa leviſſima, contra coheredem, qui culpa leviſſima rebus communibus læſionem intulerat. Non ſane de alio, quam de culpæ præſtatione, ſermonem eſſe in *d. §. 16.* in aperto eſt. Quod ſi generalem actionis negotiorum geſtorum excluſionem verbis illis ſignificatam dicas, neceſſe fuerit, ut etiam in dividuis eam denegari ſtatuas, cum ſine diſtinctione lex loquatur; quod abſurdum. Nititur vero diſtinctio ſuperior, ac opinio de concurſu actionis familiæ erciſcundæ cum negotiorum geſtorum judicio, ratione ſatis evidente: nam ſi quis ſolus in ſolidum geſſerit communia ſibi cum alio negotia divi-

dividua, non alio id animo feciſſe videri poteſt, quam ut, tanquam coheredis amicus, pro eo ſolvens, eundem negotiorum geſtorum actione ſibi redderet devinctum; dum qua heres ſuam tantum partem gerere potuiſſet, neglecta aliena. *d. l. ſi communes 40. ff. de negotiis geſtis.* At, cum individua ſolus in ſolidum geſſit, poteſt in eo concipi animus gerendi ex amicitia coheredis negotia, dum & dividua gerere ſolebat: ſed & potuit hæc individua ſolus geſſiſſe qua heres, dum ab aliis dividuis gerendis abſtinuit, nec aliam ob cauſam individua in ſolidum geſſit, quam quia pro parte non potuit, ideoque propter ſuam partem in ſolidum debuit, hereditaria negotia ſolus tractare. Quod autem a Paulo atque Pomponio dictum fuit, propter id, quod unus in viam communem ſolus impendit, ei adverſus cæteros non dari actionem communi dividundo, ſeu *durius eſſe, ea agi, ſed negotiorum geſtorum agendum eſſe, l. 19. §. 2. ff. communi divid.* ejus ratio ſingularis hæc eſt, quod communi dividundo judicium ſua natura pro rerum tantum corporalium diviſione comparatum ſit, *l. per hoc judicium 4. pr. ff. communi dividund.* non item pro diviſione jurium, inter quæ etiam ſervitutes numerantur, *d. l. 19. §. 4. ff. communi divid.* idque, quia, uti Paulus ipſe ſuggerit, *nulla communio juris ſeparatim intelligi poteſt, d. l. 19. §. 2.* ut proinde nec diviſio queat locum invenire. Unde factum, ut actor hoc caſu electionem habere non potuerit, utrum negotiorum geſtorum actione, an communi dividundo, experiri mallet, ſed ſola debuerit negotiorum geſtorum actione contentus eſſe.

42. Supereſt, ut de foro competente hujus actionis paucis videamus: ubi ante omnia conſiderandum, ad unum eundemque judicem pro ventilando hoc diviſorio judicio coheredes omnes venire oportere; ne continentia cauſæ dividatur, neve, ſi diverſos adirent judices, inexplicabiles inde orirentur difficultates, uno quidem judice rem Titio adjudicante, altero vero eandem Mævio aſſignante, vel ſine adjudicationibus eam velut dividuam inter coheredes pro rata dividente. *l. 1. ff. de quib. rebus ad eund. jud. eatur.* arg. *l. ſi idem 11. §. ult. ff. de jurisdict. l. nulli prorſus 10. C. de judiciis.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 25. defin. 3.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlin. tit. 16. art. 48. num. 9.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſerv. 32. num. 3. 4.* quod & a Quintiliano obſervatum, cum libr. 3. Inſtit. orator. cap. 10. ait; *privata quoque judicia ſæpe unum judicem habere multis & diver-*

diverſis formulis ſolent; nec aliae ſpecies erunt, etiamſi unus duntaxat a duobus eandem rem, atque ex eadem cauſa petet, aut duo ab uno. aut plures a pluribus, quod accidere in hereditariis litibus interim ſcimus: quia, quamvis in multis perſonis, cauſa una eſt; niſi ſi conditio perſonarum quaeſtiones variaverit. Et quemadmodum univerſalis fideicommiſſi petitio fieri illic poteſt, ubi major ſita eſt hereditatis pars *l. unic. C. ubi fideicommiſſum peti oport. l. ſi fideicommiſſum 50. ff. de judiciis.* ita quoque hereditatis diviſionem illic peti, ubi major rerum hereditariarum pars ſita eſt, vix ambigendum. Imo, uti inductiones heredum in domum mortuariam fiunt per judices loci illius, ubi domus mortuaria eſt, quaſi illic ſita ſit vel ſaltem eſſe fingatur major hereditatis pars; ſic ut ne pupilli quidem aut viduæ aliæque miſerabiles perſonæ tunc ſecundum mores noſtros ſuo fori privilegio uti poſſint. Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 55.* ita quoque in eodem domus mortuariæ loco actionem familiæ erciſcundæ inſtitui debere, licet forte coheredes diverſis in territoriis domicilium foveant, Hollandis Zelandisque placuit, *Nader proviſioneel accoord tuſſchen Holland en Zeeland. 11. Junii 1674. art. 14.* Quod ſi hanc in loco domus mortuariæ agendi neceſſitatem leges municipales aut conſtans uſus non imponant, ex generalibus juris fundamentis defendi poteſt, etiam in loco domicilii coheredis illius, qui ad diviſionem a coherede provocandus eſt, familiæ erciſcundæ judicium apud ordinarium aut privilegiatum vocati judicem moveri poſſe: tum, quia etiam hereditatis petitionem in loco domicilii poſſeſſoris inſtitui poſſe, receptum fuit, *l. unic. C. ubi de hereditate agatur.* tum quia generalis regula eſt, actorem debere ſequi forum rei. *l. juris 2. l. magiſteriae 6. C. de jurisdict. omn. judic.* Adde *libellum meum de famil. erciſc. cap. ult.*

43. Quia autem hereditatis diviſio alienationis ſpecies eſt, & vicem emtionis obtinere diviſionem reſcriptum fuit, *l. 1. C. commun. utriusque judic.* dubium, an, & quando, tributo partis quadrageſimæ pretii, ex venditionibus pendi ſecundum mores noſtros ſolito, aut aliorum laudimiorum præſtationi, pro factis diviſionibus locus ſit. In Hollandia definitum eſt, tunc quidem, cum parens ſuperſtes liberis ſuis certam aſſignat pecuniæ quantitatem, paternorum maternorumve bonorum vice, (*by generale uytkoop*) & ſibi retinet immobilia aliaque huic tributo vulgo obnoxia, nihil oportere eo nomine fiſco ſolvi: at

ſi ſu-

ſi ſuperſtes conjux vel coheredum unus alios defuncti heredes, data per transactionem certa nummorum quantitate, dimittat, ſibi ſervans & communia & propria conjugis defuncti bona, vel ſuas ſimul & coheredum omnium partes, incumbere ei quadrageſimæ ſolvendæ neceſſitatem pro ea parte, quæ alioquin ſine transactione ex rebus hereditariis tributo obnoxiis ad alios debuiſſet pervenire. *Placit. Ord. Holl. de nummo quadrageſimo. anno 1624. art. 29.* & *anno 1671. 16. April. art. 20. vol 3. placit. Holl. pag. 1010.* Quod & Saxonibus magna ex parte placere, patet ex iis, quæ habet Carpzovius *defin. for. part. 2. conſtit. 39. def. 23. 25. 26.* Plane, ſi ſimpliciter inter plures coheredes res hereditariæ dividantur, tributo iſti locus non eſt, etiamſi forte res quædam hereditariæ minus dividuæ ſingulis adjudicatæ ſint æſtimatæ; ſi modo non univerſalis transactio intervenerit, per quam penes unum omnes remanerent hereditariæ res. Reſponſa Jurisconſ. *Holl. part. 5. conſil. 178.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 2. conſtit. 39. defin. 23. 25. 26.* Waſſenaar *pract. jud. cap. 11. n. ult.*

TITVLVS III.

COMMVNI DIVIDVNDO.

SVMMARIA.

1. *Quid ſit actio communi dividundo? quibus detur? an & dominis utilibus, fructuariis, bonae fidei poſſeſſoribus, jus pignoris praetorii vel alterius generis habentibus? & quid ſi creditori bona fide licitanti tota res adjudicata ſit?*
2. *An competat habentibus ſervitutem praedialem? An ſociis contra ſocium, qui ſuam partem jam alienavit? an vi clam precario poſſidentibus aut depoſitariis? an uni reo debendi, qui totum ſolvit, adverſus alterum pro partis reſtitutione?*
3. *Tendit ad diviſionem, vel adjudicationes rerum individuarum. Quid in iis ſervandum ſit? petuntur & praeſtationes perſonales. Quales impenſae repeti poſſint? quid ſi impendens putet Titium eſſe ſocium, cum Maevius eſſet? quid ſi putet, rem eſſe ſuam cum eſſet communis? Quid ſi impenderit, antequam res ei cum alio communis eſſet? quid ſi poſt impen-*

impendia ſuam partem alienaverit?

4. *An ſocius ad edictum non reſpondens, teneatur ſocio, ſi propterea magiſtratus aedes ſociorum communes dejecerit? ad explicationem* l. 20. ff. h. t.

5. *Ceſſat in arbore vel lapide in confinio poſitis, ac nondum exemtis; ſi convenerit ne ad tempus a communione diſcedatur; item in veſtibulo communi, mediano coenaculi, plurium cellarum itinere communi, puteo communi, ſi unus ſociorum repugnet.*

6. *Non ceſſat, ſi ſemel eo actum ſit, nec ſi ſocii rem totis triginta annis communiter poſſederint, ſecus ſi ſeparatim.*

7. *Socius invito ſocio nihil novi facere poteſt in re communi. Quid juris, ſi fecerit vel fieri paſſus ſit? Pendente hoc judicio non poteſt ſuam partem alienare, nunquam ultra ſuam partem, licet major ſociorum pars in totius rei conſentiret venditionem; niſi res communes promercales ſint, quas in totum vendere poteſt.*

8. *Si diſſenſus ſociorum ſit, utrum res communis, vel cui elocanda ſit, vel ſi unus ſociorum tantam mercedem offerat, quantam extraneus, quid juris ſit?*

Actio communi dividundo eſt mixta, duplex, bonæ fidei, qua rem titulo plerumque particulari communem habentes, petunt eam dividi, & præſtari præſtationes perſonales. Quod judicium, cum pleraque habeat cum priore familiæ erciſcundæ communia, *l. ſi quis putans 6. §. pen. ff. h. t.* facilioris explicationis eſt. Competit ſcilicet illis, qui rem pro indiviſo communem habent: ſive cum ſocietate, ſive ſine ſocietate res inter eos communis ſit; *l. nihil autem 2. ff. h. t.* ſive poſſideant, ſive neuter eorum vel alter ſolus in poſſeſſione ſit; *l. pen. ff. h. t.* ſive ex eodem, ſive diverſo ex jure dominium habeant commune, alter forte inſtitutionis titulo, alter legati; *l. & ſi non 8. §. ſi incertum 1. ff. h. t.* ſive directi ſint domini, ſive utiles, vectigalem forte fundum communiter poſſidentes, dummodo caveant, ne vectigalis præſtatio dividatur, *l. communi dividundo 7. pr. ff. h. t.* aut ſuperficiarii. *l. 1. §. pen. ff. de ſuperficiebus.* hactenus ſaltem, ut utile vel quaſi communi dividundo judicium ſit. *d. l. 7. §. ſed & ſi 7. & §. cum de uſufructu 10. ff. h. t. l. ſi cujus rei 13. §. ſed ſi inter 3. ff. de uſufructu & quemad. quis utat.* ſive bonæ fidei poſſeſſores Publicianam ex ficti ſeu prætorii dominii jure habentes; *d. l. 7. §. qui in rem 2. ff. h. t.* ſive creditores jus pignoris habentes ex miſſione in poſſeſſionem. *d. l. 7. §. item ſi duo 8. ff. h. t.* Aliis hypothecariis creditoribus, quibus forte per debitorem pars rei, ipſi cum

a io

alio pro indiviſo communis, obligata eſt, contra extraneum, non datur, licet eo caſu, quo duo ſimul pignus acceperunt, judicium utile communi dividundo inter eos eſſe poſſit, *d. l. 7. §. ſi duo 6. & §. inter eos 12. ff. h. t.* atque etiam a debitoris ſui condomino poſſint ad rei, ſibi pro parte indiviſa obligatæ diviſionem provocari; usque adeo, ut & totius rei adjudicationem, creditori bona fide licitanti factam, debitor teneatur ratam habere, quoties non ſatis commodam res recipit diviſionem, ac propterea ad adjudicationem deveniendum fuit; *d. l. 7. §. ſi debitor 13. ff. h. t.* quod enim creditor ita egit, pro eo habendum eſt, ac ſi debitor per procuratorem egiſſet. *l. ſi pignori 29. in fine ff. famil. erciſc.*

2. Illis autem, qui prædialem ſervitutem prædio ſuo communi conſtitutam communiter habent, hoc judicium non accommodatur; *l. arbor. 19. §. ſi per eundem 2. ff. h. t.* Adde *tit. praeced. n. 41. in fine.* etſi pro dividundo ſervitutis exercitio utiliter competat, ad id, ut vel menſura vel temporibus uſus ejus dividatur, quoties pluribus per locum eundem ſervitus conſtituta eſt; quo caſu non tam ſervitus una dividitur, quam potius duæ pluresve per eundem locum competentes, a ſe invicem uſu diſcernuntur. *d. l. 19. §. ult. ff. h. t. l. Lucio Titio 4. ff. de aqua quot. & aeſtiva.* Sed nec ſociis reliquis adverſus eum datur, qui ſuam partem jam alienavit; ſed potius adverſus eum, in quem alienatio facta eſt; *l. 1. C. h. t.* etſi ſocius id dolo malo judicii mutandi cauſa feciſſet; quippe quo caſu magis actione in factum prætoria ad id quod intereſt conveniendus foret. (de qua latius *libr. 4. tit. 7.*) *l. communis ſervus 24. ff. h. t.* Plane ſi ante alienationem jam cœperit præſtationum perſonaſium intuitu reliquis devinctus eſſe, directum quidem judicium eſſe non potuit, quia a communione per alienationes diſceſſum fuit; utili tamen judicio locus eſt; quod de præſtationibus perſonalibus etiam competit, poſtquam res deſiit communis eſſe. *l. ſi quis putans 6. §. quare 1. ff. h. t.* Similiter nec illis, aut contra illos, qui rem vi clam aut precario poſſident, hoc judicium permittendum eſt, nec depoſitariis aut colonis, nec prædonibus dandum; eo quod hujusmodi poſſeſſiones aut detentiones ſufficientes non ſunt ad hoc judicium conſtituendum. *l. communi dividundo 7. §. inter praedones 4. §. 5. & §. neque colonis 11. ff. h. t.* Denique correo debendi, debitum univerſum exſolventi, neque hanc communi dividundo neque ullam actio-

actionem aliam pro recuperanda soluti parte dimidia competere, verius est: cum neque aliud solverit, quam quod ipse debebat, neque alterius sed sui liberandi causa stipulanti satisfecerit, utut alter debendi reus ista solutione liberationis quoque senserit emolumentum. arg. *§. 1. Inst. de duob. reis. l. cum duo 2. ff. eod. tit.* Ant. Faber *Conjectur. libr. 11. cap. 8.* sed de hoc plenius *ad tit. de duobus reis.*

3. Petitur hac actione, ut fiat rerum ex honesta causa communium divisio; cum rei turpis nulla societas, communio nulla sit, *l. communi dividundo 7. §. inter praedones 4. ff. h. t.* junct. *l. 1. §. plane 14. ff. de tutelae & ration. distrah. l. quod autem 53. & seqq. ff. pro socio.* Si dividi commode nequeant, æque hic, ac in superioribus judiciis divisoriis, adjudicatione res expedienda est, servatis illis quæ tit. præced. de adjudicatione plenius sunt tradita: dummodo meminerimus, in rebus dividendis judicem id, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi oportere, *l. judicem 21. ff. h. t.* arg. *l. actione 6. §. Labeo 5. ff. pro socio.* &, si sociorum unus fundum habeat proprium fundo communi adjacentem, æquius esse, ut fundi communis pars ea, quæ proprio socii unius fundo contigua est, eidem cedat, altera socio fundum communem non habenti adjudicetur. arg. *l. quicunque 7. fere in fine C. de omni agro deserto.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 85. num. 18.* Confer Grotium *manud. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 28. num. 15. & seqq.* ubi varios pro more regionum modos proponit, per quos a communium rerum non satis dividuarum communione discedi potest. Veniunt quoque in hoc judicium præstationes personales, dum alter sociorum damnum dolo lata vel levi culpa dedit in re communi, vel sociis reliquis impedimento fuit, quo minus illi id agerent, quod ad rei communis spectabat conservationem, arg. *l. si aedes 12. ff. h. t.* ut &, dum alter sociorum solus fructus percepit, aut impensas fecit, *l. per hoc judicium 4. §. sicut autem 3. ff. h. t. §. item si inter 3. Inst. de oblig. quae quasi ex contractu. l. pen. C. h. t.* vel etiam facturus est, dum forte rei communis nomine solus in solidum jam condemnatus est, *l. socius 15. ff. h. t.* si modo necessario, vel saltem utiliter, in rem communem erogatum vel erogandum sit; nam si voluptatis causa sumtus factus sit, aut eum fieri non interfuerit alterius socii, repetitio ejus concedenda non est.

l. ſi quis putans 6. §. ult. ff. h. t. arg. *l. ſed an ultro 10. §. ult. in fine. l. ſi quis negotia 25. ff. de negot. geſtis.* Quod ſi impenderit in rem, quam ſibi putabat cum Titio communem eſſe, cum illa ei eſſet communis cum Mævio, error ille non impedit, quo minus adverſus Mævium pro recuperanda impenſarum parte utili hoc judicio experiatur: ſufficit enim, ſi ſciat, rem ſibi cum alio communem eſſe, etſi ignoret, cujus ſocii ſit; quia rem propriam magis tueri, quam ſocii negotia gerere intelligitur; & magis ex re, in quam impenditur, quam ex perſona ſocii, actio naſcitur, dum ſaltem id egit impendens, ut aliquem rei communis intuitu ſibi redderet obligatum. *l. ſi quis putans 6. pr. l. in hoc judicium 14. §. 1. in med. l. ſi quis, cum 29. ff. h. t.* Diverſa cauſa eſt ejus, qui putat, ſe in rem propriam impendere, cum ſit communis: huic enim nec communi dividundo judicium competit, nec utile dandum eſt; quia non hoc fuit animo, ut aliquem ſibi obligaret, ubi quaſi in rem ſuam impendit: ſic ut nihil ei ſuperſit, quam ut, tanquam alienæ rei bona fide poſſeſſor, retentione ſibi conſulat, donec impenſæ pro rata reſtitutæ ſint. *d. l. 14. §. 1. d. l. 29. in fine principii ff. h. t.* Sed & ſi quis in rem impenſas fecerit (vel fructus perceperit) antequam communis eſſet, actioni huic locus non eſt, dum forte damni infecti nomine in poſſeſſionem ex primo decreto miſſus una cum alio vicino, necdum tamen poſſidere juſſus ex ſecundo decreto, inſulam fulſit ruinoſam, *l. per hoc judicium 4. §. pen. & ult. ff. h. t.* ſed magis negotiorum geſtorum actio danda foret; qualis etiam tunc competit, cum is, qui communione durante impendit, poſtea ſuam partem alienavit. *l. in hoc judicium 14. §. 1. in fine ff. h. t.*

4. Cæterum occaſione præſtationum perſonalium, ac præcipue damni per unum ſociorum dati, excutiendus videtur ſenſus legis *20. ff. h. t.* ubi Pomponius ait; *ſi is, cum quo fundum communem habes, ad delictum (vel ad edictum) non reſpondit, & ob id motu judicis villa diruta eſt, aut arbuſta ſuccisa ſunt, praeſtabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo; quicquid enim culpa ſocii amiſſum eſt, eo judicio continetur.* Quam ut planum reddat Rævardus, in ea pro verbis *motu judicis*, legendum putat *magiſtratus imperio:* quaſi non motu judicis ſed magis juſſu magiſtratus in criminibus atrocioribus delinquentium ædes diruerentur, *libr. 1. variorum cap. 7.* at ſine ulla vel codicum autoritate vel juris neceſſitate. Eſto enim, quod

quan-

quandoque magiſtratus imperio domus convictorum graviſſimi criminis reorum deſtructæ fuerint; ſufficiens tamen emendationis ratio non eſt. *Motu* ſcilicet id eſt *impetu* non rationali (quem a judicibus abeſſe debere, Calliſtratus monuit, eodem uſus *motus* vocabulo, *l. obſervandum 19. §. 1. ff. de offic. praeſid.*) adeoque ſine ulla cauſa legitima, judex diruerat villam ejus, qui ad edictum non reſpondens contumacem ſe geſſerat. Cum ergo damnum tale nullo jure illatum eſſet per judicem villæ communi, dubitabatur, an is, qui ad edictum non reſponderat, teneretur ſocio damnum reparare: ac definitur, detrimentum ſocio per hoc communi dividundo judicium præſtandum eſſe; addita ratione, quia, *quicquid culpa ſocii amiſſum eſt, eo judicio continetur.* Etſi enim impetus ille judicis, villam diruentis ob contumaciam aut arbores ſuccidentis, injuſtus fuerit, ideoque, ſi non dolo at ſaltem culpæ judicis accenſendus, tamen quia prima culpa, ſeu contumacia ſocii, damno iſti per judicem dato cauſam præbuit ſeu occaſionem, iniquum videri non potuit, hunc ſocium alteri ad indemnitatem damnari: verum enim erat, ædes aut arbores iſtas culpa ſocii contumacis amiſſas eſſe, nec ſocios reliquos eo damno, quod ex unius ſocii contumacia deſcendit, oportere gravari. *l. cum duobus 52. §. ult. ff. pro ſocio.* Sic ut hæc ſpecies facti ſit non abſimiliis ei, quæ proponitur in *l. lectos 12. l. 13. & 14. ff. de peric. & commodo rei venditae.* ubi, cum ædilis lectos venditos, ac per venditorem in via publica poſitos, nullo jure conſcidiſſet, ſic ut lege Aquilia teneretur; tamen cum venditore de damno iſto agi potuit per emtorem, eo quod venditoris culpa erat, lectos venditos in via publica poſuiſſe, circa quos ex natura contractus levem tenebatur culpam præſtare; nec excuſabatur ex eo, quod id ædilis non jure feciſſet; cum ſufficeret, venditorem culpa ſua præcedente dediſſe facto ædilis illicito occaſionem. Novum utique non eſt, ipſos quoque judices ac magiſtratus ſua abuti poteſtate, ac vel magiſtratus ſui fiducia atque obtentu, vel aliter contra bonos mores per injuriam illos lædere, quos adverſus læſionem omnem atque concuſſionem injurioſam debuiſſent tueri. *l. nec magiſtratibus 32. ff. de iniuriis. t. continet 3. in fine ff. quod metus cauſa.*

5. Ceſſat hæc actio communi dividundo in arbore, quæ in confinio nata eſt, & lapide qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu necdum lapis exemtus, aut arbor eruta

eſt, ſed fundo cohæret. *l. arbor 19. ff. h. t.* Vel ſi convenerit, ne intra certum tempus a communione diſcedatur: non item, ſi id actum ſit, ut perpetuo duret communio, ut dictum latius tit. præced. *l. in hoc judicium 14. §. pen. & ult. ff. h. t.* Ut tamen de re quadam ſingulari quandoque conventio ſuſtineatur, ne unquam illa in communi dividundo judicium veniat, quoties ſcilicet apparet neque ſeparatas rei communis partes ſociis ſingulis utiles eſſe poſſe, neque ſine notabili reliquorum ſociorum diſpendio rem totam uni poſſe adjudicari: quod accidit in veſtibulo communi binarium ædium (cui ſimile, ſi non idem, medianum cœnaculi, vel commune & promiſcuum plurium celiarum iter, *l. quis ſit fugitivus 17. §. apud Caelium 15. ff. de aedil. edicto. l. ſi vero 5. §. interdum 2. ff. de his qui effud. vel dejec.*) de quo placuit, arbitrum communi dividundo utrolibet invito dari non debere, quia, qui de veſtibulo liceri cogitur, neceſſe habet interdum totarum ædium pretium facere, ſi alias aditum non habet, *l. arbor 19. §. de veſtibulo. 1. ff. h. t.* idemque juris eſt in puteo communi, ſi ſolum ejus commune non ſit, id eſt, ſi nulla fundi, in quo puteus eſt, ſeu putei ſolius communio ſit. *l. per hoc 4. §. de puteo 1. ff. h. t.* Et de tali veſtibulo, puteo, ſimilibusque rebus accipiendum puto, quod ab Ulpiano traditum eſt, in judicium communi dividundo omnes res venire, *niſi ſi quid fuerit ex communi conſenſu exceptum nominatim, ne veniat, l. in judicium 13. ff. h. t.*

6. Non tamen denegandum hoc judicium ob id, quod ſemel eo actum ſit, cum non ita ſit univerſale, atque quidem familiæ erciſcundæ actio, ac proinde nihil vetet, de non diviſis iterum illud inter eosdem exerceri. *l. per hoc 4. §. hoc judicium 2. ff. h. t.* Neque etiam ceſſat ex eo, quod forte triginta annis aut tempore longiore ſocii rem communiter poſſederint; ſecus ſi ſeparatim. Vide *tit. praeced. num. 33.*

7. Invito autem uno ſocio nihil novi per alterum poteſt fieri in re communi, meliorque prohibentis conditio eſt; adeo ut, ſi quid novi per alterum ſocium invito altero factum ſit, aut fieri mandatum, is cogi poſſit ad id in priſtinum ſtatum reſtituendum. Quod ſi, extraneo quid novi faciente, ſociorum alter id paſſus ſit, cum prohibere poſſet, nec tamen mandaverit, opus quidem deſtruere non compellitur, ſed hoc judicio conveniri poteſt ad damni inde dati reparationem. *l. Sabinus*

binus 28. ff. h. t. Caſpar Manzius *de muro communi num. 64. & ſeqq.* Quin tamen ſocius inuito ſocio de ſua poſſit parte diſponere, eamque etiam extraneo vendere, donare, nequaquam dubium; eo excepto, quod poſt cœptum hoc inter ſocios judicium nullus ſociorum invitis cæteris portionem poſſit in extraneum transferre, *l. 1. 2. C. h. t. l. nemo 68. ff. pro ſocio.* niſi forte jus illud iterum dicamus abrogatum per *l. dudum proximis 14. C. de contrah. emt.* Vide *tit. de lege commiſſoria num. 13.* Sociorum reliquorum partes ſi una cum ſua parte diſtraxerit, nihil iis præjudicat, nec dominium partium ad cæteros pertinentium in emtorem transfert ſine eorum voluntate, licet totorum bonorum ſocii eſſent, *l. nemo ex ſociis 68. ff. pro ſocio.* etiamſi major ſociorum pars domum fundumve communem divendere vellet; ſed tantum partes conſentientium, non item diſſentientium, emtori cederent, ne ſine facto ſuo diſſentientes ſuo cadant dominii jure, contra *l. id, quod noſtrum 11. ff. de reg. juris.* Niſi res promercales eſſent, ea ſcilicet mente emtæ, ut rurſus vendantur; tunc enim unus eas in ſolidum recte diſtrahit, cum ita nihil novi fiat contra primam ſociorum intentionem, ac mandatum de eo agendo jam tum ab initio credatur interpoſitum; eo modo, quo & in commune ſepulchrum inferre mortuum ſocius unus reliquis invitis poteſt, quaſi id fiat ex voluntate ſociorum ab initio declarata. §. *religioſum. 9. Inſt. de rer. diviſ.* Hect. Felicius *de ſocietate, cap. 28. num. 58. & ſeqq.* Ant Matthæus *de oblig. diſp. 23. num. 16.*

8, Quod ſi circa ædium aut prædiorum aut rerum aliarum communium elocationem inter ſocios diſſenſus ſit, quibusdam volentibus, aliis nolentibus elocare; magis eſt, ut totius rei locatio facienda ſit, quoties uſus ejus per partes dividi commode non poteſt; præſertim ſi talis ſit, quam elocari inſolitum non eſt. Menochius *de arbitrar. jud. libr. 2. caſu 442. n. 2.* Hect. Felicius *de ſocietate, cap. 28. num. 29. & ſeqq.* Si tamen ſociorum unus totius rei uſum tanta mercede ſibi habere velit, quanta per extraneum offertur; eum iſto in caſu præferri extraneo æquum eſt; quod & ſtatutis quibusdam nominatim cautum; Mechlinienſ. *tit. 8. art. 5.* ibique Chriſtinæus; Menochius *d. caſu 442. num. 14. & ſeqq.* ubi ſimul toto illo caſu pluribus exſequitur, quid obtineat, ſi in eligenda conductoris perſona inter ſocios diſſenſus ſit, aliaque his affinia. Adde Joh.

Rapon. *libr. 15. tit. 2. art. 26. poſt med.* Heſt. Felicium *de ſocietate cap. 28. num. 29. & ſeqq. usque ad finem.* Hug. Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr. 3. cap. 28. num. 7. 8. 9.* Waſſenaar *pract. judic. cap. 7. num. 47. & ſeqq.*

9. Qua porro ratione paſcuorum ad plures pro indiviſo pertinentium, uſus ſecundum Rhenolandiæ conſuetudines, immiſſo pro rata pecorum numero, dividatur, & quæ pecora tunc immitti poſſint, vide apud Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 28. num. 9.* a qua tamen uſus dividendi ratione procul dubio ex ſociorum voluntate recedi poteſt, ac inter duos fundum communem habentes id agi, ut alternis ſinguli annis fruantur; quo caſu ſi unus conſulto fructus corruperit, aut ne anno ſequenti naſcerentur effecerit, actioni locati conducti locus eſt, quoties id actum, ut certa merces non fruenti per fruentem præſtetur, atque ita locatio interceſſit, *l. & haec diſtinctio 35. §. 1. ff. locati.* actioni vero præſcriptis verbis vel communi dividundo, ſi nulla mercedis conſtitutio facta ſit. *l. ſi convenerit 23. ff. h. t.*

TITVLVS IV.

AD EXHIBENDVM.

SVMMARIA.

1. *Quid ſit actio ad exhibendum, & quibus competat; quibus denegetur, dum vel alia juris remedia, iis ſufficiunt, vel omni juris remedio indigni videntur?*
2. *Qui hac experitur actione, dicere debet notas rei, ac probare, ſua intereſſe.*
3. *Datur contra poſſeſſores & detentores; quid juris, ſi dolo aut culpa poſſidere deſierint ante vel poſt litem conteſtatam? quid ſi caſu?*
4. *Petitur exhibitio rei cum acceſſionibus: exhibenda res in eadem cauſa; quid ſi exhibeatur uſucapta? quid ſi mutata ratione formae? quid ſi deteriorata?*
5. *Dilatio ad exhibendum quandoque a judice datur. Quid juris ſi reus contumaciter nolit, vel dolo non poſſit exhibere?*
6. *Recenſentur aliae actiones, quibus exhibitio peti poteſt. Quis uſus hodie ſit actionis ad exhibendum?*

Exhi-

Exhibere eſt facere in publico poteſtatem, ut ei, qui agit, experiundi ſit copia. *l. 2. ff. h. t.* Cum enim fieri nequeat rei vindicatio, niſi appareat ac demonſtretur res, quæ petitur, neceſſe fuit, hanc ad exhibendum intentari actionem, quoties res ab aliquo detinetur occultata, aut alteri juncta rei, ſi modo ſeparatio jure peti poſſit. Ut proinde non principalis, ſed præparatoria ſit, & maxime quidem ob rei vindicationes inducta, *l. 1. l. gemma 6. ff. h. t. l. quod legatur 38. ff. de judiciis.* adeo ut ei, cui mandata eſt rei vindicatio, etiam ad exhibendum actio mandata cenſeatur. *l. ad rem mobilem 56. ff. de procurat.* Eſt autem perſonalis, in rem tamen ſcripta, perpetua, arbitraria, *l. in hac actione 3. §. eſt autem 3. ff. h. t. §. praeterea 31. Inſt. de action.* in ſolis mobilibus locum habens; (cum immobilia ſemet ipſa ſatis exhibeant, nec facile latere poſſint. *l. 2. in pr.* verſ. *ſed ubi C. quando & quib. quarta pars deb. ex bon. decurion.*) & competens omnibus quorum intereſt peculiariter. *d. l. 3. §. ſciendum 9. l. ſi liber homo 13. ff. h. t.* (non præciſe pecuniarie, arg. *l. 2. C. h. t. l. de eo exhib. 12. l. ult. ff. h. t.*) ex honeſta, juſta & probabili cauſa. *l. in hac actione 3. §. ſi mecum 11. l. pen. ff. h. t* & ex jure in re; licet poſtea neque rei vindicatione neque ulla in rem, ſed perſonali actione, experiri velint. Cum enim multæ ſint cauſæ ad exhibendum agendi, *d. l. 3. §. 1. ff. h. t.* non illis tantum datur, qui rem ſuam aſſerentes eandem ex jure dominii vindicare cupiunt; ſed &, ſi poſſeſſionem ſuam eſſe contendentes, eam perſequi velint Publiciana in rem actione; aut ut ſibi pignoratam hypothecaria petere, aut confeſſoria, dum ſibi uſumfructum in ea quæſitum ajunt, *l. in hac actione 3. §. eſt autem 3. 4. & §. Pomponius 12. ff. h. t.* aut ſervum optare, ubi relictum eſt optionis legatum; etſi Mævio legatum proponeretur, quod Titius optaſſet, aut ex rebus apud tertium depoſitis optio facienda eſſet. *l. ſi tibi 8. §. ult. ff. de opt. vel elect. legata l. 3. §. item 6. & §. plus dicit. 10. l. de eo 12. §. ſaepius 2. in fine ff. h. t.* Quin & furti agere volentibus hæc actio utilis eſt; *d. l. 12. §. 2. ff. h. t.* aut interdicto, velut *utrubi*, experturis *d. l. 3. §. ſed & 5. ff. h. t.* aut noxali judicio: *d. l. 3. §. ſi qui noxali 7. ff. h. t.* etſi hæ tres actiones in perſonam ſint, & illis etiam quandoque accommodentur, qui non habent ullam ſpeciem juris in re, puta dominii, poſſeſſionis, ſervitutis, pignoris aut hereditatis; ut ſuis locis patebit. Non tamen datur

hæc actio legatariis (contra quam est in heredibus) si testamenti tabulas, vel codicillos, vel quid aliud ad testamenta pertinens, exhiberi velint; cum sufficiant ipsis interdicta in hanc rem competentia; *d. l. 3. §. si quis extra 8. ff. h. t.* nec ei, qui liberum hominem ab alio detentum exhiberi cupit; cum & hic interdictum de libero homine exhibendo sufficere videatur, *l. si liber 13. ff. h. t.* nisi de eo exhibendo quæstio sit, quem quis in libertatem vindicare vult. *l. de eo 12. in pr. ff. h. t.* eo quod tunc interdictum denegatur. *l. quod & lex 3. §. plane 7. ff. de hom. libero exhib.* Nec adversatur, quod hac actione etiam peti possit exhibitio glandis aliena in area cadentis; & tamen interdictum competat de glande leganda, *l. Julianus 9. §. glans 1. ff. h. t.* cum penitius consideranti pateſcat, interdicto non de glande exhibenda, sed unoquoque triduo leganda agi; aliud autem sit colligere glandem, quod fit per glandis dominum; aliud, eandem exhibere, quod fit per vicinum. Longe minus illis competit, qui dolo malo rem possidere desierunt, quive, cum furto rem subduxissent, amiserunt possessionem ejus. *d. l. 3. §. si mecun 11. ff. h. t.*

2. Ut vero recte actor hic agat, necesse est, ut omnia noſcat ac dicat argumenta rei de qua agitur; id est, notas ac qualitates, quibus res a re alia distinguitur, *l. in hac actione 3. princ. ff. h. t.* ac ejus interſit rem exhiberi tempore utroque, tum litis contestatæ, tum rei judicatæ, *l. tigni. 7. §. ult. ff. h. t.* judicique de eo constet per adhibitam summariam causæ cognitionem, ad principale judicium rejectis illis, quæ altiorem desiderant indaginem: judex namque interim exhibitionem fieri haud difficulter injungit, cum ea exhibenti non sit gravis aut damnosa, si actor deinde principali in negotio probando deficiat. *d. l. 3. §. sciendum 9. & §. ibidem 13. ff. h. t.* Quod si plurium interſit vel ex eadem vel diversis ex causis rem exhiberi, singulis pro suo jure ad exhibendum experiundi potestas est. *d. l. 3. §. Pomponius 12. ff. h. t.*

3. Convenitur hac actione quivis possessor aut etiam detentor rei, *d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. ff. h. t.* ut & illi, quorum in solo aliquid positum est, cum aut collapsum, aut vi fluminis delatum, aut rutum, aut cæsum, aut defossum fuisset, cujus exempla sunt in *l. Celsus 5. §. 2. 3. 4. 5. l. Julianus 9. §. glans 1. l. thesaurus 15. ff. h. t.* Hi quoque, quorum rebus res alienа junctа aut inclusa est, quoties natura vel jure separatio atque

que exemtio impedita non eſt, *l. gemma 6. l. tigni 7. §. 1. & 2. ff. h. t.* nec intereſt, utrum a ſingulari perſona res poſſideatur aut detineatur; an vero a collegio, veluti municipio. *d. l. tigni 7. §. item municipes 3. ff. h. t.* Si modo hi omnes tempore rei judicatæ poſſideant, *d. l. 7. §. ſi quis non 4. ff. h. t.* vel deſierint dolo poſſidere. *l. Celſus 5. §. idem Julianus 2. l. Julianus 9. §. Marcellus 4. l. ſi vir. 14. ff. h. t.* quo caſu & heredes eorum, qui dolo poſſidere deſierunt, conveniri poſſunt, quatenus ſaltem facti ſunt ex defuncti dolo locupletiores, pretium forte rei habentes. *l. de eo 12. §. ult. ff. h. t.* Quid, quod & illi quandoque hac tenentur actione, qui ſine dolo ſuo poſſidere deſierunt pendente lite: etſi enim plerumque eos abſolvi tunc oportere reſpondum ſit, *l. tigni 7. §. ſi quis, cum 5. ff. h. t.* tamen ſi tali caſu rem lite pendente periiſſe conſtiterit, quo peritura non fuiſſet, ſi, cum primum lis acciperetur, fuiſſet exhibita, condemnationem fieri in id quod intereſt, æquum fuit, *l. de eo 12. §. ſi poſt 4. ff. h. t.*

4. Tendit hæc actio ad id, ut res exhibeatur; quæ tamen exhibitio ſubinde reſtitutionem in ſe habet, quatenus exhibens poſt factam exhibitionem quandoque cedit, nec principali judicio audet contendere, cauſæ ſuæ diffidens, eoque ſenſu cauſa petitori in hac actione reſtitui dicitur. *l. Julianus 9. §. pen. ff. h. t.* Exhibenda autem res eſt cum omni ſua cauſa, id eſt, fœtu, partu, fructibus, acceſſionibus, & omni utilitate, ſi quæ amiſſa ſit ob hoc, quod aut non exhibita fuerit, aut tardius exhibita; *d. l. 9. §. pen. & ult. ff. h. t.* etiam in eadem cauſa, in qua fuit; cum primum judicium hoc acciperetur, ut quis copiam rei habens poſſit exſequi, actione, quam deſtinavit, in nullo læſa, *d. l. 9 §. quantum autem 5. ff. h. t.* ideoque, ſi inter moras exhibendi uſucapta ſit res a poſſeſſore, aut, cum optio intra certum tempus data eſſet, judicium in id tempus extractum ſit, quo fruſtra exhibetur, utilitas petitoris, quæ lapſu temporis interierat, conſervatur, &, quaſi non facta exhibitione, condemnatio ſequitur; niſi reus conventus adhuc paratus ſit principale judicium, quod peremtum erat, aut optionem, pati. *d. l. 9. §. proinde 6. l. ſi optione 10. ff. h. t. §. ſi ad exhibendum 3. Inſtit. de offic. judicis.* Idemque dicendum, ſi res, de cujus exhibitione agitur, medio tempore in aliud corpus aliamve ſpeciem translata ſit, veluti ſi ex ſcypho petito maſſa ſit facta: cum mutata forma prope interimat ſubſtantiam rei. *d. l.*

9. §. sed si quis 3. ff. h. t. Contra, quam obtinet, si simpliciter deteriorata exhibeatur, forma manente, dum homo exhibetur. sed elusçatus aut debilitatus ; tunc enim, quia ita facta est exhibitio, ut impedita non sit directa actio, veluti vindicatio aut similis, tantum judicio ex lege Aquilia descendenti locus erit, cessante hac ad exhibendum actione. *l. si quis hominem 17. ff. h. t. l. exhibitionis 7. C. h. t.* licet alioquin in principalibus judiciis, veluti commodati, depositi, rei vindicatione, restituisse non videatur, qui rem deterioratam restituit, nisi id quod interest addatur. *l. sed mihi 3. §. 1. ff. commodati l. 1. §. si res deposita 16. ff. depositi. l. non solum autem 13. ff. de rei vindicat.*

5. Si res, de qua exhibenda agitur, in præsenti exhiberi nequeat, dum alio forte in loco est, cautio de re intra modicum temporis spatium arbitrio judicis definitum exhibenda admittitur, *d. §. 3. Instit. de offic. judicis. l. de eo 12. §. pen. ff. h. t.* imo sine certi diei adjectione quandoque de re exhibenda cautionem interponi sufficit, puta si servus exhibendus in fuga sit, *l. Celsus 5. §. ult. ff. h. t.* & si, petita simul rerum plurium exhibitione, reus pendente lite quasdam desierit possidere sine dolo malo, tum demum condemnandus est, cum non exhibet, quas potest, *l. sed & si 11. §. ult. ff. h. t.* sed si reus contumacia nolit, aut dolo suo fecerit quo minus possit, rem exhibere, contra eum in litem juratur. *l. in hac actione 3. §. praeterea 2. ff. h. t.* arg. *l. qui restituere 68. ff. de rei vindicat.*

6. Quod si semel hac actione actum fuerit, ex eadem causa iterum agi nequit ad exhibendum, ex alia potest. *l. si quis ad 18. ff. de except. rei judic. l. de eo 12. §. saepius 2. ff. h. t. l. neque 3. C. h. t.* Nec ignorandum, aliis quoque actionibus exhibitionem peti posse, puta, ex stipulatu, arg. *l. nemo 82. ff. de verb. oblig.* ex testamento; *l. si praediorum 15. C. ad leg. Falcid.* junct. *l. instrumenta 24. C, de fideicommissis.* ex emto; *l. Titius 48. ff. de action. emti.* ut & actione in factum, in casibus propositis in *l. 3. §. interdum 14. & l. 9. §. Marcellus 4. ff. h. t.* Quin & moribus solent judices per mandata compellentia exhibitiones injungere: quo fit, ut nunc rarior actionis ad exhibendum usus sit, licet maneat utilitas ejus in eo, quis exhibitionem petere possit, & a quo, ac quarum rerum.

LIBER

LIBER UNDECIMUS.

TITVLVS PRIMVS.

DE INTERROGATIONIBVS IN IVRE FACIENDIS, ET INTERROGATORIIS ACTIONIBVS.

SVMMARIA.

1. *Quid fuerint interrogationes in jure? cui bono introductae? differunt, aliquid agi* in jure *& agi* pro tribunali.
2. *Interrogationes hae locum habuerunt in actionibus in personam; & in petitione hereditatis. An & quo respectu in actionibus in rem?*
3. *De aequitate interrogationum; respondens ad eas non habetur pro judicato; sed inde data actio interrogatoria. Quid illa fuerit?*
4. *Cessant quidem jure novo actiones interrogatoriae, at non aequitas interrogationum. Fieri illae possunt per judicem etiam post conclusionem in causa. Quod & moribus passim fere obtinet, etiam circa principalia causae merita; nec currunt tempora productionum, quamdiu adversarius in mora respondendi est. Quid in Hollandia obtineat?*
5. *Rogatus respondere cogitur, nisi proprium profiteretur crimen; vel dubitet; vel interrogetur in lite non sua sed aliena; ubi de tutore in causa pupilli vel minoris, & de ipso minore; de debitore in lite praelationis inter creditores; de marito in causa uxoris & ipsa uxore; de cedente in lite cessionarii; de interveniente, & eo pro quo intervenit in lite; de domino & procuratore.*
6. *Nemo respondere tenetur, si rogetur de facto alieno, vel non de facto, sed jure aut consuetudine. An reum sine mandato defendens, vel procurator actoris in reconventione?*
7. *Reus responsione sua, sive vera, sive falsa, nocet sibi, sed habet exceptiones easdem ac defensiones, si falso respondere, quas haberet, si vere respondisset. Quandoque contra responsionem erroneam restituitur.*
8. *Quo modo puniatur jure Romano & moribus, qui sciens mentitus est ad interrogationem, ut se liberet?*
9. *Silentium rogati aut responsum dubium eam recipit interpretationem, quae rogato nocet.*
10. *Con-*

10. *Confessio ad interrogationem prodest interroganti, aliis non item, licet simile jus haberent.*
11. *Si falso respondens condemnatus deinde sit, & judicato satisfecerit, an liberentur illi, qui tanquam heredes veri aut possessores debuissent convenire? & quid hodie obtineat?*

Ne actor plus petendo peccaret, & probationum multiplicatione circa ea, quæ causam principaliter neque deprimunt neque allevant, lis protelaretur, interrogationes olim factæ in jure ante litem contestatam, veluti, an, & pro qua parte adversarius heres esset; num ei ex fideicommisso restituta hereditas; an servum, qui noxiam commisisse dicebatur, possideret; aut periculum, cujus intuitu de peculio actio movenda foret; an ædes ejus essent, pro quibus damni infecti nomine cautio petenda. *l. 1. l. si quis in 7. 8. 9. §. qui interrogatus 5. & seqq. l. 10. ff. h. t.* Idque *in jure*, id est, ante litem contestatam (ad distinctionem eorum, quæ in judicio fieri dicuntur apud judices plerumque pedaneos post litis contestationem) adeoque apud prætorem aut alium populi Romani magistratum, qui jurisdictioni præest, sive pro tribunali sedeat juris dicundi gratia, sive domi vel in itinere negotio huic vacet, *l. voluit 4. §. 1. ff. h. t.* latius scilicet patente loci, in quo jus dicitur, quam tribunalis appellatione: in quantum *pro tribunali* fieri dicebantur, quæ loco stato seu ordinario expediebantur. *l. unius 18. §. ult. ff. de quaestion. l. utile tempus. 2. §. in bonorum 2. ff. quis ordo in bonor. possess. servetur.* at *in jure* generaliter ea omnia, quæ vel pro tribunali, vel alibi in loco momentaneo, sive in itinere & transitu sive domi, sella tamen posita, prætor juris dicundi causa de plano agebat. *d. l. 4. §. 1. ff. h. t. l. 18. §. ult. ff. de quaestion. §. servi 2. Instit. de libertinis.* Unde Paulus, cum monuisset, *jus* etiam dici locum, in quo jus redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit, subjungit locum illum hoc modo determinari posse; *ubicumque praetor, salva majestate imperii sui, salvoque more majorum, jus dicere constituit, l. pen. in fine ff. de Justit. & jure.*

2. Obtinuerunt hæ in jure interrogationes, cum in personam erat actio, & certum condictione petendum, *l. 1. pr. ff. h. t.* uti & in actionibus noxalibus ac de peculio; *l. si quis in jure 7. l. 8. l. 9. §. ult. ff. h. t.* & petitione cautionis pro damno infecto, quam quisque pro ea præstat parte, qua rei vitiosæ

tioſæ dominus eſt, *l. non alienum 10. l. qui ſervum 20. §. ult. ff. h. t.* junct. *l. ſi communes 40. ff. de negot. geſtis. l. plures 27. ff. de damno infecto.* denique etiam in hereditatis petitione mixta, quatenus poſſeſſor actore deſiderante reſpondere cogitur, an pro herede, an pro poſſeſſore poſſideat. *l. cogi 11. C. de petit. hered.* De cætero in rei vindicatione, & aliis ſpecialibus in rem actionibus poſſeſſorem compelli vel titulum ſuæ poſſeſſionis edere, vel dicere pro qua parte res ejus ſit, incivile habitum fuit, eo quod non poſſeſſoris, ſed petitoris munus eſt docere, qua ex parte dominus ſit, ſola poſſeſſione reo de cætero ad abſolutionem ſufficiente. *d. l. 11. C. de petit. hered. l. in ſpeciali 37. ff. de rei vindicat.* Plane, etſi titulum poſſeſſionis edere non compellatur, petitore tamen rogante reſpondere tenetur, an poſſideat rem aut dolo malo poſſidere deſierit, ne alias fruſtra petitor experiatur; *l. qui petitorio. 36. pr. ff. de rei vindicat.* uti &, pro qua parte poſſeſſor ſit, ſeu an rem totam an tantum pro parte poſſideat, ad id, ut, ſi minore ex parte ſe poſſidere dicat, quam actor petiturus eſt, in aliam partem quæ non defenderetur, in poſſeſſionem actor mittatur: *l. qui ſervum 20. §. in jure 1. ff. h. t.* junct. *l. Fulcinius 7. §. item videamus. 16. 17. & 18. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur. l. ult. ff. de rei vindicat.* aliud enim eſt, de jure ſuo in re, aliud de nudo poſſeſſionis facto reſpondere. Et quamvis *d. l. 20. §. 1. ff. h. t.* non incommode etiam accipi poſſit de caſu, quo interrogatur is, cum quo non agitur, ſocius nempe rei conventi reſpectu fundi communis, quo innoteſcat, quæ fundi pars ad reum latitantem pertineat, ut in eam non defenſam actor mittatur; tamen interrogationes ſecundum jam tradita etiam in rei vindicatione hactenus admiſſas fuiſſe probabilius eſt.

3. Æquiſſimus vero fuiſſe videtur hic in jure interrogandi mos; cum edictum de interrogationibus prætor propoſuerit, ut ſubveniret difficultatibus probationum; ſciens, arduum ſæpe eſſe ei, qui heredem bonorumve poſſeſſorem convenit, probare, aliquem heredem eſſe bonorumve poſſeſſorem; imo difficilem plerumque aditæ hereditatis probationem eſſe. *l. Edictum 2. 3. ff. h. t.* Neque tamen interrogationes hæ de ipſo principali negotio, vel cardine quæſtionis, ut ajunt, conceptæ fuerunt, ſic ut reus ex reſponſione ſua, quaſi confeſſus, pro judicato habendus eſſet, ſecundum *l. 1. & l. qui ſtichum 5. ff. de confeſſis. l. proinde 25. §. ult. ff. ad leg. Aquil.* ſed tantum

de

de iis, quæ litem præparant; ad quæ si responsum fuerit, non condemnatio, sed litis principalis ventilatio sequitur; dum non omnis ille, qui se heredem aut servi vel peculii possessorem esse confessus est, condemnari debet; sed demum, si actor probet, defunctum debuisse aut legasse, servum contraxisse peculii intuitu, aut actori nocuisse; & ita in cæteris. Unde & sola actio interrogatoria ex responsis hisce data fuit, quasi ex ipso contractu vel negotio principali; quæ ideo nec nova actio fuit, sed tantum nova quædam qualitas adjectitia actionis principalis. *l. si quis interrogatus 8. l. de aetate 11. §. qui interrogatus 9. ff. h. t.*

4. Et quamvis Callistratus testetur, jam tum suo tempore minus frequentatas actiones interrogatorias, in desuetudinem abiisse, quia nemo cogebatur ante judicium de suo jure aliquid respondere: sed tantum ad probationes litigantibus suffeciisse ea, quæ ab adversa parte expressa fuissent apud judices, vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quæ in causis vertuntur, *l. 11. §. 1. ff. h. t.* tamen neque æquitas interrogationum ideo cessavit, neque, pendente lite, usus earum; cum utique coætaneus prope Callistrato Ulpianus, aut paulo recentior, velut jus indubium tradiderit, ubicunque judicem æquitas moverit, æque oportere fieri interrogationem, *l. pen. ff. h. t.* non ad eum effectum, ut amplius inde interrogatoriæ competerent actiones, sed ut secundum jam dicta pro probationibus haberentur, quæ a rogata adversa parte apud judices expressa sunt. *d. l. 1. §. 1. ff. h. t.* Nec interest, in qua judicii parte interrogatio fiat; usque adeo, ut & post conclusionem in causa interrogationes subinde admittendæ sint; tum quia *d. l. pen. ff. h. t.* generaliter admittit, *ubicunque judicem aequitas moverit;* tum quia revera litigantibus quidem, at judici nunquam, in causa concluditur; qui proinde ex officio, quod nobile vocant, interrogare, & ad interrogata responsionem jubere potest, ubi id æquitas postulare visa est, & dubitatio occurrit. *cap. cum Johannes 10. fere in fine extra, de fide instrum.* Confer Mascardum *de probation. conclus. 1182. n. 41. & seqq.* Ac tantum abest, ut interrogationes hæ a moribus hodiernis alienæ essent, ut potius de ipsis quoque factis principalibus, ex quorum assertione vel negatione pendet potissimum causarum decisio, interrogationes pendente lite fieri obtinuerit, conceptis ab uno litigantium positionibus, ad quas adversarius per judicem rogatus

tus respondere compellitur, præstito calumniæ jurejurando, *se credere* vel *non credere*: ita in Gallia, Germania, Ultrajecti, in Frisia, praxi constante servari, patet ex Rebuffo *ad constit. regias tom. 3. tract. de responsionibus per credit. vel non.* Mascardo *de probationibus conclus.* 1182. 1183. Mynsingero *cent. 5. observ. 88.* Andr. Gayl *libr. 1. observ. 79.* Besoldo *delibatis juris ad Pand. h. t. quaest. 2.* Ant. Thesauro *decis. 17.* Radelantio *Curiae Ultraject. decis. 107.* adeo ut ei, qui productiones probationum facere debet, non currant tempora productionis faciendæ, quamdiu adversarius hæret in mora respondendi ad interrogata; eo quod merito ignorat, quæ pro confessis ex responsione habenda sint; quæ ex adverso negata, probationem requirant. Christinæus *vol. 1. decis. 95. n. 9. 10.* Andr. Gayl. *libr. 1. observ. 91. n. 8. 9.* Mynsingerus *cent. 2. observ. 99. n. 1.* Nec Hollandis aut Zelandis Flandrisque ac Brabantinis interrogationes has displicuisse, evincit clarissime Instructio Curiæ Holland. *art. 128.* Curiæ Flandricæ *art. 55. 56.* Brabantinæ *art. 33. & seq.* nunc autem non amplius in Hollandia in causis civilibus istiusmodi interrogationum usum esse, ob metum perjurii, monet Grœnewegen *ad rubric. ff. h. t.* Simon van Leeuwen *cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 29. n. 33.*

5. Rogatus itaque tum ex usu juris Romani, tum ex hodiernis illorum moribus, quibus interrogationes istæ etiamnum placent, respondere tenetur. Nisi responsio ipsum criminis reum faceret, dum de tali facto proprio interrogatur, quo crimen involvit; quippe quo casu judicio criminali magis opus esset, in quo simplex reorum examen sine calumniæ jurejurando procedit. Adde Mascardum *de probation. conclus. 1183. n. 59. & seqq.* Vel nisi rogatus justam ipse dubitandi causam habeat, ut puta, si rogatus, an *heres sit*, controversiam hereditatis ab aliquo patiatur; quo casu respondere non compellitur, ne aut negando se heredem præjudicet sibi, aut dicendo se heredem, illigetur, etiam ablata sibi hereditate. *l. & quia 6. §. 1. ff. h. t.* Sed nec ad respondendum adigendus, quoties non in propria, sed aliena lite rogatur. *l. si sine 9. §. alius 3. ff. h. t.* Unde licet tutor aut curator in lite pupilli respondere teneatur, quoties ipse pro pupillo in lite consistit; arg. *l. proinde 25. §. si procurator 1. ff. ad leg. Aquil.* non tamen, si ipse litem pro pupillo non sustineat; etsi tunc super proprio rogaretur facto. Radelantius *Curiae Ultraject. decis. 106.* Nec debitor in lite, quæ

inter

inter creditores ejus de prælatione aut aliter agitatur. Radelantius *decif. 36.* Nec heredes conjugis defuncti, ubi viduus aut vidua maſſaria judicium ſuſcepit; niſi forte liberi ſint. Radelant. *decif. 107. num. ult.* & *108.* Nec debitor in cauſa fidejuſſoris, aut vice verſa, Radelant. *decif. 107. num. 3. 4. 5.* Quales nihilominus omnes, tanquam teſtes in aliena lite, per adverſarium produci poſſunt, & ad teſtimonium perhibendum compelli; non tunc reſponſa ſua calumniæ ſeu credulitatis, ſed veritatis jurejurando firmaturi. Radelant. *d. decif. 36.* (de quo latius *tit. de teſtibus.*) Si tamen maritus ex uſu hodierno pro uxore ſtet in judicio, tanquam curator ejus, æquum fuerit, non maritum modo, ſed & uxorem ipſam, quam vere cauſa tangit, ad reſpondendum de ſuo facto compelli; Sande *decif. Friſic. libr. 1. tit. 9. defin. 3.* uti adultus in cauſa, quam tutor vel curator in judicio proſequitur. Ant. Matthæus *de judiciis diſput. 7. n. 57.* Secus ſi ſuo nomine ac propria de cauſa maritus in judicio conſiſteret; cum ita lis mariti, uxoris intuitu aliena ſit; ſub qua limitatione forte accipienda quæ de uxore generalius tradita a Radelantio *d. decif. 107. n. 6.* Sed & cedentem in cauſa ceſſionarii reſpondere compellendum, verius eſt; cum utique ceſſionarius, utcunque ad ſuam utilitatem videatur litem expedire, procurator cedentis ſit, ac perſonam ejus in judicio repræſentet; ut proinde, deſiderante adverſario, cedentem velut dominum in judicio rogari æquum ſit, ac cogi ad reſpondendum de facto ſuo, ex quo jus omne ceſſionarius metitur, ac habet. Confer Ant. Fabrum *Cod. libr. 2. tit. 1. defin. 17.* Sande *decif. Friſic. libr. 1. tit. 9. defin. 3.* Eadem ratione, ſi quis intervenerit pro alio, ita ut litem alterius ac defenſionem in ſe ſuſcipiat, is, pro quo litem ſuſcepit, ad interrogata adverſarii reſpondere tenetur, quoties id poſtulatum fuerit; cum & lis revera ipſius ſit, & de ſuo proprio rogetur negotio. Henr. Kinſchot *reſponſo 33. n. 1. 2.* Radelantius *Curiae Ultraject. decif. 34.* Ant. Matthæus *de judiciis diſp. 7. num. 57. 59.* Quemadmodum & dominus per procuratorem in judicio conſiſtens: adeo ut ſi adeſſe juſta ex cauſa impeditus ſit, per procuratorem, in anima domini de calumnia jurantem, ac de reſpondendis ad interrogata mandato ſpeciali inſtructum, in omnem eventum reſpondere debeat. Quod & cautum Inſtruct. Curiæ Hollandicæ *art. 128. in fine.* Brabantinæ *art. 33.* Flandricæ *art. 55.*

6. Non

6. Non etiam reſpondere quisquam in jure cogendus, cum non de proprio, ſed alieno rogatur facto; quippe cujus probabilis plerumque ignorantia eſt, *l. ſi ſine 9. §. alius 3. ff. h. t.* arg. *l. plurimum 3. ff. de juris & facti ignor.* adeo ut & filius pro patre ſuo in judicio ſubſiſtens tanquam actor, & in reconventione de patris facto interrogatus, impune taceat, nec ſilentium ejus pro confeſſione habeatur, *l. ſi filius 19. ff. h. t.* etſi verum ſit, eum in lite tunc ultra pergere non poſſe; in quantum procurator eſſe nequit, niſi & in reconventione defenſionem ſuſcipiat, *l. ſervum quoque 33. §. ait prætor 3. ff. de procurat.* & plene non defendit, qui interrogatus non reſpondet. *l. ſi ſine 9. §. Celſus 4. ff. h. t.* Similiter nec quisquam ad reſpondendum compellendus eſt, quoties de jure interrogatur; cum alia facti proprii, alia juris quæſtio ſit; ac jus finitum atque determinatum nulla indigeat adverſæ partis reſponſione, arg. *l. in omni parte 2. ff. de juris & fact. ignor. l. ornamentorum 37. ff. de auro & arg. legato.* Andr. Gayl. *libr. 1. obſ. 82. n. 13.* & quamvis apud Gaylium *d. loco num. 14.* excipiatur caſus, ubi de conſuetudine adverſarius interrogatur, eo quod illa facti eſt; vix tamen eſt, ut id admiſeris; cum quæſtio conſuetudinis non de adverſarii, ſed populi totius, adeoque alienis rebus ac factis, concipiatur. arg. *l. de quibus 32. §. 1. ff. de legibus. §. ſine ſcripto 9. Inſtit. de jure natur. gent. & civili.* Plane, ſi reus per defenſorem, mandato carentem, in judicio defendatur, defenſorem quoque de facto ejus, cujus defenſionem ſuſcepit, reſpondere oportere, quia alias plene defendere non videtur; ac vel reſponſo vel ſilentio ſuo ſibi nocere, etſi domino non noceat ob deficiens mandatum, reſponſum eſt, *l. non ſolum 39. ff. de procurator. l. ſi ſine 9. §. Celſus 4. ff. h. t.*

7. Cæterum de ſuo rogatus facto tempus ad deliberandum recte petit, ne temere reſpondeat, *l. qui interrogatur 5. ff. h. t.* Inſtructio Curiæ Brabant. *art. 36.* Flandricæ *art. 56.* eo quod reſponſione ſua ac confeſſione ſibi nocet, ſive vere ſive falſo reſponderit, eo quod ipſi fides contra ſe habetur; *l. de aetate 11. §. 1. ff. h. t.* ſi modo id, quod in confeſſionem venit, & jus & naturam recipere poſſit, *l. ſi is 14. §. 1. ff. h. t.* (exempla confeſſionum, quas jus aut natura non patitur. Vide *l. eum, qui 13. §. 1. l. ſi ſervus 16. pr. & §. 1. ff. h. t.*) adeoque, ſi ſe heredem dixerit, aut animalis vel ſervi peculii-

ve poſſeſſorem, hereditariis aut noxalibus vel de peculio actionibus conveniri poteſt, etſi vere nec heres nec poſſeſſor ſit, *l. voluit 4. l. 5. l. ſi quis 8. l. de aetate* 11. §. 1. *l.* 12. *ff. h. t.* ut tamen is, qui falſo confeſſus eſt ſe heredem eſſe, aut quid ſimile, & ex ſua confeſſione convenitur, exceptionibus ac defenſionibus, quæ inſtitutis in judicio contra reos actionibus opponuntur, uti poſſit, veluti pacti conventi, rei judicatæ, interitus rei, & cæteris; *l. ſi filius 12. §. 1. l. ſi ante 15. §. 1. ff. h. t.* imo etiam quandoque per in integrum reſtitutionem adverſus confeſſionem ſuam ex juſtiſſimi erroris cauſa juvari; veluti, ſi filius ſe patris heredem fateatur, ac poſtea prolato teſtamento exheredatus appareat; vel alius ſe heredem dixerit eſſe ex teſtamento, quod dein falſum aut irritum aut inofficioſum pronunciatum eſt. *l. de ætate* 11. *§. ex cauſa 8. & §. qui juſte 10. ff. h. t.* Maſcardus *de probat. concluſ.* 1182. *n. 14. & ſeqq.*

8. Quod ſi reſpondendo mentitus ſit, ut ſeſe liberet, ſecundum jus Romanum vulgares ſubibit mentientium pœnas; atque ita in ſolidum ſine noxæ deditione tenebitur, ſi ſe ſervi delinquentis aut animalis lædentis poſſeſſorem inficiatus ſit, *l. 1. §. interdum 15. ff. ſi quadrup. pauper. feciſſe dic.* ac poſſeſſione exuetur, ſi ſe rem per vindicationem petendam poſſidere neget, *l. ult. ff. de rei vindicat.* aut ſi minore ex parte heredem ſe dixerit, quam ei delata erat, hanc fert mendacii pœnam, quod in ſolidum convenitur, etſi ex parte tantum, ſed majore, heres ſit: niſi & hic juſta errandi cauſa veniam det: quid enim, ſi neſcit ſibi partem accreviſſe, vel ex incerta parte inſtitutus ſit? *l. de aetate* 11. *§. ſi cum 3. & 4. ff. h. t.* Interim noſtris ac aliorum moribus has mentientium pœnas in deſuetudinem abiiſſe, & eos, qui ſcientes prudentes veritatem inficiati ſuerunt, interpoſito præſertim calumniæ jurejurando, extra ordinem arbitrio judicis mulctari ſolere, notat Grœnewegen ad *l.* 11. *§. 3. ff. h. t.* & ad *l. ult. ff. de rei vind.* quem tamen in caſu *d. l. ult. ff. de rei vindicatione*, falli, ſupra *tit. de rei vindic. num. 25.* probatum eſt.

9. Silentium ejus, qui ſecundum requiſita ſuperius propoſita interrogatus reſpondere contumaciter detrectat, adverſus eum interpretationem recipit, ſic ut pro confitente habeatur, quoties ei confeſſio nocitura ac interroganti profutura eſt, adeoque tanquam heres conveniri poſſit, qui tacuit ad interrogatio

gationem, an heres fit. *l. de aetate* 11. *§. qui tacuit 4. ff. h. t. l. quotiens 18. §. ult. ff. de probationibus.* Inſtructio Curiæ Ultraject. *tit. van defauten van den gedaagde art. 6.* Brabant. *art. 36.* Flandricæ *art. 56.* Andr. Gayl. *lib. 1. obſervat. 80.* Chriſtinæus *ad Leg. Mechlinienſ. tit. 1. art. 21. num. 1.* Silentio comparatum reſponſum anceps, dubium, incertum; dum nihil intereſt, an taceat interrogatus, an obſcure reſpondeat, ut incertum dimittat interrogantem. *d. l. de aetate* 11. §. *nihil intereſt 7. ff. h. t.* Vide d. Inſtruct. Curiæ Brab. *art. 34.* Flandricæ *art. 55. in fine.* Andr. Gayl. *lib. 1. obſerv. 82. n. 7. & ſeqq.* niſi forte conſultius fuerit, urgeri ulterius reſpondentem, ut certum fateatur. arg. *l. certum. 6. §. ſi quis incertum 1. ff. de confeſſis.*

10. Quisquis autem interrogatus in jure confeſſus eſt, aut ex contumaci ſilentio pro confitente habetur, ſolis interrogantibus, non aliis jus parit; eo quod res inter alios acta aliis nec prodeſt nec nocet. *l. ſaepe 63. ff. de re judicata.* Unde, cum unus ex debitoris fiſcalis filiis, qui nec bonorum poſſeſſionem acceperat, nec heres erat, procuratori Cæſaris interroganti in jure reſpondiſſet, ſe heredem eſſe, placuit, eum a paternis creditoribus cæteris, qui in jure non interrogaſſent, ex reſponſo ſuo interrogatoria non poſſe actione conveniri. *l. ult. ff. h. t.*

11. Ex adverſo quoque, ſi ſe falſo heredem aut poſſeſſorem, aut ſervum alienum a ſe occiſum, reſponderit, atque ita actori ex tali reſponſo litem ulterius proſequenti condemnatus ſit, jure Romano veris heredibus aut poſſeſſoribus vel occidenti non prodeſt, nec facit ſolutione ſua, quo minus illi, ut veri debitores vel percuſſores, vel rei poſſeſſores, etiamnum ſuſcipere litem compellantur; cum non tam rem actori, quam potius falſi reſponſi pœnam ſolviſſe videatur; quali pœnæ præſtatione neque rei perſecutoria actio perimenda erat, neque delictum ejus qui fecit, propter eum, qui reſpondit, debebat impunitum eſſe, *l. qui ſervum 20. ff. h. t. l. ſi is, qui 7. ff. de rei vindicat.* niſi quaſi defenſor ejus, qui heres erat aut poſſeſſor, vel cædem commiſerat, reſponderit, aut ex mandato ejus; tunc enim in factum exceptione ſummovendus eſſet actor; quia ille, qui reſpondit, negotiorum vel mandati actione recepturus eſt, quod præſtitit, ac improbus eſſet, qui velit iterum conſequi, quod jam a defenſore debitoris accepit. *l. qui ſervum 20. ff. h. t.* Unde & tum demum adverſus heredem verum

rum agi posse, cum defensor, qui se liti obtulerat pro herede, solvendo non est, ex Proculi sententia Julianus respondit, *l. qui ex parte 18. ff. h. t.* Atque ita de eo, qui velut defensor intervenit, accipienda est *l. si quis dolo 51. §. 1. ff. de re judicata.* quippe cujus hæc facti species sine verborum emendatione poni potest, quod Titius, cum Mævio fundum vendidisset ac fide de pretio habita tradidisset, creditores autem Mævii in possessionem bonorum ejus ac ipsius etiam fundi emti mitterentur, missis id quod interest præstiterit pro Mævio debitore, atque ita ulteriorem impediverit missionis effectum, Mæviumque liberaverit velut defensor ejus, quo dein ipse solidum fundi venditi pretium ab eo consequi posset, non in solidum forte consecuturus, si creditores ex decreto judicis minus tempestivam feciſſent bonorum Mævii distractionem. In noxalibus tamen actionibus, solvente eo, qui se servi lædentis possessorem falso respondit, verum liberari possessorem obtinuit; quia noxales actiones præter generalia juris præcepta contra dominum dantur, ut quodammodo læso consulatur, ne in universum in damno hæreat; ut proinde, eo jam indemni præstito, ulterior actionis noxalis æquitas conspicua non sit. *l. si quis interrogatus 8. l. qui servum 20. ff. h. t.* junct. *l. 1. §. quod igitur 15. ff. de vi & vi armata. l. melior 133. ff. de reg. juris.* Neque absurdum fuerit, ex hodierni juris fundamentis in cæteris quoque casibus, solvente eo, qui liti se obtulit, veris debitoribus asserere liberationem, ut dictum *tit. de petit. heredit. n. 8.*

TITVLVS II.

DE QVIBVS REBVS AD EVNDEM IVDICEM EATVR.

SVMMARIA.

1. *Ad eundem judicem ire debent coheredes, confines, socii, contutores; legatarii & creditores hereditarii ut legis Falcidiae ratio ineatur: saepe etiam plures de liberali causa &c. item reconventione & interuentione.*
2. *Terminanda etiam apud eundem possessionis & proprietatis causa; & quid moribus?*

3. *Si*

3. *Si plures unius debiti debitores, vel coheredes nomine hereditario debentes ſub diverſis habitent judicibus inferioribus omnes tamen ſubſint uni judici ſuperiori, veluti curiae Hollandiae, omnes inferiore praeterito ad ſuperiorem vocari poſſunt apud nos.*
4. *Si ex pluribus actoribus aut reis quidam privilegiati ſint reſpectu fori, etiam non privilegiati ad eundem judicem ire, & vocari poſſunt*
5. *Hodie ex voluntate actoris aut rei quaeſtio civilis & criminalis non dividenda, ſi utraque ex uno facto oriatur.*
6. *Curatore bonis dato, ad eundem judicem ire debent omnes obaerati debitoris creditores.*

Ne dividatur cauſæ continentia, dum plures diverſis in foris agunt aut conveniuntur, omnes quandoque ad eundem judicem ire, placuit; quales ſunt ſocii, coheredes, confines, de hereditate, rebusve communibus dividundis, aut finibus regundis contendentes, *l. 1. 2. ff. h. t. l. omnes tutores 5. C. arbitrium tutelae.* uti id de coheredibus ſimilibusque dictum plenius *tit. familiae erciſc. num. 42.* de tutoribus dicetur *tit. de tutelae & ration. diſtrah.* Nec minus tunc, cum de ineunda legis Falcidiæ ratione quæſtio eſt, legatarii omnes & fideicommiſſarii, imo & creditores hereditarii, ut de ære alieno probent, ad eundem arbitrum venire jubentur. *l. 1. §. cum dicitur 6. ff. ſi cui plus quam per leg. falcid. lic. legat. eſſe dicetur.* Cauſam quoque conventionis & reconventionis per eundem judicem debere terminari; ut & cauſam ejus, qui intervenire vult in lite; traditum *tit. de judiciis num. 38. & num. 78.* Quin & in liberali ſeu ſtatus quæſtione non infrequens fuiſſe, ut ad eundem judicem ob cauſæ continentiam plures mitterentur, patet ex *l. cognitio 8. §. 1. 2. l. 9. l. ſi uſumfructum 23. §. ult. ff. de liberali cauſa.*

2. Ex eadem ratione proprietatis & poſſeſſionis cauſam apud eundem judicem terminari neceſſe fuit; cum judex, qui de poſſeſſione jam cognovit, ex parte perſpectam credatur habere cauſam proprietatis, adeoque aptus magis ad illam expeditius finiendam, *l. nulli 10. C. de judiciis.* licet enim poſſeſſioni nihil cum proprietate commune ſit, quatenus ingens eſt inter utriusque naturam pariter ac effectus differentia, *l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* in ordine tamen judiciorum ſibi invicem cohærent, in quantum finis judicii poſſeſſorii plerumque petitorii initium eſt. Confer Cujacium *libr. 2. ob-*

ſerv. cap. 35. Andr. Gayl *libr. 1. obſerv. 32. num. 11.* & de praxi Waſſenaar *pract. judic. cap. 12. 14. 15.* Sed ab hoc jure apud nos receſſum fuit, dum in Hollandiæ ſuprema Curia cauſæ quidem poſſeſſionum tractandæ ſunt; nec tamen ideo proprietatis quæſtiones iisdem de rebus ordinariorum judicum jurisdictioni, ne ſub obtentu quidem reconventionis, ſubducuntur. Inſtructio Curiæ ſupr. *art. 19.* Neoſtadius *curiae ſupr. deciſ. 127.* Groenewegen ad *d. l. 10. C. de judiciis.*

3. Similiter, ſi plures unius debiti debitores, ſub judicibus inferioribus diverſis domicilium foventes, uni communi judici ſuperiori, veluti curiæ provinciali, ſubjecti ſint, omnes ad judicem illum ſuperiorem, præteritis inferioribus, vocari poſſunt ſecundum Hollandiæ & aliorum mores, *placitum Ordin. Holl. 10. Julii 1677. in pr. vol. 3. pag. 672. in fine & 673.* Groenewegen *de leg. abrogat. h. t.* Leeuwen *cenſ. for. part. 2. libr. 1. cap. 14. num. 8.* Reſponſa Jurisc. Holl. *part. 5. conſil. 35. num. 5. pag. 127.* usque adeo, ut & tunc, cum plures ejusdem defuncti coheredes ſub diverſis judicibus inferioribus degentes pro debito hereditario conveniendi ſunt, prima vice ſimul omnes ad curiam provincialem Hollandiæ, ſi modo omnes ei ſubſint, vocari queant, etiamſi jam a rerum hereditariarum communione per diviſionem receſſiſſe proponantur. *Appendix deciſionum pag. mihi 39. in fine, & pag. 40. poſt partis tertiae volumen primum Reſponſ. Holland.* Plane, ſi quidam ex his unius debiti debitoribus aut coheredibus in alio territorio degant, ſic ut communem cum reliquis judicem haud ſortiantur, hi ad ſuum judicem ordinarium vocandi forent. arg. *l. ult. ff. de jurisdict.* junct. *l. juris ordinem 2. C. eod. tit.* Groenewegen *d. loco.*

4. Adhæc ex eodem fundamento, ne cauſæ continentia dividatur, deſcendit, quod, ſi inter plures in jus vocandos, quorum omnium eadem cauſa eſt, nonnulli privilegiati ſint, ſic ut non niſi ad tribunal ſuperius litigatum venire teneantur, propter eos & reliqui ad judicem eundem ſuperiorem vocari poſſint, etſi omnes tum privilegiati tum privilegio deſtituti ſimul in eadem degerent civitate, ac ſub eodem judice inferiore, Andr. Gayl *libr. 1. obſervat. 32. num. 2.* Reſponſa Jurisc. Holl. *part. 5. conſil. 35. num. 5.* Uti ex adverſo quoque, ſi ex pluribus actoribus, ejusdem litis conſortibus, unus privilegiatus vi ſui privilegii adverſarium ad judicem ſuperiorem citaverit,

reli-

reliquos litis ejusdem consortes non privilegiatos jungere se posse privilegiato, obtinuit, ut ita per omnes simul junctos ob causæ continentiam apud eundem judicem superiorem lis ad finem deducatur. Responsa Jurisc. Holl. *par. 5. consil. 147. in fine.*

5. Insuper quæstionem civilem & criminalem, non posse dividi, sed apud eundem judicem alterutro partium desiderante utramque debere agi, quoties utraque ex una causa vel uno facto oritur, traditum a Mynsingero *cent. 1. observ. 97.* Andr. Gayl *libr. 1. observ. 32. num. 11.* Responsf. Jurisc. Holland. *part. 5. consil. 87.* Brunnemanno ad *l. 10. C. de judiciis.*

6. Denique, curatore bonis dato, creditores omnes obærati debitoris ad universale judicium concursus ac prælationis venire debere propter causæ continentiam, licet diversis in locis morentur, & patrimonium debitoris per varia loca dispersum sit, dicetur *tit. qui potiores in pign.* Confer de causæ continentia Mindanum *de processibus executivis libr. 3.*

TITVLVS III.

DE SERVO CORRVPTO.

SVMMARIA.

1. *Quid sit actio de servo corrupto, cui, contra quem, & ad quid detur? Quid juris, si corruptio tentata, sed servus corruptus non sit?*
2. *Actio haec non infamat.*
3. *Nec mere poenalis, nec tantum rei persecutoria, sed poenalis mixta in duplum est.*
4. *Cum actione de servo corrupto concurrere potest accusatio, velut ex crimine extraordinario.*
5. *Utilis actio de servo corrupto datur, si corrupti sint mores filiif., uxoris, subditorum, monachorum, militum ad id, ut derelicta cohorte, in qua militant, alteri cohorti vel legioni nomen dent.*

Quam periculi plena res tum publice tum privatim sit morum servilium corruptio, tentatum abunde fecerunt execranda, quæ inde profluxerunt rerum novarum molimina, conspirationes, & intestina ac velut domestica in dominos bella, a servis suis dominos ipsos duris legibus, execrabili delicto distractos, habet *l. moveor. 4. C. si servus export. veneat.* Ty-

riis a ſervis Heros omnes Tyrios una tempeſtate crudeliſſime jugulatos fuiſſe, vix uno ſervato Stratone, mox incredibili latronum conſenſu in Regem electo, Juſtinus commemorat *libr. 18. cap. 3.* Et cui, quæſo, ignota ſcelerata ſervorum Romanorum in dominos audacia, quæ in nefanda tandem bella ſervilia ſemel iterum tertioque ſic erupit, ut oppida, urbes, provincias a collecto mancipiorum viliſſimorum exercitu dignisque tam infami turba ducibus oppugnatas, captas, direptas, viderimus; exutos caſtris ſuis Prætores Manlios, Lentulos, Piſones, Servilios, alios, ſæpiusque in fugam actos orbis dominos ab illis, quos ipſi per fugitivarios ex fuga reducere debuiſſent, & herili compeſcere autoritate. Florus *libr. 3. cap. 19.* Adde Livium *libr. 2. cap. 15. & ſeqq. libr. 4. cap. 45. libr. 32. cap. 26. libr. 33. cap. 22.* Non mirum ergo, ſi primis malorum tantorum principiis occurrendum mature cenſuerint Quirites, ac ſuo præcipue edicto Prætores, propoſita de ſervo corrupto actione: quæ eſt perſonalis arbitraria. arg. *l. ut tantum 14. §. 1. & pen. ff. h. t.* competens domino & ejus heredibus in perpetuum, *l. haec actio 13. ff. h. t.* non tantum, ſi manſerit in poteſtate domini, vel in hereditate; ſed & ſi exierit, forte legatus aut mortuus aut manumiſſus aut alienatus. *l. doli verbum 5. §. ult. l. 6. 7. 8. l. pen. ff. h. t.* Uti & jus pignoris, uſusfructus, aliudve ſimile habentibus, *l. ſi quis ſervum 9. §. ſi in ſervo 1. l. ut tantum 14. §. ſi is 3. & §. 4. ff. h. t.* adeo ut concurrente domino ac fructuario aut ſimilibus, directa domino, fructuario utilis actio detur. *d. l. 9. §. 1. ff. h. t.* Socio quoque ob corruptos ab altero ſocio communis ſervi mores; licet & pro ſocio & communi dividundo actio tunc locum habeat. *d. l. ſi quis ſervum 9. pr. ff. h. t.* Non tamen bonæ fidei poſſeſſori. *l. 1. §. 1. ff. h. t.* Adde Ant. Fabrum *rational. ad d. l. 1. §. 1. ff. h. t.* Contra eum, qui mores ſervi dolo corrupit, ſervum recipiendo, aut ei quid perſuadendo, quo ipſum faceret deteriorem, aut ſollicitando, aut jam malum hortando, inſtigando, laudando, malitiæ augendæ cauſa, aliisque modis pluribus recenſitis in *l. 1. pr. §. 2. 3. 4. 5. l. 2. 3. ff. h. t. l. adverſus 4. C. de furtis & ſervo corrupto.* etiam adverſus mulierculas, apud quas ſervi noſtri cum tempore pecunias ſimul conſumunt. *l. pen. ff. h. t.* Nec intereſt, utrum corrumpens extraneus ſit, an dominus aut fructuarius ſervi corrupti, aut creditor, cui ſervus fuit pignori obligatus. *l. ſi quis ſervum 9. §. 1. l. ut tantum 14. §. ſi is, in quo*

3. &

3. & 4. ff. h. t. vel putaverit hominem esse liberum, cujus mores corrumpebat, *d. doli 5. §. 1. ff. h. t.* licet ex opposito non detur contra eum, qui hominem liberum corrupit quem putabat servum esse, *l. 1. §. 1. ff. h. t.* nec contra eum, qui dolo caret, veluti si ex misericordia vel humanitate servum alienum receperit; *l. doli 5. in princ. ff. h. t.* (quo tamen casu ob culpam ex capite secundo legis Aquiliæ agi posse, probatum *tit. ad leg. Aquil. num. 4.*) nec contra parentem aut patronum; *l. parens 5. §. 1. l. 6. 7. ff. de obsequ. parent. & patron. praestandis.* nec contra bonæ fidei possessorem; quippe qui dolo caret; *l. 1. §. 1. ff. h. t.* nec contra corrumpentis heredes. *l. haec actio* 13. *ff. h. t.* Agitur vero ad id ut præstetur duplum, non servi totius, sed damni corrumpendo dati, & rerum, quas servus fugiendo secum abstulit, *l. si quis 9. §. pen. & ult. l.* 10. *l. ut tantum* 14. *§. in hac 5. ff. h. t.* aut in quibus damnum dedit: *l. ut tantum* 14. *§. his 6. & 7. ff. h. t.* non tamen rerum, quas, dum in fuga servus erat, furto abstulit, aut in quibus postea quadam quasi consuetudine peccavit. *l. Neratius* 11. *pr. & §. 1. ff. h. t.* Plane si uxor servum corruperit, ob matrimonii reverentiam exemplo actionis rerum amotarum non in duplum sed simplum hæc actio est, *l. ult. ff. h. t.* & qui reipublicæ servum sollicitavit, cum eo alterum tantum restituere, & duodecim solidos præstare tenetur; *l. mancipia 5. C. de servis fugitivis.* quod si tentata quidem corruptio fuerit, & malevolum appareat ad probitatis servilis perniciem propositum, servus autem deterior factus non sit, actionem de servo corrupto cessare necesse est, eo quod nullum, quod dupletur, damnum apparet arg. *d. l.* 14. *§. in hac 5. ff. h. t.* Firmatque hanc sententiam exceptio contra communes regulas in eo, qui servo alieno suasit, ut is domino proprio furtum faceret, cujus furti faciendi pronior faciliorque, quam alterius delicti, occasio est. Vide *§. sed & si credat 8. Inst. de oblig. quae ex delicto l. si quis servo 20. C. de furtis & servo corrupto.*

2. Cæterum hæc actio non infamat. *l. parens 5. §. sed nec 1. l. 6. & 7. ff. de obsequiis parent. & patr. praestandis.* Licet enim turpis actio dicatur, *l. nec quicquam 56. ff. pro socio.* quatenus scilicet doli vel fraudis mentionem habet: non tamen ideo infamans est; pluresque turpes, famosæ pauciores actiones sunt. Et quod prætor dicitur *notare* calliditatem ejus, qui corrupit, *l. dolo malo 3. ff. h. t.* eo ipso non infamiæ nota in-

telligitur; ſed magis, quod prætor coercet calliditatem corrumpentis, ſic ut ſine dolo malo corrumpens non *teneatur*, ut in *d. l. 3.* JCtus ait. Ita enim *notare* in jure noſtro non ſemper eſt, infamare, ſed quandoque idem ſignificat, quod *reprehendere & improbare. l. metum autem 9. §. ult. ff. quod metus cauſa l. Titia filiam 13. in fine ff. de inoff. teſtam.* atque etiam *coercere* ac *punire*: quo ſenſu exheredationes dicuntur non ſemper *nota cauſa fieri;* id eſt, non ſemper ad coercendam ingratitudinem filii exheredati, ac puniendam hereditatis ademtione. *l. multi 18. ff. de liberis & poſthumis. l. Paulus reſpondit 47. ff. de bonis libert.*

3. Non etiam mere pœnalis eſt, ut præter duplum ſupereſſet rei perſecutio, ſed pœnalis mixta, ut duplo inſit ipſa res. *l. ut tantum* 14. §. *in hac 5. ff. h. t.* Multo minus tantum rei perſecutoria: neque id dictat *l. haec actio* 13. §. 1. *l.* 14. *ff. h. t.* cum ibi hæc actio non aſſimiletur hereditatis petitioni, ſed magis petitio huic actioni de ſervo corrupto: ſic ut & ipſa hereditatis petitio hoc caſu pœnalis mixta in duplum ſit. Nec adverſatur hisce, quod, ubi cum petitione hereditatis concurrit ex lege Aquilia actio, quæ ex inficiatione in duplum creverat, petitio tamen hereditatis tantum in ſimplum detur. *l. item veniunt 20. §. cum praediximus 4. ff. de petit. hered.* Etenim in ſimplum tantum eſt tunc hereditatis petitio, quia & ex lege Aquilia actio ſecundum ordinariam ſui naturam in ſimplum tantum comparata eſt, ex inficiatione, adeoque novo quodam delicto, demum in duplum. Quo modo etiam, ſi actio in factum ex jurejurando detur in cauſis illis, in quibus ex inficiatione in duplum lis creſcit, tamen hæc in factum actio, ſeu adjectitia qualitas, non in duplum ſed ſimplum eſt. *l. eum, qui 30. ff. de jurejurando.* At de ſervo corrupto actio ſemper ex ſua natura in duplum eſt; ut proinde & in duplum eſſe debeat petitio hereditatis illis in caſibus, quibus huic actioni aſſimilatur.

4. Concurrere vero cum hac actione poteſt etiam accuſatio, velut ex crimine extraordinario; *l. in eum 5. ff. de extraord. crimin.* maxime, ſi actor ſeu diſpenſator rerum dominicarum corruptus eſſe dicatur, vel hujusmodi ſervus, ut non ad ſolam jacturam adverſus ſubſtantiam, ſed ad totius domus everſionem pertineat. *l. ult. ff. de offic. praefidis.*

5. Eſt

5. Est & actio utilis de servo corrupto, patri accommodata ob corruptos mores filiifamilias vel filiæf. adversus corrumpentem, secundum ea, quæ de servis supra dicta: in id quod interest animum liberorum non esse corruptum, integrumque mansisse domus famam ac dignitatem, sine luxuria, protervia, stuprorum ignominia, aliisque similibus. *l. ut tantum 14. §. de filio 1. ff. h. t.* quæ & ad maritum videtur extendenda propter corruptos uxoris mores agere volentem, ad exemplum interdicti de liberis exhibendis, patri competentis, sed ad maritum producti, arg. *l. imo magis 2. ff. de liberis exhibendis.* atque insuper ad corruptos subditorum, monachorum, aliorumque similium mores ab interpretibus non inepte invenitur translata. Nec dubium, quin huc quoque reducendi sint præfecti militares, aliique similes, si alterius cohortis milites in id corrumpant, ut derelicta cohorte, in qua militarunt, alterius cohorti, turmæ, vel legioni se adscribi patiantur. Quos etiam ob id cinguli militaris privatione, ac corporali pœna coercendos esse, in Belgio foederato constitutum est, *7. Febr. 1673. 16. Febr. 1674.* & *29. Dec. 1674. vol. 3. placit. Holl. pag. 170. 184. 188.*

TITVLVS IV.

DE FVGITIVIS.

SVMMARIA.

1. *Qui dicantur fugitivi; qui pro talibus non habeantur; quomodo fugitivus distet ab errone?*
2. *Quid sint* fugitivarii, *quid* indicium?
3. *Quis, & quo modo servum fugitivum comprehendere possit? quo modo latitans fugitivus inquiri?*
4. *Quo modo coerceantur, qui dolo fugitivum occultarunt? quo modo ipsi fugitivi?*
5. *Iura de fugitivis transferri possunt ad damnatos ad triremes aut ergastula, si evaserunt; ad uxores, libros homines proprios fugientes aut latitantes; ad subditos, qui contra Principum interdicta alteri populo operam navant; ad milites, qui a praefecto nondum missi, nomen alteri cohorti dant.*
6. *Parentes cognatos vicos aut pagos unde oriundi milites, non posse inquietari ob id, quod milites fugiunt aut latitant.*

Quia

Quia ſuadendo fugam ſervis ſerviles mores corrumpuntur, ordo deſiderabat, ut de *fugitivis* ageretur, quales ſunt, qui fugæ cauſa extra domum domini morantur, ea mente, ne redeant; etiamſi mutato forte conſilio ad eum revertantur; animus enim primus non redeundi nocentes facit: unde fugitivus non eſt ille, in quo mens talis non apparet, quales ſunt, qui fugiunt dominum iratum, quoad iracundia deferbuerit; quique confugiunt ad ſtatuas Principum aut aſyla, ut dominus eos vendere jubeatur; & qui plagas domini metuentes ad amicum pro ſe deprecaturum ſeſe proripuerunt. *l. quis ſit. 17. pr. & §§. ſeqq. ad §. 14. l. bovem 43. qui ad amicum 1. ff. de aedilit. edict. l. fugitivus 225. ff. de verb. ſignif.* Per hanc vero mentem non redeundi diſtincti fuerunt fugitivi ab *erronibus*, qui non quidem fugiunt, ſed frequenter ſine cauſa vagantur, & temporibus in res nugatorias conſumtis ſerius domum redeunt; *d. l. quis ſit 17. §. erronem 14. & ſeqq. ff. de aedilitio edicto.* licet in hoc titulo ſub fugitivo & erronem comprehendi, Ulpianus ſcribat. *l. 1. §. fugitivum 5. ff. h. t.*

2. Fugitivorum occaſione *fugitivarii* erant, qui fugitivos inquirebant & dominis indicabant, aut ad eos reducebant; pro quo *indicium*, id eſt præmium aliquod ſeu mercedem accipere poterant aut paciſci. *l. ſolent 15. l. ſi apud te 18. ff. de praeſcript. verbis. l. idem 4. §. ult. ff. de condict. ob turp. cauſam.* quorum & Florus meminit *libr. 3. cap. 19.* cum de bellis ſervilibus ac ſervorum in dominos victoriis agens, ait, *itaque qui per fugitivarios diſtrahi debuiſſent, praetorios duces profugos ipſi ſequebantur.* Adde Cujacium *libr. 11. obſervat. cap. 18.*

3. Quamvis autem nemo fugitivum alienum indicare, detegere, aut apprehendere teneatur, *l. qui vas 48. §. qui furem 1. l. furtum non committit. 62. ff. de furtis.* tamen unusquisque, qui fugitivum apprehendit, in publicum deducere debet, id eſt, vel magiſtratibus municipalibus vel publicis miniſteriis tradere, diligenter etiam vinculis cuſtodiendum, ne evadat; donec ad præfectum vigilum vel præſidem deducatur, & ejus nomen ac notæ, & cujus ſe eſſe dicat, ad magiſtratus deferantur, quo facilius dignoſcatur per dominum ac recipiatur, *l. 1. §. 3. 4. 6. 7. 8. l. 4. ff. h. t.* a nullo apprehenſum fugitivum ſed latitantem requirere dominus poteſt, atque etiam publica munitus autoritate, puta literis præſidis, quandoque & apparitore, facultatem habet ingrediendi tam Cæſaris quam ſena-

ſenatorum & paganorum prædia, ſcrutandique cubilia atque veſtigia occultantium; mulcta centum ſolidorum impoſita tum magiſtratibus minoribus ac militibus ſtationariis, qui, literis acceptis, inquirentes non adjuvant, tum illis, qui quæri apud ſe prohibent. *l. 1. §. hoc autem 2. l. divus 3. ff. h. t.*

4. Cæterum, uti fugitivi furtum ſui faciunt dominis per fugam, *l. 1. C. de ſervis fugitivis.* ita quoque qui ſervos fugitivos dolo malo ſcientes prudentesque celarunt, furti, ex jure Pandectarum, tenentur, *l. 1. pr. ff. h. t. l. qui vas 48. §. qui furem 1. ff. de furtis.* ſed jure novo celantium pœna eſt quod ſervum fugitivum, ſi fiſcalis ſit, cum duodecim argenti libris fiſco reſtituere; ſin privatorum fuerit, cum altero tali vel ſolidis viginti repræſentare domino compellantur; & cum duobus aliis, aut ſolidis quadraginta ob repetitam occultationem; æſtimatione judicis caſtigandi corporaliter, ſi ſolvendo non ſint. *l. quicunque 4. l. pen. C. de ſervis fugitivis.* Ut tamen a pœnis hiſce excuſandi ſint, qui non dolo ſed errore probabili ducti receperunt vel occultarunt, cum putarent liberum eſſe; quique vel humanitate vel miſericordia moti, vel ut domino cuſtodirent. *l. doli verbum 5. ff. de ſervo corrupto. l. quicunque 4. in med. C. h. t. de ſervis fugitivis.* Nec fugitivorum reſtitutionem impedit, quod in arenam ſeſe dederint. *l. ult. ff. h. t.* Et, ſi ſimplices fugitivi ſint, etiam ſimpliciter dominis ſine alia coercitione publica videntur reddendi; ſin pro liberis ſe geſſerint, gravius coercendi. *l. fugitivi 2. ff. h. t.* junct. *l. ſi quis dicat 5. ff. de manumiſſionibus.* ſi ad barbaros transeuntes deprehendantur, eos aut pede amputato debilitari, aut metallo dari, aut alia extraordinaria affici pœna, conſtitutum eſt, *l. ſi fugitivi 3. C. de ſervis fugitivis.*

5. Dicta hactenus de fugitivis non inepte noſtris ac aliorum moribus ad eos tranſtuleris, qui ad triremes damnati inde aufugerunt; aut ergaſteriis publicis incluſi eruperunt evaſeruntque; nec non ad monachos monaſteria deſerentes; ad liberos, uxores, homines proprios, a parentibus, maritis, dominis profugos. Perezius *ad tit. Cod. de ſervis fugitivis num. ult.* Sed & ad ſubditos, qui contra manifeſtas Principum ſuorum prohibitiones territorium egrediuntur, ut vel nomen militiæ peregrinæ dent, vel alteri Principi aut populo ſuam operam aut artificium in patriæ propriæ præjudicium addicant, veluti ad exercendam navium fabricam, balænarum capturam, navigationem

tionem in Indias, civium propriorum deprædationes terra marique instituendas; contra quos placita plura per Fœderati Belgii Ordines concepta vide *vol. 2. placitor. Holland. libr. 4. tit. 13. pag. 291. & seqq. ad pag. 315.* & *vol. 3. pag. 242. & seqq.* item *Artikel-Brief van d'Oft Indische Compagnie art. 29. d. vol. 3. pag. 1314.* insuper ad milites illos, qui alteri centurioni nomina sua dederunt, antequam essent a priore dimissi; de quibus leges militares, vulgo, *Militairen Artikel-Brief 13. August. anni 1590. art. 16. 17. 50. 70. vol. 2. placit. Holl. pag. 172. 173. 176. 178.* & varia placita congesta *vol. 2. placit. Holl. libr. 4. tit.* 12. *part.* 1. *pag. 274. & seqq. ad pag. 287.* præsertim *placitum Ordin. general. 3. Novembris anno* 1601. *vol. 2. pag. 2243.*

6. Illud interim haud prætermittendum, illos quidem ipsos, qui post nomen militiæ datum militare nolunt, sed fugiunt aut latitant, coercendos esse; at eo nomine neque parentes fugientium aut latitantium, neque vicos aut pagos, quorum incolæ fuerunt, præfectis militaribus ullo modo teneri; secundum placitum Ordinum Generalium 4. *Augusti anni* 1603. *saepius deinde renovatum art. 6. vol. 2. placit. Holland. pag.* 114.

TITVLVS V.

DE ALEATORIBVS.

SVMMARIA.

1. *Quales ludi liciti fuerint apud Romanos, & quantum potuerit hisce maximum esse victoriae praemium ex sponsione?*
2. *Illicitus est aleae ludus, & similes. Valet promissio, qua quis se obligat ad id, ne alea ludat, & poenam pollicetur, si luserit.*
3. *Quae poenae sint aleatorum, & aleatores recipientium? an ipsis impune furtum injuria fiat? an & per quos condici possit, quod in alea amissum?*
4. *Quae sit poena cogentium ad ludendum, vel instigantium filiosfam. alienos; & de non praestanda evictione rei in alea venditae. An tertius, qui ludenti mutuam dedit pecuniam, repetere mutuum possit?*
5. *Quid si mutuum numeraverit collusor ipse, vel aleatorum receptator?*

6. *Quid*

6. *Quid moribus obtineat circa poenas aleatorum? An & quando hodie amissa in alea repeti possint?*
7. *Amissa in alea, sed necdum soluta, an peti possint, si victus victori expromissores aut fidejussores aut pignora dederit?*
8. *Quae in colludentibus obtinent, etiam locum habent in iis, qui de ludentium victoria sponsiones ineunt; & in genere, quid jure Romano circa sponsiones obtineat?*
9. *Si praemium sponsionis apud tertium depositum sit & victori redditum, an repeti possit? &, quid si necdum redditum sit victori, vel nondum victor appareat, an repetere quisque invito altero possit, quae ita deposuit?*
10. *De urnis seu ollis fortunae* (Loteryen) *& sponsionibus antiquis judicialibus; & qui sint videndi de aleatoribus?*

Ludi apud Romanos alii liciti fuerunt, alii illiciti. Liciti, in quibus ars dominatur, ac de virtute certamen est; quales quinque recenset Imperator in *l. 1. & ult. C. h. t.* puta, monobolon, contomonobolon, quintanum contacem sine fibula, perichyten, & hippicen. Quod & Paulus jurisconsultus fere expressit, cum ait, licitum fuisse ex senatusconsulto certare *hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, l. solent 2. §. 1. ff. h. t.* Nec dubium, quin pleraque hæc ludorum genera, a Græcis primitus adinventa, a Virgilio magna ex parte in libro 5. Æneidos delineata Romam deinde translata fuerint; dum memoriæ proditum, Herculem ante Romam conditam ludos Olympiacos instituisse singulis quinquenniis repetendos, ut Græciæ juventus sese exerceret cæstibus, cursu, saltu, disco, & palæstra, continuato quinque diebus certamine, ac victoribus olea coronatis; quibus & hic honor habebatur, ut sublimes currui insidentes, non per portam, sed per murorum dejectorum ruinas patriam intrarent. Confer Demsterum *in notis ad Rosini antiquit. libr. 5. cap. 1.* Natalem comitem *mythologiae libr. 5. cap. 1. 2. 3. 4.* His itaque certare ludis uti turpe habitum non fuit; ita & præmium victoriæ proponere, & in pecuniam, vel in id quod in convivio vescendi causa ponitur, ludere, adeoque de victoria sponsionem inire legibus variis permissum legimus, *d. l. solent. 2. §. 1. l. 3. l. 4. pr. ff. h. t.* dummodo secundum jus novum in singulas commissiones, seu singulos congressus aut vices, non ultra so-

lidum

lidum unum a ditioribus colluſoribus deponatur, ab aliis longe minus: *l. 1. in fine. l. ult. in med. C. h. t.* nam ſi in immodicam pecuniam luſum fuerit, amiſſum repeti poteſt, promiſſum peti nequit. *d. l. 1. in fin. C. h. t.* Quo fundamento reum, etiam contumaciter ſe non ſiſtentem, cum ut victus ex ludo *ſcachorum* ſeu regio in magnam quantitatem a victore conveniretur, abſolutum fuiſſe ſententia judicis, commemorat Joſephus de Seſſe *deciſ. Arragoniae 144. num. 11. & ſeqq. & in motivis ſubjunctis.* Adde ſtatuta Antwerpienſia *tit. 54. art. ult.*

2. Illiciti ludi ſunt, in quibus ſors prædominatur, nec pro virtute certamen ſit; qualis eſt alearum, & ſimilium ei affinium. *l. in quibus 3. ff. h. t. l. 1. l. ult. C. h. t. l. ult. §. 1. C. de epiſcop. audient.* Etſi enim in rebus ſeriis inſignis ſæpe ac neceſſarius probatusque ſortium uſus fuerit, *§. optionis 23. Inſtit. de legatis. l. ult. in pr. C. commun. de legatis. l. ſed cum ambo 14. ff. de judiciis.* etiam in ipſis judicibus ex decuriis eligendis (confer Polletum *hiſtoria fori Romani libr. 5. cap. 7. fere in pr.*) tamen extra neceſſitatem per jocum luſumque abuti ſorte, variis ex cauſis probroſum habitum. *d. l. 1. et ult.* Unde & animi vitiis adnumeratum a Juriſconſultis Romanis aleatorem eſſe; æque ac turpe creditum, vinarium quem, aut guloſum exiſtere, aut impoſtorem, aut mendacem, aut litigioſum. *l. ob quae 4. §. item. 2. l. aediles 25. §. hoc autem 6. ff. de aedilit. edict.* Ut proinde validæ cenſeri debeant omnes illæ conventiones, quibus id agitur, ut a ludis hujusmodi improbatis abſtineatur; veluti, ſi alteri quis certam promiſerit pecuniæ quantitatem aut rem velut pœnam, ſi aliquando alea luſerit. Si enim licitæ ſint ſtipulationes pœnales circa negotia & facta, quæ natura ſua nec honeſta nec turpia, ſed moraliter, ut loquuntur, indifferentia ſunt, ad id ne fiant, & pœna ſolvatur ſi facta ſint, §. *ult. Inſtit. de verbor. obligat.* longe magis probandæ fuerint, ſi interponantur pro arcendis iis, quæ aut naturali aut civili ratione turpia habita legibusque interdicta. Nam & cum mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, ſtipulata eſſe ducenta, *ſi concubinae tempore matrimonii conſuetudinem repetiiſſet;* reſponſum fuit, nihil cauſæ eſſe, cur ex ſtipulatione, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam adſequi non poſſet, *l. ex ea parte 121. §. mulier 1. ff. de verbor. oblig.* Quibus non contradicit Ulpianus, cum ait, ſi ob maleficium, *ne fiat*, promiſſum ſit, nullam eſſe

esse ex hac conventione obligationem, *l. jurisgentium 7. §. si ob maleficium 3. ff. de pactis.* cum non alius istorum verborum sensus sit, quam quod obligatio nulla nascatur ex ea conventione, qua quis alteri promisit dare, si is, cui facta promissio, a maleficio abstineret, veluti, quando Titius Mævio centum promittit, ne is sacrilegium aut furtum faciat, neve hominem occidat. Nec mirum, cum & datorum repetitio tali in casu per condictionem ex turpi causa a jure concessa sit, autore ipso Ulpiano in *l. ut puta 2. ff. de condict. ob turpem causam.* Johan. Rapon. *libr. 10. tit. 1. arrest. 1. in notis; & in appendice arrest. 1.*

3. Cæterum variæ per leges Romanas pœnæ in odium aleatorum constitutæ sunt: nam qui domum præbuit ad ludendum, si eo tempore furtum ei domi suæ factum sit, vel ubicunque & quandocunque fuerit pulsatus, verberatus, injuriatus, damnumve passus, sive a lusoribus, sive ab aliis, nec pœnalem nec rei persecutoriam eo nomine actionem habet. Collusoribus tamen hæc passis actiones haud denegatæ; quamvis & hi indigni videantur. *l. 1. pr. & §. 1. 2 3. ff. h. t.* Nec est, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, si certiorem sequamur rationem, id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus præbebant occasionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam ejus, non sufficeret prætor cæterique magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem autoritate publica per edictum prætoris fuerunt armati: eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac præcipue in *l. ult. ff. quod quisque juris in alterum statuerit.* Insuper domus, in qua lusum est, publicatur, *l. ult. C. h. t.* pecunia in alea amissa non exigitur, sed potius data super aleæ ludo cautio irrita est ac condici potest; qui & id, quod ex alea jam solutum fuit, repeti per ludentem, aut heredes ejus, ut & per patrem vel dominum ejus, qui in alea amisit; vel per fiscum aut episcopum vel præsidem, erogaturum recuperata in publicos usus; vel denique per quemlibet ex populo intra annos quinquaginta, *l. ult. §. 1. ff. h. t. l. 1. l. ult. C. h. t.* ita ut non modo victor ipse, sed & heredes ejus ad restitutionem compellendi sint, *d. l. 1. C. h. t.* pater etiam ac dominus filiifamilias aut servi victoris, saltem quatenus ex eo lucro turpi in peculio est. *d. l. ult. §. 1. ff. h. t.*

4. Adhæc cogens alterum ad ludendum, ſive ab initio, ſive dum victus victorem retinet, extra ordinem coercendus eſt, ita ut vel pecuniaria mulctetur mulcta, vel in latumias aut vincula publica ducatur, prætoris arbitrio. *l. 1. §. ult. l. 2. ff. h. t.* Sed & inſtigans ſervum aut filiumfamilias ad ludendum patri vel domino injuriarum tenetur, vel ſervi corrupti actione. *l. ſi quis ſervum 26. ff. de injuriis.* Denique ſi aleator in alea rem vendat, & evicta re conveniatur, emtorem exceptione venditionis in alea contractæ poteſt ſummovere. *l. ſi filiofamilias 2. §. 1. ff. quarum rer. act. non datur. l. in exceptionibus 19. §. ult. ff. de probation.* Plane, ſi quis ludenti mutuam in alea dederit pecuniam ludendi cauſa, mutuum repetere nuſpiam in jure noſtro prohibetur: & repetitionem iſtius mutui ſuadet argumentum ex *l. quod ſi ſervus 3. §. nec non 6. ff. de in rem verſo.* ubi in rem domini verſum Labeo ait, quod mutuatus ſervus domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel ſi quid ad delicias, vel ſi quid ad turpes ſumtus ſubminiſtravit; eo quod non ſpectamus, an bono domini ceſſerit, quod conſumtum eſt, ſed an in negotium domini. Si enim de in rem verſo actio detur, cum pecunia ſervo credita ad turpes ſumtus domino per ſervum ſubminiſtrata eſt, quidni & directa competeret ex mutuo condictio, ubi domino ſine intermedio ſervi miniſterio in turpem aleæ ludum mutuum datum eſt? Facit quoque eo, quod in *d. l. 2. §. 1. ff. quarum rerum actio non datur*, emtio in alea celebrata haudquaquam irrita dicitur, ſed potius firma eſſe ac valida ſupponitur; ac ſola de evictione actio emtori denegatur; quæ denegatio actionis de evictione inanis omnino fuiſſet, ſi non ſubſtitiſſet venditio in alea contracta; cum in eo caſu, quo emtio nulla eſt, diſputatio quoque de evictione ac lis nulla eſſe queat. Tuenturque hanc ſententiam Parladorius *rerum quotidianar. libr. 2. cap. 7. num. 12. 13.* Carpzovius *practica criminali part. 3. quaeſt. 134. num. 27.* Berlichius *deciſ. 66. num. 6.* (diſſentit Grœnewegen *de ll. abrog. ad Pand. h. t. num. 6.*) Nec recte in contrarium adducitur *l. ſi quis cum ſciret. 8. ff. pro emtore.* in qua Julianus improbare videtur emtionem ab eo factam, qui pretium numeravit venditori, cum ſciret ipſum id mox ſcorto daturum, quando ait; *ſi quis, cum ſciret, venditorem ſtatim pecuniam conſumturum, ſervos ab eo emiſſet, plerique reſponderunt, eum nihilominus bonae fidei emtorem eſſe; idque verius eſt: quo modo enim*

mala

mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte & is, qui a luxurioso & protinus scorto daturo pecuniam servos emerit, non usucapiet. Etenim verba posteriora non tam priorum restrictionem continent, aut quandam exceptionem, sed magis præcedentium confirmationem; ut ita sensus legis sit, bonæ fidei emtorem esse & eum, qui scit, venditorem statim pecuniam consumturum; non enim posse videri mala fide emisse, qui a domino emit: nisi quis simul vellet contendere, eum malæ fidei possessorem esse, ideoque nec usucapere posse, qui servos emit a luxurioso & protinus scortis pecuniam daturo; quod tamen falsum est; eo quod sola rei alienæ conscientia, non item pravi corruptique venditoris mores, emtorem efficiunt malæ fidei possessorem. Atque hinc illud tanquam singulare fuit adnotatum in minore, quod ille adversus venditionem rerum a se factam restitutus, emtori reddere pretium non tenetur, si is tunc numeraverit, cum eum perditurum non ignoraret: sicut etiam contingit in ea pecunia, quæ minori consumturo credita est, vel meretrici ex mandato adolescentis luxurioси numerata; ut fere ait Paulus in *l. quod si minor 24. §. sed & si 4. ff. de minor. 25. annis* & Ulpianus *l. si vero 12. §. si adolescens 11. ff. mandati.* Neque ab usu jurisconsultorum nostrorum, aut auctorum probatorum alienum est, phrasiologiam illam *nisi forte & is*, in *d. l. 8. ff. pro emtore* occurrentem non restringendi sed illustrandi ac magis urgendi causa usurpare, ut id a Celso factum in *l. Labeo 7. §. ult. in fine ff. de supellectile legata.* & pluribus docetur a Parladorio *rerum quotidianarum libr. 2. cap. 7. n. 13.*

5. Hæc ita, si tertius quis aleatori in ludum mutuam numeraverit pecuniam, nec lex municipalis aut consuetudo constans contrarium induxerit, uti id Antwerpiæ invaluisse constat, *consuet. Antwerp. tit. 54. art. 19.* Quod si a colluctore victore id factum sit, sive directo, sive per interpositam personam, vel etiam a colludentium receptatore, repetitionem talis crediti cessare, frequentius interpretibus placuisse video. Paris de Puteo *tractatu de dolo num. 15. & seqq. ad num. 21.* Caccialupus *de ludo quæst. 8.* Stephanus Costa *de ludo sexto articulo principali.* Parladorius *rerum quotidian. libr. 2. cap. 7. num. 14. & seqq.* Berlichius *decis. 66.*

6. Hodiernis tamen moribus vulgo non tantum aleæ aut aleatorum odium est; (nisi quod advertendam rixarum occasionem vetitum est sub pœnæ arbitrariæ comminatione, ne quis aleam

aliave ſimilia aleæ ad ludendum inſtrumenta in navem bellicam inferre ſuſtineat, *Artikel Brif rakende den oorlog ter Zee 1. Dec. 1690. artic. 36.*) adeoque nec tanto excipiuntur rigore aleatores aut eorum ſuſceptores, atque quidem jure civili. Nam neque domus nunc publicari ſolet, nec impune ſuſceptori aleatorum injuria vel furtum fit, teſte Groenewegio ad *l. 1. ff. h. t.* Manente interim eadem, quæ quondam, turpitudine; etiam illis ipſis in locis, quorum incolis olim ex privilegio permiſſus legitur aleæ ludus; uti id Delphenſibus & Monachodamenſibus ex Comitum Hollandiæ conceſſione licuiſſe, refert Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr. 3. cap. 3. num.* 116. ibique Groenewegen *in notis.* Quo fit, ut nunc, quicquid in alea amiſſum quidem at necdum ſolutum eſt, exactionem non habeat, nec de eo jus dicatur; & ex adverſo quoque repetitio ejus, quod in alea amiſſum ac ſolutum eſt, haud indulgeatur; adeoque nunc illud obtineat in aleatoribus, quod jure communi Romano extra aleæ odium ſervatum fuit in caſu, quo par promittentis & ſtipulantis, vel dantis & accipientis turpitudo erat, (uti revera etiam in colluſoribus turpitudo æqualis eſt) meliorem nempe pari in turpitudine poſſidentis quam petentis aut repetentis conditionem, eſſe; nec ex turpi cauſa promiſſi petitionem, nec ſoluti repetitionem dari. *l. penult. ff. de condict. ob turpem cauſam.* conſuetudines Antwerpiæ *tit. 54 art. 17.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 3. num. 117.* Neoſtadius *Curiae Holland. deciſ. 58.* Carpzovius *practica criminali part. 3. quaeſt. 134. num. 26.* Joſephus de Seſſe *deciſ. Arragoniae 144. num. 20. & num. 31. & ſeqq.* Groenewegen *de ll. abrogatis ad Pand. h. t. num. 1. 2.* Eo excepto, quod in Indiam orientalem aut occidentalem navigantibus repetitio ejus, quod alea in navi amiſſum eſt, Ordinum generalium placito non uno invenitur conceſſa. *Artikel-Brief van de Ooſt-Indiſche Compagnie anno 1658. art. 77. 78. vol. 2. placitor. pag. 1298.* item *anno 1672. art. 77. 78. vol. 3. pag. 1320.* item *Arttkel-Brief van de Weſt-Indiſche Compagnie anno 1675. art. 46. vol. 3. pag. 1351.* Quodque conſuetudines Antwerpienſes ſolutum repoſci permittunt, quoties non numerata pecunia, ſed veſtes aut res aliæ, certo pretio æſtimatæ, in alea ſunt poſitæ & amiſſæ *tit. 54. art. 18.* Quo modo & olim Leydæ atque Amſtelodami jus fuit, ludentem ipſum ac uxorem ejus & conſanguineos condicere potuiſſe, quicquid ul-

tra

tra argenti unciam aut æstimationem ejus alea perdidisset; teste Grotio *Manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 3. num. 118. 119.* & Groenewegio *ibidem in notis.* Sane si fallitas in ludo commissa, ac per hoc victoria obtenta probetur, vix est, ut non quibuscunque aleatoribus, sive in pecuniam sive in res alias quascunque ludentibus, repetitio concedatur; quasi non tunc par sit colludentium turpitudo, ac propterea nec melior esse debeat conditio victoris possidentis, tum ludi probrosi tum falsitatis & doli opprobrio laborantis; dum sola ludi turpitudo in victo apparet. Groenewegen *de leg. abrog. ad Pand. h. t. num. 3.*

7. Neque obligationi amissorum in alea necdum solutorum, sed tantum promissorum, de quibus victo fidem victor habuit, firmitatem addet, quod forte aleator fidejussores, aut pignora vel expromissores dederit collusori vincenti in quantitatis amissæ securitatem: cum enim tota principalis obligatio ex alea descendens senatusconsulto Romano moribusque improbata sit, *l. solent 2. §. 1. ff. h. t.* nec pignus accessorium tenere debet, nec in fidejussores aliosque similes efficax actio danda est; sed potius repetendi pignoris licentia concedenda, etiam non soluto eo, quod amissum erat; idque argumento eorum, quæ de mulieris intercedentis fidejussoribus pignoribusque datis tradita inveniuntur, *l. si mulier 16. §. 1. l. ult. §. si mulier 1. ff. ad Senatusconsc. Vellejanum.* Statut. Antwerpiens. *tit. 54. art. 20.* Parladorius *rerum quotid. libr. 2. cap. 7. num. ult.* Ant. Matthæus *de auctionibus libr. 1. cap. 19. n. 75.*

8. Quæ de datis aut promissis per colludentes dicta, ad eos quoque pertinent, qui de horum colludentium victoria sponsionem datione vel promissione iniverunt. Quamvis enim Christinæo *vol. 2. decis. 93.* Zypæo *in notitia juris Belgici, libr. 3. tit. ult. de religiosis & aleae ludo.* aliisque placuerit, sponsiones illas haud improbatas esse, quasi eo ipso contrahi censeretur emtio periculi, ac constitui periculi pretium, juxta *l. periculi pretium 5. ff. de nautico foenore.* tamen penitius verba d. legis quintæ excutienti non potest non contraria opinio magis probari; eo quod ita demum periculi pretium constitui ibidem permittitur, *si modo in aleae speciem non cadat;* cadit autem procul dubio in aleæ speciem sponsio super ipso aleæ ludo ac incerto ejus fortuitoque eventu facta; adeoque inhonesta plane hujus sponsionis causa est, sponsionem efficacem esse non

finens. *l. si gratuitam* 17. *§. ult. ff. de praescriptis verbis.* Etsi enim circa ludos illos, in quibus de virtute certamen est, sponsionem facere liceat; in aliis tamen, ubi pro virtute certamen non sit, non licet, *l. in quibus 3. ff. h. t. d. l.* 17. *§. ult. ff. de praescriptis verbis.* sive secundum jam dicta de incerto aleæ eventu sponsio fiat, sive extra aleæ ludum de rebus futuris quibuscunque, quarum dubius plane & incertus eventus est, non ab industria arteque humana, sed casu pendens. Quales sponsiones ideo aleæ ludo exæquatæ sunt, sic ut moribus non magis de his quam de iliis jus dici soleat, (exceptis mercium affecurationibus, de quibus alibi) & velut in pari spondentium turpitudine melior possidentis quam petentis conditio sit, sive solutum sive promissum tantum fuerit sponsionis præmium victori propositum. Zypæus *notit. juris Belgici libr. 3. tit. ult. de religiosis & aleae lusu, in fine.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput. 23. num.* 18. Groenewegen ad *l.* 108. *ff. de verbor. obligat.* ibique plures citati. Imo quibus in casibus amissi in alea repetitionem mores hodierni concesserunt, iisdem etiam ejus, quod sponsione perditum fuit, reposcendi potestas est; secundum placita Ordinum generalium antea de ludo aleæ allegata. Adde Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr. 3. cap. 3. num.* 114. 115. Neque sponsionibus hisce ullum in jure Romano, ut quidam perperam censent, patrocinium est; licet enim & illo & hodierno jure subsistant omnino stipulationes conditionales, etiam in incertum plane ac casualem eventum conceptæ, veluti si navis venerit, si Titius ex prælio salvus redierit, si prælio Belgæ superiores sint, si intra certum tempus pax redeat: arg. *l. a Titio ita* 108. *ff. de verbor. obligation.* quo fundamento pro sponsionum justitia ac validitate in Frisia judicatum fuit, ac plures eandem tuentur, Joh. a Sande *decis. Frisic. libr. 3. tit. 9. defin.* 1. Tuldenus ad *tit. C. de aleat. num. 3.* Perezius *ad Cod. d. tit. num. ult.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 10. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr. 4. cap.* 14. *num.* 11. non tamen ideo valent in eundem casum existentem aut deficientem reciprocæ promissiones, sponsionem facientes; eo quod tunc incipiunt aleæ prohibitæ naturam induere: nec longe abeunt ab institutionibus captatoriis, non minus hodie, quam jure civili reprobatis. Scilicet, ut institutiones heredum sub conditione etiam casuali valent, si modo instituens eo animo sit, ut hereditatem instituto quæsi-

tam

tam cupiat; ita quoque ſtipulationes conditionales ſubſiſtunt, ubi promiſſor id intendit primario, quod alteri velit ad dandum obligatus eſſe. Sed uti captatoria inſtitutio inutilis eſt, quia tunc inſtituentis primarius ſcopus eſt, non alteri ſuam relinquere, ſed ſibi alienam captare & acquirere hereditatem; ita quoque reciprocæ illæ in eundem caſum evenientem aut deficientem promiſſiones inutiles cenſendæ ſunt; quia neuter promittentium id primario intendit, ut alteri obligetur; ſed id unum, ut alium ſibi reddat devinctum, non promiſſurus, ſi credidiſſet, ſe ex eventu obligatum futurum. Non magis certe inſtitutioni contrarium eſt hereditatem velle acquirere, quam cum promiſſione pugnat animus acquirendæ obligationis.

9. Quod ſi penes ſequeſtrem uterque ſpondens pecuniam aut res alias depoſuerit, victori ſoli ceſſuras, & is ſecundum primam deponentium voluntatem victori reddiderit, vix dubium, quin ita penes victorem remanere debeant a ſequeſtre præſtita, quaſi ſine interpoſita ſequeſtris perſona victus victori amiſſa perſolviſſet. Plane ante ſolutionem a ſequeſtre factam jure interceſſerit tum victus, tum ante victoriam alteruter ſponſionis pœnitens, ne victori ſequeſter ea ſolvat, quæ pœnitens aut victus depoſuit; quo facto, neceſſe foret, ut, quod quisque depoſuit ſponſionis cauſa, id ei a ſequeſtre reddatur, quoties inhoneſta ſponſionis cauſa eſt, ſic ut in aleæ ludum ſecundum ante dicta incidere videatur, *l. ſi gratuitam* 17. *§. ult. ff. de præſcriptis verbis.* Anton. Matthæus *de obligation. diſput.* 11. *num. ult.*

10. Ollas fortunæ quod attinet (vulgo *Loteryen*) etſi rarior ante apud nos earum uſus fuerit, tanta tamen nunc, dum hæc ſcribo, in uſus pauperum multiplicatorum frequentia eſt, ut jura earum a lippis magis atque tonſoribus, quam a Jurisconſultorum ordine didiceris. Et quod attinet ſponſiones illas, quas & Romani veteres, & priſci Hollandi ſeculis ſuperioribus frequentatas inter actorem & reum de victoria litis probarunt, de iis dictum *tit. de calumniatoribus circa fin.* Interim plura de alearum ludo & ſponſionibus ſi quis deſideret, videat Paridem de Puteo, Joannem Baptiſtam Caccialupum, & Stephanum Coſtam libellis ſingularibus *de ludo* ſimul impreſſis in tomo ſeptimo Oceani juris, uti & Jul. Clarum *Sent. libr. 5. §. ludus.* Parladorium *rerum quotid. libr. 2. cap. 7.* Joſephum de Seſſe

decis. regni Arragon. 144. Berlichium *decis. 66.* Carpzovium *practica criminali part. 3. quaest.* 134. Straccham *de mercatura tractatu de sponsionibus.*

TITVLVS VI.

SI MENSOR FALSVM MODVM DIXERIT.

SVMMARIA.

1. *Quomodo, & quibus, ac qua actione teneantur, qui falsum modum renunciarunt, jure civili & hodierno?*
2. *Tenentur & qui per alium renunciarunt falsum modum. Nihil refert, quales & qualium rerum mensores sint, etiam tabularii in computatione, aestimatores jurati in aestimatione fallentes.*
3. *Actio haec in factum demum datur, si aliae ad indemnitatem actiones deficiant; nec contra heredes datur; nec contra eos, qui nondum renunciarunt modum, sed tantum mensurationem fecerunt.*
4. *Falsi quoque accusari potest, qui dolo falsum modum renunciat; & mensurae iniquae per aediles frangi.*

MEnsores in finibus regundis aut cognoscendis aliisque multis negotiis adhibentur, ut modum seu mensuram renuncient; pro qua renunciatione etiam salarium seu honorarium recipiunt, non mercedem, cum neque locatio hic sit, neque opera mercenaria, sed magis ea, quæ beneficii loco præbetur. *l. 1. ff. h. t.* Sed quia interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione, si quid tale contigerit, introducta est actio subsidiaria in factum, prætoria, perpetua, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit, *l. 1. l. haec actio 4. ff. h. t.* quæ datur illis, quorum interest, sive emtores sint, sive venditores, aut alii quicunque per falsam modi renunciationem in damno hærentes, eorumque heredibus, ad id quod interest. *l. si duobus 3. §. competit 1. & §. pen. ff. h. t.* Contra mensorem, falsum modum dolo vel lata culpa renunciantem, non item levi; cum sibi imputare læsus debeat, quod eum adhibuerit, qui imperite aut ne-

negligenter verſatus eſt: niſi locatione interveniente mercedem menſor perceperit pro opera præſtita, quo caſu non quidem de leviſſima, ſed de levi culpa tenetur, *l. 1. §. 1. ff. h. t.* atque ita hodiernis quoque moribus generaliter obtinuit, menſores non ex dolo tantum, ſed & ex imperitia vel negligentia in modo dicendo, teneri. Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holland. libr. 3. cap. 37. num. 17. & ſeqq.* Si plures renunciaverint, in ſolidum quidem in ſingulos actio eſt; ſed unius præſtatione cæteri liberantur. *l. ſi duobus 3. pr. ff. h. t.* Servo menſore renunciante, vel de peculio vel noxale judicium datur, cum neque delictum proprie neque contractus hic ſit; ſed initio quidem inſpecto magis ad contractus, tanquam negotium ſuſceptum, pertinere videatur; exitu vero conſiderato dolus ac circumſcriptio, adeoque quædam delicti ſpecies. *d. l. 3. §. ult. l. 4. ff. h. t.*

2. Nec intereſt, utrum per ſe an per alium renunciaverit; ex ſubſtituti enim dolo tenetur, ſive ei ſolam commiſerit renunciationem, ſive cum renunciatione ipſam quoque menſurationem. *l. 1. §. ult. l. 2. ff. h. t.* Nec, utrum menſor machinarius ſit, qui machinula mathematica utitur, an decempedator, qui decempedalem perticam adhibet, an alius, qui alio menſuræ genere interveniente modum denunciat: ſive enim menſor in agris, ſive in ædibus, ſive in viarum itinerumque latitudine, ſive in frumenti ac rerum reliquarum fungibilium quantitate, ſive in computatione & calculo tabularius, ſive in operis admenſuratione architectus aut redemtor operis fefellerit, adverſus eum hæc actio datur, etiamſi tabularii operumque redemtores menſores non ſint. *l. ſi menſor 5. §. ult. l. 6. l. 7. pr. & §§. ſeqq. ff. h. t.* Nec forte perperam his accenſueris æſtimatores rerum, qui jurati faciunt æſtimationem, ſi iniquam renuncient. Vide *novell. 64.* & Cujacium *ad eam.*

3. Non aliter tamen conveniendus hac actione qui falſum renunciavit modum, quam ſi læſus alia actione conſequi nequeat ab alio indemnitatem; cum hæc ſubſidiaria ſit: ut proinde prius ex emto actio vel indebiti condictio, aut alia ſimilia juris remedia ordinaria tentanda ſint, antequam ad hanc deveniatur. *l. ſi duobus 3. §. 2. & 3. l. ſi menſor 5. §. 1. ff. h. t. l. arbitrio 18. §. de eo 3. ff. de dolo.* Sed nec contra heredes renunciantis hæc actio competit, *l. ſi duobus 3. §. pen. ff. h. t.*

nec ei locus erit, si mensor non renunciaverit, sed tantum perperam mensuram fecerit; cum in renunciatione falsæ mensuræ delictum consistat. *l. 1. §. ult. ff. h. t.* Si tamen dolo malo renunciationem mensor protraxerit, & læsus inde fuerit is, cui modus renunciandus erat, actio de dolo dari potest, *l. si mensor 5. pr. ff. h. t.* ubi pro *liberetur* legendum esse *laederetur*. & suadet sensus legis: si enim venditor *liberatus* fuisset, cum nullum tunc posset damnum sentire, etiam de indemnitate, aut ad id quod interest, actione doli opus non esset.

4. Cæterum ipsas mensuras falsas seu iniquas autoritate magistratus, præcipue ædilium, frangendas fuisse, colligi potest ex *l. item quaeritur 13. §. si quis mensuras 8. ff. locati.* & in falsi crimen etiam incidere eum, qui sciens prudens falsum modum dixit, & velut ex crimine extraordinario accusari posse, colligi potest ex *l. pen. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de falsis. l. annonam 6. §. ult. ff. de extraord. crimin. l. modios 9. l. ult. C. de susceptor.* quandoque & in furti vitium. *l. si quis uxori 52. §. majora 22. ff. de furtis.* Adde Menochium *de arbitrar. judic. casu 317.* Rittershusium *ad novellas part. 3. cap. ult. in fine.*

TITVLVS VII.

DE RELIGIOSIS ET SVMTIBVS FVNERVM, ET VT FVNVS DVCERE LICEAT.

SVMMARIA.

1. *Quis sit locus religiosus? qui eum possit facere? an servitutem realem debens, si noceat domino praedii dominantis? an fructuarius invito proprietario, aut vice versa?*
2. *De cenotaphio. Illatione thesauri non fieri locum religiosum; & de pretiosorum cum cadavere illatione.*
3. *Qua actione teneatur, qui cadaver non jure illatum privata autoritate ejecit? qua actione teneatur, et quibus, qui non jure cadaver intulit?*
4. *Locus illatione cadaveris religiosus factus, desinit esse in commercio. An tunc usucapi? an & quatenus legari vendi? &*

quo

quo respectu videatur in nostra esse potestate?

5. *De sepulchris familiaribus & hereditariis, ac hodiernis. An filius exheredatus in ea inferri possit? Et ubi secundum jus canonicum quisque sepeliri possit?*

6. *Quibus modis loca desinant religiosa esse?*

7. *Qui debeant defuncti funus curare; quid juris, si non curent illi, quibus id testator mandavit?*

8. *Quid sit actio funeraria pro repetendis impensis in funus? est ex quasi contractu. Cui detur, & contra quos? an & contra maritum pro rata lucri, quod ex dote capit?*

9. *Impensa funeris omnes creditum sive chirographarium sive hypothecarium antecedit, cum bona solvenda non sunt.*

10. *An & is praelationem habeat, qui res funeri necessarias vel mutuam pecuniam credidit ei, qui funus fecit?*

11. *An & is, cui actio funeraria cessa est?*

12 *An actio funeraria privilegiata etiam ei detur, qui prohibente herede funus fecit, vel, cum putaret, se heredem esse?*

13. *An repeti possit sumtus in funus, si pietatis intuitu, vel nimis parce, vel immoderate factus sit? Et quid si id factum sit ex praescripto testatoris?*

14 *Recensentur plurima, quae ad impensas in funus pertinent. An & vestes, quibus conjux conjugem luget?*

15. *An & impensae in morbum postremum, an & in morbos anteriores, ex quibus defunctus convaluerat? impensae morbi postremi communiter feruntur per heredes defuncti conjugis & viduum viduamve superstitem, velut onus matrimonii.*

Locus religiosus est, quo cadaver, sive liberi homines, sive servi, aut praecipua ejus pars, puta caput, est reconditum, *l. locum 2. l. cum in diversis 44. ff. h. t.* si modo non temporis gratia depositum, sed quasi aeterna sede dari destinatum sit *l. divi fratres 39. & l. 40. ff. h. t.* atque insuper inferatur in locum proprium, aut in alienum, domino permittente, in communem socio consentiente, non eo invito: nisi aut commune sepulchrum sit; aut, cum locus purus esset, socius ipse sepeliendus sit alio commodo ad sepulturam loco destitutus. *§. religiosum 9. Instit. de rerum divis. l. si plures 41. ff. h. t.* Locum debentem servitutem realem dominus, invito eo, cui servitus acquisita, religiosum non facit; nisi dominus praedii dominantis non minus commode per alium locum servitute uti possit. *l. locum 2. §. locum 8. ff. h. t.* Nec locum usufructuarium proprietarius, nisi consentiente fructuario; nec fructuarius, nisi pro-

proprietarii voluntate, *l. locum 2. §. si usumfructum 7. l. sunt personae 43. ff. h. t. l. locum autem 17. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* eo excepto, quod, usufructu fundi legato, heres ipsum testatorem in fundo fructuario jure sepeliat, quoties in alium locum inferri tam opportune non potest, *d. l. locum 2. §. si usumfructum 7. ff. h. t.* vel omnium bonorum ususfructus legatus est, sive uni, sive diversis; quo casu heres eligere potest, invito fructuario, in quem fundum inferre velit, fructuario tamen indemnitatem præstiturus. *l. ult. ff. h. t.* Nec aliud juris est, si testator plenam fundi proprietatem alteri legaverit; sive enim pure sive sub conditione proprietas legato data sit, heres ne pendente quidem conditione extraneum vel testatorem ipsum inferre potest; nec inferendo religiosum facit, *l. si locus 34. ff. h. t.* nisi & hic testator in locum alium inferri tam opportune non potuerit, quo casu legatario salva est ad indemnitatem actio, si modo sit in hereditate, unde indemnis servetur. *l. scriptus heres 4. l. & si quis 14. §. 1. in fin. l. ult. §. ult. ff. h. t.*

2. Cenotaphium, seu inane sepulchrum, quia proprie sepulchrum non est, sed monumentum memoriæ causa factum, non religiosis sed puris locis annumerari oportere, contra Virgilium divi fratres rescripserunt, *l. in tantum 6. §. ult. l. 7. ff. de divisione rerum. l. vel quod 6. §. si adhuc 1. l. monumentum 42. ff. h. t.* unde nec venditio ejus aut donatio aut alienatio alia prohibita est. *d. l. 6. §. si adhuc 1. ff. h. t. l. si sponsus 5. §. secundum haec 10. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Et quamvis illatione cadaveris aut reliquiarum post insecuta ex cenotaphio sepulchrum fiat, *d. l. 42. ff. h. t.* sola tamen illatione thesauri locum religiosum non fieri, Marcianus notat; quia, quod sepelire quis prohibetur, id religiosum facere non potest, *l. lege Julia 4. §. non fit 6. ff. ad leg. Jul. peculat.* Etsi enim ornamenta, pecuniam, aliaque his similia simul cum corporibus inferre tumulo, hominum simpliciorum mos fuerit. *l. ult. §. ult. ff. de auro, arg. leg. l. & si quis 14. §. non autem 5. ff. h. t.* tamen constitutionibus id vetitum dicitur, *d. l. 4. §. 6.* ideoque & voluntates defunctorum circa vestium aut rerum aliarum in tumulum illationes, ineptas esse invalidasque, Papinianus respondit, *l. servo alieno 113. §. ult. ff. de legatis 1.* ac præcepta talia morientium impune per heredes aut alios, quibus demandata funeris cura, potuisse sperni atque negligi, patet

patet ex *l. ult. §. ult. ff. de auro, arg. legato. l. 5. C. de his quib. ut indign.* Confer de pretiosis in tumulum congeri solitis Demsterum *in notis ad Rosini Antiquit. lib. 7. cap. 31. fere circa finem.*

3. Cæterum, si quis cadaver aut reliquias intulerit in locum, in quem inferendi jus non habebat, etsi locum religiosum non faciat, *l. si quis putans 6. §. si quis 6. ff. communi dividundo. l. invito 2. C. h. t.* non tamen loci dominus ossa inde sine Principis aut Pontificis autoritate (vel ex usu hodierno sine consensu oeconomorum templi, Groenewegen *ad l. 14. C. h. t.*) eruere potuit, eo quod ipsa ossium translatio aliquid religionis in se continet; alioquin injuriarum actione tenetur, qui ejecit vel effodit, *l. ossa 8. ff. h. t. l. nemo 14. C. h. t.* (Confer Paulum *recept. sentent. libr. 1. tit. ult.*) sed potius ob talem illationem non jure factam prodita est in factum actio prætoria, *l. locum 2. §. praetor ait 2. ff. h. t.* perpetua, heredibus & in heredes competens, ad id, ut cadaver tollatur, vel loci aut arculæ pretium præstetur, *l. is, qui intulit 7. pr. & §. 1. ff. h. t.* qua experitur dominus loci, & fructuarius aut aliam habens servitutem illatione impeditam, & socius, quibus invitis aut ignorantibus secundum ante dicta mortuus illatus est. *l. locum 2. §. si usumfructum 7. l. ossa 8. §. nec solum 4. ff. h. t. l. si quis putans 6. §. si quis 6. ff. communi dividundo.* Nec socii intuitu contrarium evinci potest ex *d. l. locum 2. §. 1. ff. h. t.* cum ibi generaliter inquiratur, an socius ob illationem cadaveris in locum communem purum factam socio teneatur? ac simpliciter respondetur, eum familiæ erciscundæ vel communi dividundo actione teneri: non tamen exclusa hac in factum actione, quam etiam dari, aliunde constat ex *d. l. 6. §. 6.* Qua ratione & actionem pro socio ex hac causa in socium competere, Pomponius scripsit *l. si fundus 39. ff. pro socio.* atque ita in casu non dissimili trium actionum concursum notavit Ulpianus *l. si quis servum 9. pr. ff. de servo corrupto.* Non tamen bonæ fidei possessori, aut creditori, cui fundus oppignoratus, hæc in factum actio tributa est; cum possit debitor invito creditore & mortuum inferre, & ipse inferri, ac sola ei denegata inveniatur facultas concedendi alteri inferendi jus invito creditore. *l. locum 2. §. 1. & ult. l. 3. ff. h. t.* Potuit & inferens in locum alienum quandoque ad poenam pecuniariam condemnari; etiam modice coerceri, si dolo malo

malo id fecerit in locum usibus publicis destinatum. *l. locum 2. §. praetor ait 2. l. ossa 8. §. si in locum 2. ff. h. t.*

4. Contra vero, si cadaver eo illatum sit, quo inferendi jus est, locus, uti religiosus sit (non totus, sed quatenus corpus humatum est, aut locus tanquam religiosus est definitus, *d. l. 2. §. sepulchrum est 5. ff. h. t. l. locum quidem 9. C. h. t. l. aede sacra 73. §. 1. ff. de contrah. emt. l. ult. §. pen. ff. quod vi aut clam.* Confer Brissonium *select. antiquit. libr. 2. cap. 15. & 16.* & commentatores *ad Horatii libr. 1. satyr. 8.*) ita quoque commerciis hominum incipit exemtus esse; sic ut nullus eum, tanquam suum ex jure Quiritium vindicare queat, *l. in rem actio 23. §. 1. l. quae religiosis 43. ff. de rei vindic. l. si. sepulchrum 4. C. h. t.* nullus etiam ei servitutem imponere, *l. servitutes 14. §. ult. ff. de servit. l. ult. §. si quis 4. ff. quod vi aut clam.* nec longa possessione jus sepulchri tribuatur illi, cui jure non competit, *l. pen. ff. de mortuo inferendo.* nec vendi vel donari ita possit, ut dominii jure in emtorem transiret; nec pignori obligari. *l. invito 2. l. locum 9. C. h. t. l. hanc legem 22. in fine l. 23. ff. de contrah. emt. vendit. l. 1. C. de sepulchro violato.* arg. *l. ossa 8. §. si locus 1. ff. h. t.* In quantum tamen habemus jus inferendi mortuum in nostrum sepulchrum, illud eo sensu nostrum dicitur, ac quisque mortuum inferre in locum suum, § *religiosum 9. Instit. de rerum divis.* & interdictum de locis religiosis continere cautam quasi proprietatis, *l. interdictorum 2. §. quaedam 2. ff. de interdict. sive extraord. act.* jus sepulchri ad heredes transire, *l. jus sepulchri 13. C. h. t.* restituta hereditate aut ablata heredi, tanquam indigno, jura sepulchrorum apud heredem remanere. *l. quia perinde 42. §. 1. ff. ad senatusc. Trebell. l. si quis fuit. 33. ff. h. t.* Hinc quoque, licet monumentum ipsum legari nequeat, jus tamen mortuum inferendi legare quisque potuit, *l. monumenta 14. C. de legatis.* etiam titulo venditionis alioque simili in alium transferre, manente loci religione, dum una cum fundo, in quo sepulchrum est, illud transfert velut fundi accessionem, adeoque locus religiosus non specialiter venit, sed emtioni majoris partis accedit. *l. in modicis 24. ff. de contrah. emt.* Quemadmodum ex adverso ex eodem fundamento venditor fundum vendens, in quo locus religiosus est, nominatim sibi excipere atque servare potest sepulchri jus, lege addita venditioni, *nihil sacri aut religiosi venire. l. hanc legem 22. ff.*

22. ff. de contrah. emt. quo ipso simul etiam post venditionem adeundi sepulchri jus ei salvum esse Romani voluerunt, legibus scilicet vendendorum prædiorum dictantibus, *ut ad sepulchra, quae in fundo sunt, iter ei, aditus, ambitus, funeris faciendi fit, l. utimur 5. ff. de sepulchro violato.*

5. Sepulchra Romani distinxerunt in familiaria & hereditaria. Illa dixerunt, quæ quis sibi familiæque suæ constituit; hæc, quæ quis sibi heredibusque suis. *l. familiaria 5. l. 6. ff. h. t. l. si sepulchrum 4. l. jus familiarium 8. l. jus sepulchri* 13. *C. h. t.* Brissonius *select. antiquit. libr.* 1. *cap.* 14. Quo respicit Seneca Tragicus cum in Troadibus, *actu 3. scen. 1. verf. 484.* Andromachen ita loquentem inducit.

Est tumulus ingens conjugis cari sacer,
Verendus hosti, mole quem immensa parens
Opibusque magnis struxit in luctus suos.

In luctus suos; id est, ut morientes ex familia quorum obitum lucturus erat, ibidem deponeret. Nec longe ab his abeunt nostratia, plerumque in templis haberi solita; quæ etiam venditione ita transferri, ut emtor deinceps mortui inferendi jus habeat, manente interim pristina loci religiosi natura, res expedita est, & notat Groenewegen ad §. *7. Instit. de rer. divis.* in quæ sepulchra nostratia, tanquam hereditaria, etiam filius exheredatus, non obstante exheredatione, sepeliri potest; nisi id specialiter testator justo odio commotus vetuerit. *l. vel quod 6. in med. ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 25. defin. 10. in notis in fine.* Neque prætermittenda hac occasione videntur, quæ de sepulturis jure canonico inveniuntur dispositа, liberam scilicet cuivis esse electionem, quo in loco sepeliri velit, salva parœciali ecclesiæ emolumenti parte, *cap. 1. cap. cum liberum 6. cap. in nostra praesentia 10. extra, de sepulturis.* sed si de electione tali non constet, eum tumulo majorum inferri oportere, *d. cap. 1. extra, de sepulturis, cap. is, qui habet 3. 4. de sepulturis in 6.* uxorem viro sepultura sociandam esse; & si pluribus juncta fuerit, cum postremo, cujus domicilium & honorem retinuit, tumulandam. *d. cap. 3. in fine de sepulturis in 6. cap. Ebron 2. causa 13. quaest. 2.*

6. Desinunt loca religiosa esse, si jussu pontificis aut Principis, quandoque etiam æstimatione præsidis, cadaver aut reliquiæ alio translatæ sint, arg. *l. 1. l. pen. C. h. t. l. ossa 8. ff.*

h. t. vel ipsa loca ab hostibus capta; quo tamen casu superest postliminii spes. *l. cum loca 36. ff. h. t. l. sepulchra 4. ff. de sepulchro violato.*

7. Cæterum funus eum facere oportet, quem decedens elegit; *quidam enim*, inquit Seneca de brevitate vitæ in fine, *disponunt etiam illa, quae ultra vitam sunt, moles magnas sepulchrorum, & operum publicorum dedicationes, & ad rogum munera & ambitiosas exequias.* Idque subinde etiam non sine justa ratione, dum metuunt, ne illi aut negligentes nimis sint, aut parci, ad quos ea res pertinet. *Tam rara*, ait Plinius libr. 6. epist. 10. *amicitiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipsi nobis debeamus conditoria exstruere, omniaque heredum officia praesumere.* Quod si electus non paruerit voluntati defuncti, repellitur ab emolumento, quod ob hoc ei relictum est, *l. si quis sepulchrum 12. §. funus* 4. *ff. h. t.* aut si relicta jam acceperit, nec tamen funus duxerit, vel actione doli restituere, vel extra ordinem a prætore funus ducere compellitur: *l. & si quis 14. §. si cui 2. ff. h. t.* quod non correctum per *l. non oportet 5. C. de his quibus ut indignis.* cum illa de iis agat, qui modum funeris a testatore præscriptum non servarunt, quia forte stolidus aut ineptus erat; ideoque non implendus; quales occurrunt in *l. ult. §. ult. de auro, arg. legato. l. & si quis 14. §. non autem 5. ff. h. t. l. servo alieno 113. §. ult. ff. de legatis 1. l. quidam 27. ff. de condition. institut.* Si nihil mandatario relictum sit, nullam neglectæ voluntatis pœnam subit. *d. l. 12. §. 4. ff. h. t.* Si defunctus nulli delegaverit funerandimunus, heredes scriptos ea res contingit; si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt. *d. l. 12. §. 4. ff. h. t.* His quoque cessantibus, magistratus officium est, curare, ut defunctus funeretur ex pecunia rebusve suis. *d. l. 12. §. ult. l.* 13. *ff. h. t.* Quin imo, quilibet, ad quem funus proprie non pertinet, utcunque plane extraneus, funus facere potest, ne insepulta cadavera jacerent; impensas actione funeraria repeturus, ne de alieno quis funeretur. *d. l.* 12. *§. 3. ff. h. t.*

8. Quæ funeraria actio est subdiaria, aliis demum actionibus deficientibus accommodanda, *l. & si quis* 14. *§. Labeo ait* 12. *ff. h. t.* rei persecutoria, perpetua, *l. si filiusfamilias* 31. *§. ult. ff. h. t.* bonæ fidei, ex quasi contractu; quippe species actionis negotiorum gestorum. *l. & si quis* 14. *§. fortassis 9. & §. idem Labeo* 13. *ff. h. t.* arg. *l. ait praetor 3. §. haec verba*

ba 6. ff. de negotiis geſtis. in quantum ſcilicet impenſa funeris non defuncti, ſed heredis, ad funerandum obligati, æs alienum eſſe, & funus ad heredem pertinere dicitur, *l. filiusfamilias 19.* junct. *l. & ideo 7. §. illud. 3. ff de in rem verſo.* ac proinde, quod Ulpianus ſcripſit, *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede, l. 1. ff. h. t.* non alio ſenſu accipiendum videtur, quam quod impendens propter defunctum magis, pietate ductus, quam propter heredem ſumtus feciſſe credendus ſit; ad id ut impenſa talis non ex heredis ſed defuncti bonis præſtetur, quod is non de alieno ſed de ſuo funeretur, juxta *d. l. ſi quis 10. §. hoc edictum 3. & l. & ſi quis 14. §. 1. in med. ff. h. t.* unde & ex bonis defuncti deducenda fuit impenſa funeris, antequam falcidiæ ratio iniretur, *§. ult. Inſt. de lege Falcidia.* uti & per heredem, inventario confecto hereditatem adeuntem. *l. ult. §. in computatione 9. C. de jure deliberandi.* Competit autem hæc actio ei, qui in funus impendit, vel impendi mandavit: ſoli enim mandanti tunc, at non mandatario datur, cui contra mandantem mandati actio eſt; niſi pupillus ſine tutoris auctoritate mandaſſet, atque ita mandatum eſſet ipſo jure nullum; quo caſu utilis actio danda ei, qui impendit, *d. l. & ſi quis 14. §. qui mandatu 15. ff. h. t.* idque generaliter adverſus eos, ad quos funus pertinet, heredes civiles vel prætorios, *l. & ſi quis 14. §. ult. l. 15. ff. h. t.* dominos, & patres, quorum ſervi aut filiifamilias funerati ſunt; ut tamen ante patrem conveniendi ſint heredes filiifamilias, ſi quos habeat in ſuis peculiis, *l. in patrem 21. l. ſi filiusfamilias 31. pr. & §. 1. ff. h. t.* ut & maritus filiæfamilias pro ea parte, qua dotem lucratus eſt. Conſiderandum enim, Romanis placuiſſe, ut non modo tunc, cum uxor inops & indotata fuit, ac ſine herede deceſſit, onus funerandi uxorem pertineret ad maritum, ſaltem in id, quod facere poteſt, impendenti in funus uxoris ſuæ condemnandum; quia injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus inſepultam relinqui. *l. quod ſi nulla 28. ff. h. t.* (quod & moribus ſervatur. Jacob. Coren *obſervat. 38. num. 61. 62.* Abr. a Weſel *de connubiali bonorum communione tract. 2. cap. 3. num. 105. & ſeqq.*) ſed & ut in opulentæ ac patrem aut heredes alios habentis uxoris funus conferret pro rata lucri penes eum ex dote remanentis; ſicut illa ex dote, quæ penes maritum remanet, & cæteris ſuis bonis funeranda fuerit, proportione ea, ut, ſi

in dote, mariti lucro cedente, centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir, conferre teneretur, ne deductis quidem prius per testatorem legatis, aut servorum manumissorum pretiis, aut ære alieno. *l. Celsus scribit 22. & ll. seqq. ff. h t.* Quod jus nostris moribus non videtur servari, dum maritus ratione lucri, quod ex dote vi pacti dotalis aut statuti capit, donatarii potius aut legatarii, quam successoris universalis loco habetur. Groenewegen *de leg. abrog. ad l. 16. ff. h. t.* & plures ab eo citati. D. Someren *de jure novercarum cap. 8. num.* 1.

9. Cohæret huic actioni privilegium prælationis, dum favore sepulturæ inductum fuit, impensam funeris semper ex hereditate deduci & omne creditum præcedere, cum bona solvendo non sunt, *l. impensa funeris 45. ff. h. t.* summa namque visa fuit esse ratio, quæ pro religione facit. *l. sunt personae 43. in fine ff. h. t.* In quam sententiam etiam a Paulo *recept. sent. lib.* 1. *tit. ult.* verbis generalissimis scriptum est, *quicquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deduci.* Ut proinde audiendi non sint, qui prælationem ad chirographarios restringunt creditores, & hypothecariis hoc creditum in funus postponunt; moti rescripto Imperatorum, definiente, *eos, qui acceperunt pignus, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri, l. eos, qui 9. C. qui potiores in pign.* Primo namque restrictionem talem non facile admiserint tam absoluta & generalia Mæciani in *d. l. 45.* & Pauli effata. Deinde refragatur ei, quod Ulpianus cum Pomponio tradidit, si colonus vel inquilinus mortuus sit, nec sit unde funeretur, ex illatis invectis eum funerandum esse, &, si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri, *l. & si quis 14. §. si colonus 1. ff. h. t.* Cum enim constet certo, inquilini invecta illata urbanum in prædium tacite pro pensionibus domino ædium locatori pignori obligata esse, coloni res expressa convenitione teneri rusticorum prædiorum locatori, *l. eo jure 4 ff. in quib. cauf. pign. vel hypot. tacite contrah.* alterum necesse huit, puta, aut credentem in funus locatori ædium vel fundi ypothecam habendi non præferri; aut, si potior sit, (uti textus habet) generaliter a jurisconsultis dicta etiam generaliter de prælatione ante omnes tam hypothecarios, quam chirographarios accipi oportere, nec recte ad chirographarios tantum

tum reſtringi. Juvatque hanc ſententiam, quod in *l. ult. §. in computatione 9. C. de jure deliberandi.* heredi, cum inventario adeunti, data fuit licentia excipiendi & retinendi quicquid *in funus expendit*, vel in teſtamenti inſinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias neceſſarias cauſas hereditatis: in reliquis vero, ſi quid defunctus ei debuerit, ſimilem cum aliis creditoribus fortunam habere debeat. Conſtat etenim, neceſſarios ſumtus ita ante omnia credita quantumcunque privilegiata venire, ut ne patrimonium quidem eſſe intelligatur, niſi deducto eo, quod explicandarum venditionum cauſa, aut aliter neceſſario impenſum eſt. *l. quod privilegium 8. ff. depoſiti. l. quantitas 72. ff. ad leg. Falcid.* Si ergo cum his impenſis ſimul primo loco politus funeris ſumtus per heredem ſecundum *d. l. ult. §. 9.* deducendus ſit, quis, quæſo, amplius dubitandum putaverit, quin & omne creditum antecedere debeat, cum bona ſolvendo non ſunt. Quibus conſequens eſt, ut fateamur quidem, in *d. l. 9. C. qui pot. in pignore*, regulam tradi; ab illa autem regula exceptionem ponamus in credito funerario, religionis favore. Garſias *de expenſis & meliorat. cap. 8. num. 18. 23. & ſeqq.* Jacobus Coren *obſerv. 38 num. 25. & ſeqq.* Berlichius *concluſ. pract. part. 1. concl. 64. num. 84. & ſeqq.* Carpzovius *defin. for. part. 1. conſtit. 28. defin. 39.* Ant. Matthæus *de auction. libr. 1. cap. 19. num. 6. & 7.*

10. Neque intereſſe puto, utrum quis res funeri faciendo neceſſarias crediderit, an heredi aut alteri funeranti mutuam dederit pecuniam funerandi gratia, ſi modo nominatim in eum uſum credita, ac re ipſa quoque in id erogata doceatur. Si enim legalem hypothecam & prælationem inter creditores non ille tantum habeat, qui domino ædium materiam refectioni neceſſariam credidit, ſed & qui vel ædium domino vel redemtori operis ex domini mandato pecuniam ob reſtitutionem ædificii mutuam dedit, *l. 1. ff. in quib. cauſis pignus vel hypot. tacite contrahitur. l. ſi ventri 24. §. divus 1. ff. de rebus autor. jud. poſſidendis.* ratio non apparet, cur non eodem modo privilegiatus eſſet, qui nummos in funus vere expenſos, quam qui res ad funus requiſitas, funeranti ſubminiſtravit. Gratianus *diſcept. for. cap. 94. num. 11. et ſequentib.*

11. Ei quoque, cui per credentem in funus ceſſa fuit actio funeraria, privilegium prælationis ante alios creditores haud videtur denegandum. Etſi enim privilegium hoc præ-

lationis, quod cohæret actioni funerariæ, personale dici possit, in quantum nullum jus hypothecæ a lege datum invenitur; tamen, quia non contemplatione personae credentis indultum est, sed magis causæ intuitu ac sepulturæ favore; adeo ut etiam ad heredes credentis reliquosque successores transeat; *l. si filiusfamilias 31. §. ult. ff. h. t.* nihil vetat, quo minus & cessionario prodesse debeat. Nam & restitutionis beneficium, quod minoribus læsis indulgeri consuevit, uti ipsorum prodest heredibus, *l. minor autem 18. §. ult. l. 19. ff. de minor. 25. annis.* ita quoque his, quibus suum minores jus cesserunt, utile esse, patet ex *l. quod si minor. 24. pr. ff. de minor. 25. annis. l. alterius 20. §. 1. ff. de tutelae et ration. distrah. l. si minoris 25. ff. de admin. et peric. tutor.* cum tamen restitutionis beneficium magis, quam actionis funerariæ privilegium, personae intuitu concessum sit, adeo ut mixtam inter personæ & rei beneficia vel jura causam obtinere censeatur. Denique si in omnibus causis id observetur, ut, ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat; ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii, *l. in omnibus causis 68. ff. de regul. juris.* necesse fuerit, ut hæc quoque non personæ, sed actionis funerariæ, prærogativa iis salva fit, in quos actio cessione translata est. Adde *l. quaesitum est* 17. *pr. ff. de reb. aut. jud. possid.* Bronchorst *enant. cent. 4. assert. 90.* Ant. Matthæus *de auct. libr. 2. cap. 6. num.* 31. *in medio.*

12. Nec actione hac funeraria vel privilegio ejus carere debet, qui prohibente forte herede funus curavit; si modo vel cura humandi ei a defuncto mandata fit, vel heres ipse diutius cessaverit in pio funerandi officio præstando. *l. et si quis* 14. *§. idem Labeo* 13. *ff. h. t.* Uti nec, qui funus fecit, cum se heredem esse, adeoque ad se funus pertinere, putaret si postea hereditatis petitione victus heredi vero hereditatem restituerit, impensis funeris haud deductis. *d. l.* 14. *§. si quis, dum* 11. *l. si possessor 32. ff. h. t.* Quod utrumque singulare quidem est, ac ab ordinaria actionis negotiorum gestorum natura alienum; quippe in qua repetitionem sumtuum non habet, qui inviti & prohibentis negotia gessit, *l. ult. C. de negotiis gestis. l. si pro te 40. ff. mandati.* quive aliena tractavit ut sua; uti dictum *tit. de negot. gestis.* sed ob sepulturæ favorem placuit, non meram hic negotiorum gestorum actionem imitari, sed solu-

ſolutius æquitatem ſequi. *d. l.* 14. §. *idem Labeo* 13. *in fine ff. h. t.*

13. Ceſſat tamen repetitio impendiorum in funus; ſi pietatis intuitu ſine animo repetendi funus defuncto factum ſit; quod ex conjecturis æſtimandum eſt, conſiderata affectione in defunctum, aliisque; ſed quia conjecturæ hujusmodi fallaces ſæpe ſunt, conſultum funeranti eſt, ab initio teſtari, quo animo funeret, ne poſtea patiatur quæſtionem. *d. l.* 14. §. *ſed interdum 7. 8. & §. 9. ff. h. t.* Et quia defunctum unumquemque pro facultatibus ſuis ac dignitate funerari conveniens eſt. *l. ſi quis ſepulchrum* 12. §. *pen. ff. h. t.* Ideo ſumtuum rationem judex non habebit, ſi forte nimium modici, ac parce nimis in contumeliam defuncti hominis locupletis facti ſint, ſic ut non in honorem ſed injuriam ac dedecus defuncti hic ſumtus ceſſerit. *d. l.* 14. §. *judicem* 10. *ff. h. t.* Rebuffus *ad conſtit. reg. tom.* 1. *de ſentent. proviſional. in praefat. num. 52. 53.* Uti vice verſa immoderatorum quoque impendiorum, facultates & conditionem defuncti ſuperantium, repetitionem concedi non oportet; ſed tantum eatenus, quatenus ex æquo & bono in hominis iſtiusmodi funus impendendum fuerat, arbitrio judicis definiendum. Neque immodice erogantem juvabit, quod id fecerit ex teſtatoris præſcripto ac voluntate: nam uti ſtolida atque ridicula defunctorum elogia implenda non ſunt; ita nec voluntati ipſorum parendum in eo, quod juſtam egreditur ſumtus rationem. *l. & ſi quis 14.* §. *haec actio 6.* junct. §. *non autem 5. ff. h. t. l. ſervo alieno* 113. §. *ult. ff. de legatis 1. l. quidam 27. ff. de condit. inſtitution.*

14. Funeris cauſa ſumtus proprie factus intelligitur non ille, qui ad meram oſtentationem ambitionemque ſpectat, veluti, cum præter id, quod monumenti, id eſt, cauſa muniendi ejus loci, in quo cadaver impoſitum, factum eſt, inſuper amplum quid ædificatum fuit, quales ſunt in circum porticationes, *l. funeris ſumtus 37.* §. *1. in fine ff. h. t.* ſed potius is tantum, qui ideo erogatus fuit, ut funus ducatur, & ſine quo ex uſu regionis ac qualitate funerandi duci non poſſet; ut puta, ſi quid impenſum ſit in delationem mortui; in locum, quo mortuus inferendus eſt; in marmor, aut veſtem collocandam; in cadaveris cuſtodiam aut commendationem; in ſarcophagum; in arcam lapideam; in vecturam peregre mortui ad locum, ubi dein humandus eſt; in vectigal eo nomine pen-

dendum; (etſi *lex ult. C. h. t.* ex baſilicis reſtituta, vetet vectigalis exactionem) in odores & unguenta cadaveri applicanda; in libitinarium & pollinctores. *l. & ſi quis 14. §. funeris cauſa 3. 4. l. funeris ſumtus 37. ff. h. t. l. & ideo 7. §. illud plane 3. ff. de in rem verſo.* arg. *l. cuicumque 5. §. idem ait 8. ff. de inſtitoria act.* Quibus addunt ex hodierno funerandi more rituque, quod veſpis ſeu veſpillonibus, (de quibus Feſtus in verbo *veſpae*) quod ædituo, quod pro clangore tintinnabulorum, pro chirothecis, pro veſte lugubri expenditur: item, quod pro inſignibus aut faciendis, aut præferendis: vini pretium, quo exequias euntes honorantur, ipſumque adeo convivium funebre, & ſi qua alia, in quibus nimium quantum ſibi indulget ambitio civitatum; ut ait Ant. Matthæus *de auction. libr. 1. cap. 19. num. 9. in fine.* Berlichius *concluſ. pract. part. 1. concluſ. 64. num. 88. et ſeqq.* Carpzovius *defin. forenſ. part. 1. conſtit. 28. def. 41.* Addunt alii veſtem, qua conjux conjugem, qua famuli aut ancillæ dominum dominamve defunctam ex conſuetudine recepta lugent, ſuſpenſa quoque luctus vela, & quæ carpento penſili obducuntur pulla, ſi iſto vehiculi genere conjuges ſtante matrimonio uti ſoliti. D. Someren *de jure novercarum cap. 8. num. 2. 3.* Abrah. a Weſel *de connubial. bonor. ſocietate tract. 2. cap. 3. num. 89. et ſeqq.* quæ admitti poterunt, ſi uſus regionis ferat, ut conjux ſuperſtes non ſuo, ſed conjugis defuncti ſumtu lugeat; uti id Ultrajectinis probatum eſt: nam ſi regionis jus ſit, ut propriis impenſis conjux conjugem lugeat (quod Hollandis placet, teſte Groenewegio *ad l. unic. §. 7. C. de rei uxor. act. n. 4.* Reſponſa Jurisc. Holl. *part. 4. conſil. 277. in fine.*) vix eſt, ut tunc is, qui veſtem lugubrem ſuperſtiti credidit, privilegiatam habeat actionem; cum illa non detur, niſi adverſus eos, ad quos funus defuncti pertinet, talis autem veſtium creditor in uſum defuncti non crediderit, neque heredem iſta impenſa gravet, aut hereditati imputetur. Jac. Coren *obſervat. 38. num. 53. et ſeqq.*

15. Quin imo, quamvis jure Romano verius ſit, in medicos & chirurgos erogata morbi poſtremi occaſione non contineri ſub impenſis in funus, ac propterea nec adeo favorabilem aut privilegiatam eſſe eorum exactionem; dum altum de talium prælatione in noſtro juris corpore ſilentium eſt, neque privilegia ſine lege extenſionem ad ea, quæ ne omni quidem

ex

ex parte ſimilem cauſam habent, patiuntur; tamen, cum vetuſtiores interpretes invenirent, in *l. funeris 37. ff. h. t.* unguenta corporis cauſa adhibita ſumtibus funeris accenſeri; conjungi quoque ſumtus in funus & defuncti morbum aut infirmitatem erogatos, dum poſſeſſori victo in petitione hereditatis permittitur iſta ſimul deducere ex hereditate reſtituenda, *l. in reſtituenda 4. C. de petit. hered.* & repetitio eorum ſimul conceditur ei, qui in morbum aut funus impendit, *l. legatum 3. C. h. t.* (parum conſiderantes, in *d. l. 37.* non de unguentis ad medicinam ſpectantibus, ſed iis, quæ cadaveris adverſus putredinem conſervandi gratia adhiberi ſolita, ſermonem eſſe; & in *d. l. 3.* & *d. l. 4.* petitionem quidem aut deductionem erogatorum concedi, de prælatione vero aut privilegio nihil definiri) in eam plerique opinionem abierunt, ut parem erogatis in morbum & funus prælationem vindicaverint; & hoc jus etiam in forum traduxerint, adeo longa nunc paſſim rerum perpetuo ſimiliter judicatarum ſerie firmatum probatumque, ut ab eo recedere in reſpondendo conſultum non ſit. Dummodo meminerimus, hanc ipſam ſententiam, non ratione, ſed errore primum, deinde velut conſuetudine obtentam, vulgo ad ſolos referri ſumtus in morbum poſtremum factos, non item in alios, ex quibus ante defunctus ope medica convaluit ac reſtitutus eſt: etſi ita fiat, ut honoraria medicorum, ex artis ſuæ præceptis fideliter feliciterque curantium, poſtponantur ſubinde poſterioribus eorum ſalariis, qui ſua vel imprudentia vel imperitia potuerunt moriendi cauſam defuncto præbuiſſe, quorumque errorem terra tegit. Vide Berlichium *concluſ. pract. part. 1. concluſ. 64. num. 94. et multis ſeqq.* Carpzovium *definit. forenſ. part. 1. conſtit. 28. defin. 43. 45. 46.* Ant. Matthæum *de auction. libr. 1. cap. 19. num. 8. 9.* Neque etiam prætermittendum, non obſtante ea moribus recepta prælatione ratione impenſarum in morbum poſtremum; eas tamen non ſolum conjugis defuncti heredem gravaturas, ſed magis communioni conjugali imputandas eſſe, adeoque pro ſola parte dimidia per heredem, pro altera per conjugem ſuperſtitem, velut damna conſtante matrimonio evenientia, ferri oportere. Sande *deciſ. Friſic. libr. 2. tit. 5. defin. 8. in pr.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Inſtit. ad leg. Falcid. n. 3.* Weſel *de connub. bonor. ſociet. tract. 2 cap. 3. n. 101. et ſeqq.*

TITVLVS VIII.

DE MORTVO INFERENDO ET SEPVLCHRO AEDIFICANDO.

SVMMARIA.

1. *Qui prohibitus eſt inferre mortuum, cum haberet inferendi jus, habet actionem in factum ad id quod intereſt; quae nec heredi, nec in heredem datur. Et quae ejus rei ratio ſit, ad explicationem* l. 9. ff. de religioſis.
2. *Si prohibitus inferre non habeat locum alium commodum, agit ſtatim interdicto*, ne vis fiat mortuum inferenti. *Vincere eo poteſt & ille, qui non habet inferendi jus, quae hujus rei ratio ſit?*
3. *Qui ſepulchrum habet, non viam ad illud, ei via per vicinos concedenda eſt.*
4. *De interdicto* de ſepulchro ædificando vel reficiendo.

Cum favorabilia admodum publice privatimque ſit ſepultura cadaverum, neque per privatos neque per magiſtratus impedienda fuit ſine juſta cauſa, nec vexanda fuerunt cadavera, aut detinenda, nec prohibenda eorum translatio per territoria oppidorum; ut tamen transferendi licentia impetranda fuerit ab illis, quibus permittendi jus eſt. *l. praetor ait 3. §. non perpetuae 4. ff. de ſepulchro violato. l. ne corpora 38. ff. de religioſis.* Quod ſi funerare cupiens, vel procurator ejus, prohibitus ab alio ſit inferre mortuum in eum loeum, in quem inferendi jus eſt, agere poteſt adverſus prohibentem actione in factum ad id quod intereſt; in quam computationem cadit loci emti pretium aut conducti merces, item loci ſui pretium, quem quis, niſi coactus, religioſum facturus non eſſet. *l. oſſa 8. §. ult. l. 9. ff. de religioſis.* ſive directo prohibeatur inferre, ſive itinere aut via ad inferendum neceſſaria arceatur. *l. 1. §. 1. & 3. ff. h. t.* Quæ actio nec heredi nec in heredem competit, inter prohibentem tamen & prohibitum perpetuo datur. *d. l. 9.* Quod ipſum conſtare, miratur Gajus, rationem non aſſecutus, *d. l. 9.* minus miratur Ant. Faber in rationalibus *ad d. l. 9.* rationem e longinquo velut per nebulam vidiſſe viſus: omnem vero admirationem non ita pridem valere juſſit Cl.

Cl. D. Van Eck *disput. 3. de hereditar. action. & exception. thes. 8.* Constat scilicet, injuriarum actionem locum habere, quoties cadaveri defuncti vel funeri injuria facta est, sive ante sive post hereditatis aditionem. *l. 1. §. quotiens 6. ff. de injuriis.* eamque injuriam non tantum per illos inferri, qui jam humatum ejecerunt cadaver, aut statuam defuncti in monumento positam saxis petiverunt, juxta *l. ossa 8. pr. ff. de religiosis. l. si statua 27. ff. de injuriis.* sed per eum, qui tentaverit sepulturam impedire, uti semel iterumque testatur Imperator *in l. ult. C. de sepulchro violato.* Quemadmodum ergo injuriarum actio ex principiis notissimis nec heredi nec in heredem datur. §. *1. Institut. de perpet. & temporal. act.* ita nec mirum videri debuit hanc in factum actionem, pro ultione injuriæ cadaveri illatæ potissimum comparatam, nec heredi dari, nec in heredem. Nec est, quod quis neget, ultionem & vindictam injuriæ hac contineri actione, quia id quod interest actor persequitur. Nam & sepulchri violati judicio id, quod interest, peti potest, quod tamen non tantum ex lucro ejus, qui violavit, vel ex damno illato æstimatur, sed & ex injuria, quæ facta est. *l. praetor ait 3. §. qui de sepulchri 8. ff. de sepulchro violato.* sic ut ista actio, utcunque ad id quod interest tendere dicatur, nihilominus ad ultionem magis pertineat, quam ad rem familiarem. *l. sepulchri violati actio 6. l. quaesitum 10. ff. de sepulchro violato.* Neque turbare quemquam debet, quod hæc actio non perpetua sed annalis esse debuisset, si ad injuriarum actionem potuisset referri; perpetuum enim non est, injuriarum actionem anno terminari; non utique eam, quæ propter atrociorem injuriæ speciem ex lege Cornelia moveri solet, dum quis se pulsatum verberatum domumve suam vi introitam queritur. Cum ergo non levis, sed atrocissima contumelia fuerit credita, imo sceleris immanitas, defunctorum turbare quitem, tum ejiciendo reliquias, tum arcendo cadavera a locis perpetuæ sepulturæ, & æternæ quasi sedi quietique destinatis, imo *defunctorum* quasi *domibus*, ut loquitur Imp. arg. *l. qui sepulchra 4. C. de sepulchro violato. l. nemo 3. in med. C. de episcop. audientia.* iniquum non fuit, exemplo eorum, qui viventium domos, tutissima illa superstitum refugia, violenter turbassent, etiam illos, qui defunctus a suis arcuissent quasi ædibus sedibusque quietis, in perpetuum teneri. Sed & amplius, sepulchri violati actionem, utpote popularem, nec heredi nec in he-

redem dari, ex popularium actionum communi natura manifestum est. *l. pen. & ult. ff. de popularib. action. l. si vero plures 5. §. haec autem actio 5. ff. de his qui effud. vel dejec.* hanc vero in factum actionem adversus illum, qui mortui illationem prohibuit, ad sepulchri violati judicium pertinere, patet evidenter ex *l. sepulchri 8. ff. de sepulchro violato.* ubi Macer Jurisconsultus ait, *sepulchri violati crimen posse dici ad legem Juliam de vi publica pertinere, ex illa parte, qua de eo cavetur,* qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur sepeliaturve, *quia et qui sepulchrum violat, facit quo quis minus sepultus sit.*

2. Quod si alius locus commodus ad inferendum cadaver sepelire volenti, sed prohibito, non suppetat, liberum ei est in continenti prohibitorio experiri interdicto, ad id, ut prætor vim fieri vetet mortuum inferenti, quo ei inferendi jus est. *d. l. 8. §. ult. l. 9. ff. de religiosis. l. 1. ff. h. t.* Considerandum tamen, utile hoc interdictum nonnunquam & illis accommodari, qui jure inferendi mortuum destituti sunt, veluti nudis proprietariis contra fructuarios, aut sociis contra socios respectu loci puri. *l. sunt personae 43. ff. de religiosis.* Quod ita placuit, tum quia ea sæpe negotiorum, quia quæ interdicta versantur, conditio est, ut tantam moram non patiantur, quanta ad plenam causæ cognitionem sufficiens est, uti id in ipsis funeribus faciendis in aperto est; quo fit, ut, dum summatim tantum causa cognoscitur, interdicta etiam iis quandoque dentur, quibus jus nullum quæsitum est. *l. 1. §. sed et si 10. ff. de aqua quot. et aestiva. l. ult. ff. de rivis.* tum præcipue favore religionis & pietatis, ac publicæ utilitatis, ne cadavera jacerent insepulta; qui favor tantus est, ut nonnunquam in ambiguis religionis quæstionibus strictam juris rationem omittere soleamus, ac insuper habere, quia summa ratio est, quæ pro religione facit. *d. l. 43. in fine ff. de religiosis.* Et quamvis in interdictis causam proprietatis continentibus plena atque perfecta causæ cognitio prætermittenda videatur, quia tunc tota quæstio finitur, nec ulla lis principalis deinde supereſt. *l. 1. §. ult. ff. de aqua quot. et aestiva.* in hoc autem interdicto quasi proprietatis quæstio versatur. *l. interdictorum 2. §. quaedam 2. ff. de interdictis.* observandum tamen, ob periculum in mora, cujus impatiens sepultura est, plenam causæ cognitionem adhiberi non posse; neque eam rem tantopere domino loci, socio, vel fructuario, fraudi esse, quia locus illatione tali jus-

justum ſepulchrum non fit. *d. l. 43.* ac proinde vel de cadave re autoritate publica eximendo, vel de loci pretio præſtando actio læſo ſupereſt, titulo præcedente explicata.

3. Si quis ſepulchrum quidem habeat, aditu vero ad illud careat, officio judicis vicini cogi poſſunt, ut vel precario, vel pretio juſto conſtituto, iter aut viam concedant funus facturo. *l. ſi quis ſepulchrum 12. pr. ff. de religioſis l. utimur 5. ff. de ſepulchro violato.* de quo latius actum *tit. de ſervit. praed. ruſticor. n. 4.*

4. Eſt & interdictum de ſepulchro ædificando, ei competens, qui in ſuo loco ſepulchrum ædificat, vel etiam reficit. *l. 1. §. pen. ff. h. t.* adverſus illos, qui ædificationem refectionemve impediunt, ſive directo, ſive per conſequentiam; quive id agunt, ut ſepulchrum collabatur. *l. 1. §. praetor ait 5. & ſeqq. ff. h. t.* ad id, ne vis fiat jure ſuo ædificanti reficientique. d l. Ut tamen denegandum ſit hoc interdictum, ſi ædificans in ſolo alieno velit machinam ad exſtruendum ponere aut alligare, vel materiam eo congerere, vel propius ædes alienas ſepulchrum ædificare, cum nulla ei rei ſervitus conſtituta eſſet. *l. 1. §. aedificare 8. l. ſi propius 3. ff. h. t.* Et, ſi cadaver jam illatum eſſet, atque ita locus religioſus factus, pontifices explorare debuerunt, quatenus, ſalva religione, deſiderio reficiendi operis medendum fuerit. *l. ult. §. 1. ff. h. t.*