

& lib. 2. disput. 35. & Benedict. Pinnell. lib. 1. sect. cap. 9. ex n. 13.

- 49 Sed ut huius disputationis clausulam absolvamus, solum restat inquirere, cur in nostra lege, patrono impune licitum fuit contrahere cum libertabus, at vero patronæ id sine causæ cognitione non est permis-
sum, in *l. si patrona* 13. *D. de ritu nup.* ubi scriptum est, quod si patrona tam ignobilis sit, ut ei honestæ sint liberti sui nuptiæ, officio iudicis super hoc cognoscentis prohiberi
50 non debent. † Quod sane difficultate non caret, nam cum masculis hoc permisum sit, multo melius & feminis permittendum erat, quorum in iure peior & abiectior semper fuit conditio *l. in multis* 9. *de stat. hom.* notat Petr. Gregor. lib. 7. syn-
51 tagmat. cap. 2. num. 3. † Accedit etiam si splendor familiæ ex masculis proveniat, ipsique cognationem parentum dilatent, ab eisque proles denominetur, ut eleganter notat Alexand. ab Alexand. lib. 5. genial. cap. 4. Tiraquel. de nobilit. cap. 18. num. 21. & seq. Pichard. in disp. de nobilit. communican. num. 86. ipsæque mulieres à suis maritis non solum honores, verum & familiam, & civitatem soleant accipere *l. fin. C. de incolis lib. 10. l. mulieris C. de dignit. lib. 12.* Tiraquel. supra num. 1. & sequ. & Pichard. num. 15. E contrario autem si vir ignobilis ducat nobilem uxorem, nihil comparat *l. fin. C. de nuptiis* 1. 3. *l. edicimus* 7. *C. de iuri legul. lib. 11.* ubi idem Pichard. num. 18. & 59. Tiraquel. supra num. 18. ergo non debebat requiri in *dist. l. si patrona*, ut ignobilis esset. Mulier quippe nupta desinit esse de familia patris, & viri familiam sortitur *l. quicumque*
52 *C. de milit. lib. 12.* † Vnde Labeo fororem appellatam fuisse existi-

mabat, quasi seorsum natam, tradit Tiraquel. in *l. connub. num. 31.* indeque dixit Consulrus in *l. pronuntiatio in fin. de verb. signif.* mulierem esse caput, & finem familiæ. Rursus facit, cum lex Papia de masculis verba conceperit, etiam & ea permissione feminæ comprehendendi videbantur *l. 1. de Senat. l. si quis ita* 16. *de test. int. l. qui duos* 64. *de leg. 3. l. 1. inter* 101. §. *fin. l. liberti* 172. *de verb. signif.* † Quibus non obstantibus argumentis non sine ratione est *d. l. si patrona*, ut non tam libere servis à se manumissis per matrimonium mulieres coniungi potuissent *l. 3. C. de nuptiis.* † Ratio non est in
53 obscuro, nam quædā violenta præsumptio est, mulierem concedendo libertatem seruo, & postea ei in matrimonium iungendo, à seruo fuisse antea cognitam, & eius pudicitiam prostratam, quod non indistincti casu perpendit Martialis. lib. 1. epigr. 75. *Mæchus erat, poterat tamen hoc tu Paulla negare, Ecce vir est. nunquid, Paulla, negare potes?* & lib. 6. epigr. 22. *Quod nubis, Proculina concubino, Et mæchans modo, nunc facis maritum, Non nubis, Proculina, sed fateris,* &c. Alfonso Rex noster in *l. 3. tit. 3. part. 6.* quando scilicet mulier pendente accusatione adulterij cum seruo, illum instituat, quo casu inquit non valere institutionem *Ca fuerit sospecha seria. contra ella, que era verdad lo que della acusaron, pues tanto le amana, que le facia subredero,* tradit ibi Greg. Lopez ob idque odiosas esse has nuptias ait *d. l. 3. C. de nuptiis.* † Quæ autem proprio seruo se immiscebat ex S. C. Claudiano, cuius meminit *l. unica C. de S. C. Claudian.* variis pœnis afficiebatur §. *fi. In si de successione lib. 1. l. Lucius* 27. *titul. 11. versic. maxima* *l. Lucius* 27.

D. de pñi, notat Gotofred. in dict. loco Vlpiani, Pichardo in d. §. fin. Vela de delictis cap. 61. Pancirol. lib. 2. variat. c. 22. Bened. Pinel. lib. 1. se-
 lect. cap. 9. nu. 17. Deinde alia pñe infligitur fuerunt in l. unica C. de mul-
 56 *lier. qua se*. † Vnde potius in pñas, quam in matrimonium danda erat huiusmodi patrona, quæ nec prop-
 77 prie substantiæ percipit seruum li-berando, nec pudori, dum per ma-
 trimonium danda erat huiusmodi patrona, quæ nec propriæ substan-
 tiæ percipit seruum liberando, nec pudori, dum per matrimonium re-
 rum suarum seruum constituit do-
 minum, & in maximū dedecus ce-
 dit, etiam ignobilissimæ, vilissimo
 seruo à se manumisso coniungi.
 77 † Hoc tamen in maribus nō ita fuit
 admissum, nam si cum propria an-
 cilla quis coeat, multoties creditur,
 non tam ob luxuriam, & libidinem
 matrimonium contraxisse, quam a-
 liam ob causam, vel ob fidem, vel
 ob liberos susceptos in concubina-
 tu, argum. d. l. lege 44. §. si postea, vel
 ob alias causas, quæ cum libidine
 non habent cognitionem, & ideo
 serua eo casu libertate donatur, do-
 cet videndus Thom. Sanchez lib. 7.
 disp. 20. vbi late de hoc articulo, &
 58 Pinel. d. lib. 1. c. 9. n. 26. † At in fœ-
 mina id fœdissimum semper, & non
 nisi libidinis causa iudicatur facti-
 tatum, & in eis libido plerumque
 turpiore est, & detestabilior, vt ele-
 ganter docet Tiraq. in l. 1. connu. n.
 59 41. † Quam ob rem maioribus pñ-
 nis adulterium fœminarum vindi-
 cari solet, quas cumulat Vela de
 delictis c. 1. Farin. 4. tom. crim. tract.
 de delict. carnis, qu. 141. Brisson l. b.
 frug. ad legem Iul. de adult. Thom.
 Sanchez de matrim. lib. 10. disput. 8.
 Pichard. in §. item lex Iul. de pub.
 60 iud. † Quia ratione procedit, quod

scribit Pap. in l. quamquam 62. §. mul-
 61 *lier D. de rit. nup.* illis verbis. *Mulier
 liberi viri, ac patroni sui mala ratio-
 ne cōiungitur.* id est, vt mulier liber-
 to viri sui, quem ipse vir manumiserit,
 (Ita eleganter accepit Accursius, quē
 miror non citasse Cuiacium lib. 4.
 resp. Pap. ibi) *mala ratione*, id est, ma-
 lo more (vt in l. cum seruus §. 4. in fine
 principy D. mandati l. 1. §. litis causa
 D. de variis, & extraord. cog.) seu ma-
 lo coniugatur exemplo, ne quis pu-
 ter, eum patrono adhuc superstitē
 adulterium cum eadem commisisse.
 Ita eleganter Græci interpretes ad-
 notantur.

Sed inquirendum restat, ad quid 61
 necessaria fuit in dict. l. si patrona co-
 gnitio illa iudicis, an ignobilis sit
 patrona necne. Cui difficultati res-
 pondeo, quod cum illa suspitio, de
 qua suprà, adeo vehemens esset, si
 mulier liberti sui affectauerit nup-
 tias, ex præsumptione illa puniebā-
 tur liberti (vt constituunt Senatus,
 & Antoninus in d. l. 3. de nuptiis) aut
 metalli, aut operis publici pñna, ita
 docente Paulo lib. 2. sent. tit. 19. fin. id-
 que pro dignitate personæ quod ad
 mulierem referendum est, nō ad li-
 bertum, vt siquidē mulier illostris,
 aut honesta sit, maiori pñna afficiat-
 ur, si verò ita sit ignobilis patrona,
 vt liberti sui nuptiæ honestæ sint, tū
 iudex apud quē accusatio vertitur,
 tales nuptias non debet prohibe-
 re, atque ita cum crimē sit hæc præ-
 sumptio, de ea cognoscit iudex, qui
 libertum in pñas legū condemnab-
 it, si de eo aliquid constiterit, & si
 adeo sit ignobilis patrona, cuius pu-
 dor non ita sit attendendus, tanquā
 si honesti generis fuisset, tū nuptias
 cōtrahi nō prohibebit. † Vnde cre-
 62 do deceptum fuisse Pinellum d. c. 9.
 nu. 16, existimantem, de Iure Ciuili
 mulierem potuisse matrimonium
 cum

eum seruo proprio contrahere, etiā extra legis pōnā, & tenere tale matrimonium in casu singulari dicitur si patrona. Nam cum lex illa in liberto loquatur, non poterit, quod ita odiosum est d. l. 3. C. de nupt. ad seruos proprios extendi argum. l. cum quidam 19. de lib. & post. cap. odia lib. 6. de reg. iur. † Præcipueque, cum seniorum nuptiæ, aut connubia non erant, sed contubernia, & seniorū coniuges non vxores dicuntur, sed contubernales, vt cum multis iuribus probat Bald. in princ. Instit. de nupt. num. 10. & 11. & Anton. Fab. in iurisp. tit. 9. princ. 1. illat. 2. quia nisi inter ciues Romanos contrahi non poterant nuptiæ, princ. de nupt. Conn. lib. 8. comm. cap. 6. in princ. 64 & notauimus supra. † Hoc autem, quod de patrona diximus, non habet locum in patrono, verum si tam ignominiosam duxerit libertam, vt dedecus ei sit, & si valeret matrimonium, tamen non habebat legis Papiæ beneficium vxores ducentibus concessum, l. filio 28. §. 1. D. de rit. nup. Quod de Senatoribus accipiendum non est, sed de reliquis, qui, & si eis licitum erat contrahere, tamen si ignominiosa erat liberta ita censebantur quo ad beneficia legis Papiæ, tanquam si non contraxissent matrimonium, vt in d. §. 1.

CAPVT VI.

De reuocatione libertatis propter ingratitudinem libertorum. Iusto commentario ornata L. 2. C. de Libertis, & eorum liberis.

SYMMARIUM.

1 Ingrati animi vitium detestatur.

- 2 Apud Persas contra ingratos actio prodita.
- 3 Idem apud Macedones obtinuisse probatur ex Seneca, cuius loci sine emendatione explicatur.
- 4 Apud Romanos ingrati actio non fuit, & eius ratio.
- 5 Fuit tamen contra libertos ingratos Patronus data, & n. 6.
- 7 Præstatio libertatis maximum beneficium.
- 8 Libertas omnibus rebus anteponenda.
- 9 Serui propria nomina non habebant, sed ea ex la scinia dominorum sortiebantur.
- 10 Serui multis expositis supplitiis, & viis discriminibus.
- 11 Ratio, quare liberti ingrati in seruitutem redigantur.
- 12 Filij contra parentes ingrati, iterum patria potestate subduntur.
- 13 Inquisitam de huius pena, contra libertos, auctore.
- 14 An Claudius Imperator sanxerit contra libertos hanc penam.
- 15 Libertorum maxima potentia effecit, vt Traianus in seruitutem eos reuocandi ius daret.
- 16 Martialis explicatur.
- 17 Edictum supradictum Traiani adauxit Commodus, & alij postea.
- 18 Traditio Schifordegheri aientis nullam ingrati esse actionem, perpenditur.
- 19 Probatur contra Schifordeg. libertum teneri patrono reddere beneficium.
- 20 Adfirmatur contra ipsum libertum naturaliter patrono obligari.
- 21 L. si non sortem §. libertus de condict. indeb. operis officialibus intelligit Schiford.

- 22 Sed hic intellectus reprobatur.
- 23 Obligatio naturalis liberti non metitur iuxta regulas civiles. & num. 24.
- 25 L. non solum §. fin. de pecul. explicatur.
- 26 Liberti ingratitudo, ex multis causis asseruatur.
- 27 Arbitrio iudicis relinquitur, quae causa sufficiens sit, ut ingratus videatur libertus.
- 28 L. solo. 34. C. de liber. caus. interpretatur, & num. seq. & n. 34.
- 30 Obsequia debentur patronis a libertis, & quae sint. & numer. 31. & 32.
- 33 Libertus, qui obsequium non praestiterit, ut ingratus accusatur extra ordinem.
- 35 Patronus contra libertum aget, et si pro libertate acceperit nummos ad interpretationem L. 3. D. de obsequiis, & l. 1. C. h. t. & num. 36. 37. & 39.
- 38 L. si seruo 84. de her. instituen.
- 40 L. si tuis C. de oper. lib. & an seruus possit nummos habere proprios.
- 41 An seruus, qui datis Titio nummis, ut cum emeret, & manumitteret, ut ingratus possit a Titio accusari.
- 42 Liberti ingrati filij, etiam in seruitutem reuocantur. & nu. 44. 45. & 46.
- 43 Partus sequitur ventrem.
- 47 Filij pro delicto paterno puniuntur. & nu. 48. & 49.
- 50 Seruitus, quae hac lege imponitur liberti filijs, comprehendit natos post delictum.
- 51 Referuntur Doctores, qui tradunt an filij nati ante patrum delictum debeant puniri.
- 52 Statutum Collegij Conchenfis circa puritatem sanguinis Collegiarum.
- 53 Quomodo in ceteris Collegijs praestit-

catur statutum puritatis sanguinis.



INGRATI animi vitio, nullum equidem vitium aut turpius esse, aut a natura hominis alienius, Menandri fuit sententia ab Aufonio traducta epig. 132. Nil homine terram pius ingrato creare eleganter aientis: vnde ingratitude, omnium vitiorum maximum vitium appellauit Seneca de benefic. lib. 1. cap. 10. † Vt non immerito apud Persas ingrati actio prodita esset, legibusque & moribus receptum, ut in iudicium, crimēque vocari posset, qui beneficij accepti immemor, gratias cum posset, non retulisset; adeo crimen hoc sunt detestati, ut ex Xenophonte lib. 1. Cyti Pædiae, & Ammian. Marcell. lib. 23. docte obseruauit Briffon. lib. 2. de regno Persico vers. *ingrati ergo* pag. mihi 196. † Quod & Macedonibus in vsu fuisse probat Seneca lib. 3. de beneficijs cap. 6. ibi: *Excepta Macedonum gente, non est in vlla data aduersus ingratum actio.* Quē locum contorquet Muretus lib. 12. var. cap. 3. & loco *Macedonum* reponit *Madorum* consentiente Lipio in notis ibi: nu. 25. & Schiford infra laudando, quod non est necessariū, cum Seneca loquatur de nationibus, quae sub Imperio erant, non de exteris, ut ipsa series demonstrat, & quāuis Athenis ingrati poenis afficerentur, ut refert Valer. Maxim. lib. 2. cap. 1. & lib. 3. cap. 3. & ex alijs docet Menoch. de praesump. lib. 5. praesump. 4. nu. 11. & praesump. 33. nu. 30. id ad seruos, & libertos referendū est. nō ad omnes indiscriminatim, ut in Macedonia Seneca ait obtinuisse, qui ita intelligendas est retenta recepta littera,

litera, respuo enim deceptum in hac re fuisse, vt supradicti authores sine ratione tradunt.

4 Apud Romanos autem, nulla aduersus ingratos cōstituta fuit actio, quia vt Seneca ait dict. cap. 6. hoc frequentissimum crimen nusquam puni-
tur, obique improbatur, neque absolui-
mus illud, sed cum difficilis esset incerte rei aestimatio, tantum odio damna-
uimus, & inter ea reliquimus, quæ ad vindices Deos mittimus. notat Cæz.
Rhodig. lib. 4. lect. cap. 28. † Sed adhuc tamen aduersus male meritos,
impuros, & flagitiosos libertos, qui
erga patronos ingrati extiterunt, ip-
sos in seruitutem iterum redigen-
di facultas patronis concessa est,
quod in tanti criminis detestatio-
nem, & ad filios etiam extensum
est, non tamen adeos qui libertatis
6 tempore sunt nati. † Quam con-
stitutionem l. 1. probant alia huius
tituli iura l. qui manumittuntur C. de
operis libert. l. sol. 30. C. de liber. caus.
l. vnic. Cod. de ingratis lib. §. maxima
de cap. dim. & præterea l. 1. §. cum pa-
tronus de officio præfetti urbis, l. non so-
lum 6. §. 1. de in integ. rest. l. si mulier
21. D. de eo quod metus l. alimenta 6. §. 1.
de agnos. lib. l. Diuus. §. de iure patr. l.
qui cum maior 14. §. si libertus l. si li-
bertus 32. de bonis liber. l. si quis hæc le-
ge 30. D. qui & a quibus. l. sciendum
70. §. 1. de verberum sig. significat. auth. vt
liberti de cætero, seu Nouella 78. cap. 2.
facit l. cum post. 69. §. patrona D. de
iur. dot. Concilium Hispan. l. cap. 10. de
iure nostro Regi. l. tit. 11. lib. 3. fori &
l. 2. tit. 2. part. 7. exortant, & expli-
cant Gregor. in dict. l. Regiaglos. §.
Donell. lib. 2. comment. cap. 17. & 24.
& lib. 12. cap. 2. vbi Oñold. liter. O.
Cuiac. lib. 10. obseruat. cap. 33. & lib.
21. cap. 6. Connan. lib. 1. comment. c.
7. num. 4. Rnard. lib. 1. coniect. cap.
11. Menoch. dict. præsumpt. 33. Tira-

quell. in l. si vnquam verbo libertis,
num. 31. C. de reuocan. don. Sanch.
de mattim. lib. 7. disp. 24. nu. 13. Ant.
Fab. in Iurisprud. tit. 5. princ. 2. il-
lat. 4. & 10. Schiforded. lib. 3. tract. 26.
quæst. 1. & seq.

Suasit id magnitudo beneficij, 7
quod seruus accipit ex præstatione
libertatis, cum ex infami, & villissi-
ma seruitutis conditione, miseroq;
statu, in libertatem reuocatur. quod
grande beneficium appellat Vlpian.
in l. 1. de bonis libertorum, Et infinita
aestimatio, Paulus in l. non est 176. in
fine de Reg. iur. Cicero tercia act. in
Verrem summum, & Terentius in
Andr. in princ.

Quod habui summum precium, per-
solui tibi,

Scis scire è seruo, vt esses libertus
mibi.

† Nec sine ratione, cum libertas sit
vitæ anteposenda, & Regno Persa-
rū vt ex aliis Tiraqu. testatur in l. si
vnquā verbo donatione largitus, nu.
331. † Quid enim miseris seruitutis
statu, cum ipsi serui statū non habe-
rent, nec nomē quidē propriū Et li-
cet Stichi, Syri, Getæ, Erotis, & id
genus alia nomina inueneris, quæ
ex Agellio lib. 4. noct. Att. c. fin. de-
duxit Alex. Neapol. lib. 3. genial. cap.
20. Pancirol. lib. 1. thesau. var. cap. 45.
verius est pro arbitrio, & lasciuia sæ-
pe dominorum componi cōsueuis-
se. Oñold. lib. 2. Donel. cas. lit. F. Con-
nan. lib. 2. comment. c. 7. nu. 2. Mor-
tisque ob id seruicos quandam ima-
ginem referebat l. quod attinet l. ser-
uitutem 202. de reg. iur. cum aliis,
quæ recenset Pet. Fab. in l. libertas
105. de reg. iur. Menoch. de arbitrar.
cas. 210. Tiraquellus dict. numer.
311. Oñold. dict. lib. 2. cap. 9. lit. Q. †
Neque in merito, nam serui expoli-
ti fuerunt in infinitis cruciatibus, pu-
gnis, colaphis, fustibus, virgis, vin-

culis, carceribus, & morti ipsi, ut docet Dorleaus ad Tacit. lib. 3. ann. ad illud. *Neque carcer, neque laqueus, nec seruiles quidem cruciatus nisi.* 7. Quinimodò, & vita ipsa quotidie in discrimine posita præ libidine dominorum, ut constat ex §. in potestate de his qui sunt sui, & ex Senec. epist. 47. & lib. 1. de clement. cap. 8. † Vnde, qui tanti beneficii immemores, ingratiissime contra patronum ceruicem exercebant, criminis manifestos merito ad seruitutem retrahi debere æquum fuit, ut pœna coerceretur, quos beneficia non mutarunt, ut ait Tacit. lib. 13. Annal. & seruus sit qui liber esse nesciuit, ut ait Valer. Maxim. lib. 2. cap. 1. *nam qui libertatem accepit* (verba sunt D. Ambros. lib. de Iacob. cap. 3.) *meminisse sui manu-missoris debet, ita ut patrono suo nouerit legitimam obsequium deferendum.*

† Et similiter ob hanc causam etiam filij, qui contumaces contra parentes extiterunt, vel ingrati, iterum in patriam potestatem rediguntur, l. vn. C. de ingrat. liberis, ubi Cuiac. & lib. 10. obseruat. cap. 33. Ant. Fab. in iurispud. titul. & princ. §. illat. 1. Dornel. lib. 2. comment. cap. 17. & ibi O. fuald. lit. C. & cap. 24. lit. H.

33 Sed cum adhuc Senecæ temporibus hæc in vlti pœna non fuerit, non abs re erit, de eius auctore perquirere. Renardus supra id Commodo Imper. attribuit per l. aliment. 1. §. 1. D. de liber. ag. nos. Cuiac. vel id dict. cap. 33. & lib. respon. Matcel. in l. 3. de obsequiis, iam ad Traianum refert, iam ad Neronem, & Claudium, nec in re certâ pedem figit, tandem subiiciens, nullo Pandectarum loco liquido comprobari posse, liberos ingratos reuocari in seruitutem. Quem refellunt tot iura supra in comprobationem à nobis adducta, quæ sine manifesta violentia

ad aliud pertinere non possunt. Neque ad aliud possunt respicere Iure Consulti in l. ingratus 19. de iure patron. & l. fin. D. de obsequiis. Alij ad legem Eliam Sentiam referunt per dict. l. 7. c. §. 1. de verb. signific. Connanus supra ad Claudium, qui ut Sueton. auctor est in eo capit. 25. ingratos liberos, de quibus patroni quererentur in seruitutem reuocauit, meminit Marcian. in l. Diuus §. D. de iure patron. † Verum ego non ita generaliter Claudij factū accipio, ut scilicet constitutionem aliquam ederet, sed motum patronorum querelis, ingratos aliquos accusatos in seruitutem redigisse. Ita sentire videtur Dio lib. 60. hist. inquiring. Porro in aliorum liberos scelera grauiter animaduertens Claudius ita suis indulgit. & Tacit. lib. 13. annal. qui de Neronis tempore ait. *Actum est in Senatu de fraudibus liberos, efflagitatumque, ut aduersus malemeritos reuocanda libertatis ius patroni daretur, & postea. Scripsit, Caesar Senatui priuatim expendere causam liberos quoties à patronis arguerentur, in commune nihil derogent. Quibus demonstratur post Claudium ius commune non esse derogatum, ut etiam ibidem probat Tacit. Disserebatur contra paucorum culpam, & ipsi exiti osam esse debere, nihil uniuersorum iuri esse derogandum.* Nam alias non ita Senatores timidi ignaro Principe de hacre censerent. Subsanatum itaq; est his remediis vultus, vel potius rectum. † Donec ita liberos audacia eò peruenierit, ut plus possent, quam Respublica ipsa, quo motus Traianus constitutionem edidit, ut liberti ingrati reuocarentur in seruitutem. † Docet Mart. lib. 10. epig. 34. ad Traianum.

Qui sua restituta spoliat iura pa-

tronos.

Liben

Libertis, exul non erit ille, suis.

Vbi restituit verbum magis ad audaciam libettorum, qui superbia sua patronos debitis obsequiis defraudant malo respicere, quam ad Domitiani constitutionem referre cum Radero, nam Domitianus nihil contra patronos constituerat pro libettis, sed cum eis nimis fauisset, ipsi solebant patronos proscribere, & sua delatione efficere, vt in exilium darentur, ob eamque causam tempore Hadriani, libetti in ergastulis iam erant cum seruis inclusi, refert Spattian. ibi: *Ergastula seruorum, & libettorum in lis.* Quod de libettis ingratu accipiunt recte Casaubon. & Salmastius, pag. 9. sed non tradiderunt occasionem, quam de-
 17 derat Traiani edictum. † Postea autem hanc Traiani constitutionem adduxit Commodus in d. l. *alimenta* §. 1. & Diocletianus in d. l. *Qui manumittuntur*. 12. C. de oper. liber. & tandem Constantinus in nostra hac lege ius patronorum extensit, etiam ad leuem offensam.

18 Vnde examinanda venit traditio Schifordeg. lib. 3. tract. 26. quæst. 1. & 2. qui ait nullam ingratu actionem legibus esse constitutam, quoniam libettus qui in seruitutem reuocatur, nullum tenetur reddere beneficium. Prorumpitque in hæc verba. Quomodo dicemus, eum qui accipit beneficium obligari naturaliter, cum nulla præcesserit causa ciuilis? *l. non solum* 49. §. fin. de pecul. Quod si respondeas hanc esse remunerationis causam, retorquet ipse, non esse hanc debendi causam Iure Ciuili cognitam, cum nuda ratio non faciat debitorem. *dict. l. non solum* §. fin. *l. nuda* 76. de donat. quia remunerationis causa posita est in nuda ratione, cum nemo cogatur ad remunerandum, quando remuneratio cau-

sam ex beneficio sumat, quod nullis legibus subiicitur, argum. *Interdum*. 13. de precario. Et si ad libettum veniamus, ait, illius ingratitudinem non æstimari, quod patrono nihil reddiderit, sed ex eo potius, quod acceperit seruilis ingenij nequitiam, & ceruicem exerexit contra patronum, aut leuem offensam commiserit, vt in hac l. 2. obsequium enim quod patrono præstat, illud nõ tam remunerandi causa præstat, quam explendæ reuerentiæ gratia: & quauis non neget Schiford. patronum præstare beneficium, negat tamen libettum ad remunerandum cogi, cum patronus hoc ipso, quod manumiserit in bonis libetti ius aliud quod acquirit, vt antea solebant res duras exigere l. 1. *D. de bonis liber.* vbi cum dicat Iure Consult. res durissimas à libettis exigi solitas ad remunerandum, significat nullam interuenire naturalem obligationem, cuius est propria conditio, vt quæ naturaliter debeantur ea exigi nequeant.

Hæc, & alia multa Schifordeger. 19 fusiissimis, vt solet verbis omnia confundens, & argutiola iuuenili perturbans. In primis itaque falsus est asserendo, libettum non teneri beneficium reddere, nam, cum vt supra probauimus, omnes leges dationem libettatis beneficium appellant l. 4. C. de obsequiis, & quidem magnum l. 1. de bonis libettorum cū aliis, consequens est libettum in multis coniectum esse obligationes, quas si libettus soluere non reperit, nec similiter reddere beneficium, cur patronum tenebatur instituire? §. 1. de success. liber, cur præter obsequia, optas eidem dabit? l. 2. cum aliis de operis liber. cur ergo in seruitutem reuocatur ingratu, in pluribus iuribus nostræ decisionis similibus

- 20 † Hoc non aliter constitutum, nisi quia naturali obligatione tenetur, quod discrete probatur in *l. si non forte* 26. §. *libertus* 12. de cond. et. ind. ob. ibi: *natura enim patrono operas liberti debet*, iuncta *l. naturales* 10. de ob. lig. at. *l. si operas* 25. de prescript. verb. † Nec effugit vim illius resp. Schiford. asserens quæstion. 3. in princ. eas operas deberi iuregentium (quæ fuit sententia Accursij ibi) quoniam credendum est, obligatum manere naturaliter ad operas modicæ æstimationis illum, qui beneficium inæstimabile libertatis accepit (verba sunt Ant. Faber supra illat. 12.) & cum operæ aut sint officiales, aut fabriles, *l. opera* 9. l. 22. & 29. cum aliis de operis liberti iuncto Ant. Fabri supra illat. 13. Donell. lib. 2. cap. 18. Pichard. in princ. Infit. de acqui. per adrog. ex num. 64. de operis officialibus intelligi debet dict. §. *libertus*. Cum illæ operæ descendant ex præstatione officij, & commodopatroni *l. cum patronus* 22. de operis liberti. Et sicuti naturaliter honor, & officium eidem debetur *l. 2. C. de in ius vocan-*
 21 *derita* operæ officiales, quæ in eo consistunt iure. † Quæ interpretatio non conuenit verbis dicti §. *libertus* (licet eam tradiderit, vt dixi, Accurs. verb. *debere* quem debebat allegare Schiford.) nam vt rectissime considerauit Castren. ibi. num. 3. si operas obsequiales soluisse, tunc non diceretur aliquid indebitum soluisse per errorem, quia illæ debentur sine dubio iure etiam naturali, & quauis debemus de eistatim loqui illum §. nonne, & illas extorquet obligatio naturalis? Quosum huiusmodi operæ tendunt, nisi vt liberent à vinculo illo naturalis obligationis libertum, aut ex quo fonte ptoueniunt, nisi ex eo? *l. sed si leges* 25. §. *consultus* D. de petit.

hered. vbi naturaliter quis obligatur ex beneficio. † Quæ obligatio naturalis non eisdem regulis, neque secundum obligationes ciuiles, sed iuxta honestatē, & moralem obligationem metitur, neque est similis ei, quæ nascitur ex nudo pacto, de qua in *l. cum amplius* 84. §. *de natura* de reg. iur. d. *l. naturales* cum aliis: nec semper habet eisdem effectus, sed in hac specie cum tantum, vt is qui donationem accepit, vel beneficium, deuinctum se sentiat ad remunerandum, ne ingratus sit, argum. *l. si pignore* 54. D. de furtis ibi: & beneficij sibi acquirere debitorum. Quo sensu accipiendus est Seneca lib. 2. de beneficiis cap. 18. dum ait: *Et quidem diligētius querendus est beneficij, quam pecuniæ creditor; hinc enim reddendum est quantum accepit, & si reddidit solutus sum ac liber*. Ita docent eleganter D. Thom. 2. 2. quæst. 106. artic. 4. & sequent. Duaren. ad tit. de cond. et. ind. cap. 6. & ad tit. de obligat. cap. 2. Pet. Fab. in d. §. is natura Menoch. Couarr. & alij relati ab Osualdo lib. 12. Donel. cap. 2. littera O. † Et idē in hac re Osualdi iudicij agnosco, qui veram esse hanc obligationem naturalem censet ex dict. *l. si pignore*, nam & si, vt ait Seneca de benef. lib. 3. cap. 31. non est beneficium, si de redditu cogitauit, tamen qui dat hoc proponit, prodesse ei, cui dat, & voluptati sibi esse, item ea ratione dat, vt sibi illum conciliet recipientem, vt inuicem ei praestet, qui accipit eo ipso se obligat. Vnde cōsentimus ambo: ego vt illum mihi conciliem, vt ei prosum, alter vt ad gratum animum præbendum obligetur, nam cum accepit ita se obligationi illi adduxit. Exemplum in mutuo dedit vt fiat tuum, non vt eo eo animo, vt mihi reddas in genere suo, sed in animi grati deuon-

stratione, quæ demonstratio ex variis causis dignosci potest, non quicquid poterit, & faciet qui accepit, & reddet sed temporum, rerumque occasionem sequatur, & satis est si nunc eius implere cupiam, à quo aliquid accepit, vsus enim accipientis restat, & aliquod ex homine grato commodum, si ergo benigne accipi beneficium, qui dedit gratiam iam recepit, mercedem nondum, quia voluntati voluntate satisfecit, rei rem debet, & si retulisti gratiam benigne, accipiendo tamen adhuc debes. Hæc ex Seneca libauimus dict. lib. 3. cap. 11. & 33. & lib. 2. ex cap. 30.

- 25 † Neque pro Schiford. facit dict. l. non solum 49. §. final. de peculio, quia sufficit illa causa, ut prodesse velim, quæ non potest esse nuda ratio l. 2. §. item Varus D. de aqua pluuiæ. Vel dicibi agi de obligatione illa naturali inter dominum & seruum, quæ habet effectus ciuiles, ac proinde necesse esse, ut causa illa præcedat, qua hominem liberum obligaret, quod tamen non obtrinet in obligatione naturali, quæ nullos habet effectus ciuiles, sicut est hæc de qua
- 26 agimus. † Itaque quo ad libertum attinet, non ex eo æstimatur ingratus tantum, quod offensam fecerit, sed ex multis, quia ut ait Seneca libro 3. de benefic. capite 1. multa sunt genera ingratorum. Ingratus est, qui beneficium accepisse se negat, quod accepit: Ingratus est, qui dissimulat, ingratus, qui non reddit: ingratus est omnium, qui oblitus est. Ac proinde cum gratitudo posita sit in multis: in ministerio, operibus, voluntate, beneuolentia; ita & ingratus animus in omnibus potest adesse, & ideo libertus erit ingratus domino non assurgendo, & obsequia non præstando l. 1. supra hoc tit. l. ingratus 19. de iure patroni. in hoc est

redditio beneficij, quam præstat libertus, & in hoc etiam est grati sui animi erga beneficium libertatis demonstratio, id est obsequij exhibitio, & operæ præstitæ. † Indeque cum lex nostra generaliter dicat: si extiterit ingratus, qui manumittuntur de operis libertorum. Eis verbis omnem ingratitudinem significat, & ita arbitrio iudicis relinquetur, an hæc vel illa causa sufficiens sit ad reuocationem libertatis, ut constat ibi: si in iudicio, vel apud pedanos Iudices, patroni querela exorta, ingratus cum ostendat l. si manumissori Codice de obsequiis, ibi: Præter quantum huiusmodi licentiam æstimabit. Inter alias causas erit & illa; si quadam contumacia ceruicem erexerit, id est, contempserit patronum, vel eum noluerit honorare, vel obsequiam fecerit, quæ quantumuis leuis fuerit sufficiet, iuxta terminos illius legis, licet hodie causas ingratitudinis præscripserit Iustinianus nouella 78. cap. 2.

Vnde infero interpretationem 28 ad Diocletiani rescriptum in leg. solo 30. Codice de liber. caus. vbi statuit solo obsequij non præstiti velamento, datam libertatem rescindi non posse. Cui congruit Iuris Consult. in leg. 3. in fin. Digest. de adimend. leg. vbi legata, quæ sunt quædam donationes, princip. Insitit. de legat. non reuocantur propter leuem offensam, & tamen si obsequium non præstiterit libertus, ingratus esse docet Paulus in l. ingratus 19. de iure patroni. l. 1. de libertis 9. D. de obsequiis l. mater. c. in fin. C. de oper. liber l. 4. in fin. de obseq. † Cui difficultati Accur. statim 29 occurrit hic quæ sequitur Saly. n. 1. & alij. Quorū relictis interpretationis, pro explicatione obseruo, libertos hoc ipso quod liberti sint, præ

beneficio manumissionis patrono adstrictos manere, ad obsequium præstandum, & ad alia munera quæ sedulo commemorant Ruard. sup. & Ant. Fab. in iurisprud. tit. 5. princ. 2. illat. 8. Connan. lib. 2. comm. cap. 7. Donell. lib. 2. com. cap. 17. in quibus
 30 consistere dicitur ius patronatus. † Debeantur ergo obsequia patronis l. 1. & per tot. D. & Cod. de obseq. a liber. patron. præst. l. in quidquam §. de plano D. de offic. Proconsul. l. si quis à liberis §. utrum. de liber. agnos. obsequium inliberto, est honos, & reuerentia, quâ libertus pro illo beneficio manumissionis patrono exhibere teneatur l. 2. l. licet in fin. D. de obsequiis leg. sed si hac §. 1. & §. patronum. l. generaliter. D. de in ius vocand. † Hic honores partim versatur in faciêdo, partim in non faciêdo. In faciêdo, ut omni dicto, factoque libertus erga patronum reuerenter se gerat, ut erga eos faciendum est, quorum personâ honesta, & sancta esse debeat, ut patris, dict. l. libertus. de obseq. nempe assurgendo, de via cedendo, bene monentem patronum audiendo, ei que parendo, & tandem ut libertus, quæ amicus amico, cuius ciuibus præstare solent, ea postulant patrono præstet; veluti ut res eius administret, ut filiorum tutelam suscipiat, ut patronum pauperem alat de suo,
 32 si habeat unde faciat. † Alia sunt in non faciêdo constituta. Ne libertus manus violentas ingerat in patronum, neque conuiuium; ne aduersus vitam aliquid moliat; docet eleganter Connan. supra, & Anton. Fab. illat. u. Donel. dict. cap. 17. Wesembach. in tit. de obsequiis. & ante eos Castren. in dict. l. si non sortem 26. §. libertus. numer. 3. de condit.
 33 indeb. † Ex quibus constat, quod si libertus aliquid contra patronum egerit, ex quo offensâ resyltet, tan-

quam ingratus poterit accusari, & in seruitutem redigi, proposita extra ordinem ingrati accusatione, l. 1. 3. & 4. C. hoc tit. Alias autem, si ob non præstitum obsequium dumtaxat vbi culpa non interuenit, sed tantum aliqua incuria, vel quia obsequij nõ præstiti color, aut prætextus à patrono quæsitus est, ut libertum tanquã ingratum in seruitutem reuocaret, non debet hoc valere, neque pœna imponi. † Ita probat vox *velamento*: quæ colorem quæsitum, & prætextum significat (l. velamento. 4. C. de postulan. l. 1. C. de repud. bon. poss. l. velles. 6. C. de reuoc. donat.) qua denotat Imperator, patronum illum colorem quæsisse, non verum vel legitimum, ut apud Senec. epist. 21. *Epicura dicta commemoro, ut isti qui ad ea confugiunt, qui velamentum se ipsos suorum vitiorum habituros existimant.* Tunc ergo tali casu, si libertus in officiosum se præbeat, recepta querela patroni, magistratus, vel verbis, aut minis libertum emendabit, aut castigabit sub comminatione seruitutis non defuturæ l. 1. de in re patron. & aliquando patrono levis coëctio permittitur l. Prætor 7. §. præterea de iniuriis.

Deinde infero adeò grande esse beneficium hoc manumissionis, ut & si patronus pro danda libertate pecuniam acceperit, adhuc tamen contra ingratum libertum agere poterit, ita probat eleganter Marcell. in l. 3. D. de obsequiis à liberis. Rationemque eam reddit, quoniam & si non gratuitum, præstitit tamen beneficium. In contrarium tamen videtur esse Antoninus in l. 1. C. hoc tit. vbi non potest, ut ingratum libertum accusare ille, qui non gratuitam dedit libertatem. At in d. l. 3. non esse gratuito datam constat, cum pretiũ acceperit, & aliud est gratis dare, aliud

liud pretio constituto, *l. si tibi 22. D. de prescript. verb. l. 4. D. si quis omisit*, & vt Cicero lib. 1. de finib. relatus ab Alexand. Neapol. lib. 5. genial. cap. 1. ait, *Qui opis, emolumentique causa largitur, virtutis nomen amittit, ingenique cum animi bona facere necesse est*, neque animi si ob tuam causam cuique commodos, beneficium id repugnandum est, sed generatio. Congruit Seneca de benef. lib. 2. cap. 1. & *l. proxime 50. D. de ris. nupr.* ibi magis enim debuit libertatem praeferre, quam vltimum beneficium contulit. quae lex auctoritatem habet eundem Marcellum. idem probat Paul. in *l. si seruo 84. D. de hered. insti.* & Imper. in *l. si tuus 7. C. de oper. libert.* † Quorum iurium difficultatem agnoscit post Accurs. in dict. l. 3. Castrens. in l. digna vox C. de legib. Roman. sing. 459. Socin. & Corta relati à Tiraquel. in l. si vnam verbo *libertis* numer. 31. circa fin. Cuiac. lib. respon. Marcelli in d. l. 3. & lib. 23. quæst. Paul. in dict. l. 84. Ex quorum placitis dicendum existimo, quod cum huiusmodi accusatio ingratum liberti, dependeat ex beneficio manumissionis, recte poterit eam instituere patronus, si nūmis, etiam datis ab alio, dederit libertatem, quo casu beneficium est, contra quod venire non debet, cum potuerit dominus, etiam si multæ pecunie ei offerrentur, adhuc non dare libertatem. Beneficium ergo in tali datione consistet, nam vt ait Seneca non omnes beneficium gratuitum est semper, beneficium est, quod quis dedit cum potuisset & non dare. At dominus recte potuit, etiam si pecunia ei daretur eam respondere, & non dare, atque ita quamvis pecuniam acceperit, beneficium fecit, & hoc est quod ait Modest. in d. l. 3. *quamvis non gratuitum, beneficium tamen præstitit*. † Aliud tamen erit, quando a-

liquis per fideicommissum rogatus fuerit seruum manumittere, ut in d. l. 1. cum aliis, tunc enim non habuit potestatem denegandæ libertatis *l. Titius 43. D. de act. emp. l. mulier 22. non est D. ad Treb.* quam debitam præstitit, & ideo liberti beneficium non contulit, quia coacta manumissio proprie liberalitas non est, *l. vni ex familia 67. §. 1. de leg. 2. l. rem relegatam 8. de adim. legat.* cum liberalitas semper existimetur, quando nulla necessitate, aut iure cogente sit, *l. si quis pro uxore 2. de donat. inter. l. donari 29. de donat.* quod deficit eo casu, quo etiam si tenuerit, libertatem tamen imponere debet. Vnde cum ex necessitate manumissionis, non suo arbitrio id fecit, magis debitum persoluit, quam beneficium dedit, *d. l. proxime de ritu nup.* † Quo etiam modo procedit traditio Pauli in d. l. si seruo aientis, quod vt seruus heres necessarius sit, requiritur, vt eam dominus vltro, cum libertate instituat heredem, & hoc non coactus, sed sua voluntate: alioqui si heres, qui pure rogatus est seruum manumittere, cum instituat cum libertate, erit heres voluntarius: quia debitam magis ab eo, ex causa fideicommissi, quam gratuitam præstitit libertatem, *d. l. proxime*, cum potuerit seruos heredi inuito extorquere libertatem, quam habet prioris domini beneficio magis quam beneficio heredis eum instituentis *d. l. mulier 22. §. non est*, concludit d. l. vnum ex familia 15. prin. & §. 1.

Sed adhuc restat difficultas, in d. l. 3. Marcellum indistinctè docere, beneficium datum fuisse, siue nummi fuerint dati ab ipso seruo, siue ab alio eius amico, vt illa verba demonstrant, eam plurimum inter esse, a suo seruo quis vel etiam ab amico eius acceperit nummis dederit libertatem, cum

- tamen in eo casu contrarium dicat Alexander in *dist. l. si ius*. † Quem vt intelligas aduerte, quod, & si seruus quicquid acquirit, domino acquirit, *prin. Insti. per quas personas*, cum vulgaribus iuris traditionibus, adhuc potest nummos habere, quibus se redimat, vt in specie probat Vlpian. in *l. 4. de manumiss.* & confert Paulus in *l. 4. §. de illo D. de usucapion.* & Iulianus in *l. qui ob pactionē 9. cum l. sequent. D. de proemptore* (de quorum iurium explicatione agemus lib. 3. cap. 1. §. 4.) Videndus Lipsius ad Tacit. lib. 4. ann. pagin mihi 373. ad illud. Negata libertate. † Vnde si seruus mihi dederit nummos, vt eum emam à domino suo, & postea eum manumissero, hoc casu, & si patronus sim, non tamen eum poterò, vt ingratum accusare, quoniā nullum à me beneficium acceperit, cum nihil de meo impenderim *dist. l. 4.* quo casu loquitur Imperator in *dist. si ius, iuncta l. 1. C. de bonis liber.* in primo responso, vbi differentiam statuit inter eos casus, quando scilicet nummis datis dominus manumisit, & quando aliquis nummis serui à domino emit, & postea manumisit. In primò acquiritur ius patronatus, & omnia illa, quæ ius patronatus comitantur superius animaduersa, secundo autem solum ius patronatus nudum habet, quia videtur tanquam serui procurator fuisse.
- 42 Cum ergo liberti ingrati in seruitutem ob ingratitudinem reuocentur, noster Imperator eam penam, non solum in ipsos locum habere voluit, sed etiam extendit ad filios, qui postea quam ipse iam seruus sit factus nati fuerunt, non verò ad illos qui ipsi in libertate agente nati sunt. † Quæ decisio ex eo redditur difficilis quia partus ventrem sequi-

tur, ita vt sufficiat medio tempore liberam matrem habuisse §. 1. *Insti. de ingenuis l. c. seruorum §. ingenui. l. Herennius 22. de stat. hom. l. partum. 7. C. de rei vindic.* cum aliis relatis à Pichardo in *dist. §. 1. & l. 3. C. de muliecul. lib. 11. num. 12. Donell. lib. 2. comment. cap. 10. vbi Osuall. lit. E. Ant. Fab. in iurisprud. tit. 4. princ. 2.* etiam si ex seruo conceperit femina, vt patet; ergo non recte seruitutem patris extendit Constantinus in hac *l. 2. ad liberos*, qui in hacre matrem sequuntur.

Huic argumento occurrit Accursius hñc verbo *filii*, quem sequitur Salycet. numer. 3. duplicemque assignat solutionem. Prima est, vt nostra lex intelligatur, reddendo singula singulis, id est, vt dicat manumissus vel manumissa, quia masculinum concipit femininum *leg. 1. de verb. sign.* Quæ solutio non tollit difficultatem cum Imperator de manumisso semper loquatur, & de illius filiis; & quamuis femina etiam comprehendatur, adhuc tamen remanet difficultas, quare filij ingrati liberti in seruitutem cum patre, vel matre redigantur, & ideo hanc solutionem Accursij Truffam vocauit Castrensis in præsentī num. fin. † Neque secunda solutio melior est, dum nostram legem accipit de seruis mulieculis, qui sequuntur patris conditionem *l. ult. C. de muliecul. lib. 11.* vt tradant Connanus, & Cuiacius laudati à Pichard. in *dist. l. 3. à num. 20. de quibus nunquam noster Imperator cogitauit*, sed generaliter de quocumque liberto loquitur, qui contra patronum extitit ingratus. † Quare ex mente Castrensis supra cogitabam, filios natos post reuocationem patris in seruitutem, seruos fieri in deest stationem criminis paterni, qui tanti beneficij immem-

memor, aduersus patronum surrexit ei offensam faciendo, vt innuunt illa verba: *quoniam illis delicta parentum non nocent, quos aut esse ortos constituerit dum libertate illi potuerint.* † Neque nouum est in iure, ita constitui, non solum in pœnam criminis parenti, verum vt ipsi patres factus à delictis committendis detestentur, quemadmodum videmus in crimine lese maiestatis diuinæ, vel humanæ, & perduellionis §. *interdum in fin. Inst. de hered. qua ab intest.* cum traditis à Menochio dict. lib. 5. præs. impr. 33. ex num. 5. Couarr. lib. 2. variat. cap. 8. num. 5. Pichar. in dict. §. interdum num. 7. Schifordeg. lib. 3. tract. 19. quæst. 7. probatque expresse l. *quisquis §. filius C. ad legem Iul. maiest. antib. Gazaros C. de heret. cap. felicitas de pœna lib. 6. cap. accusatus §. sancto, de hereticis eod. lib. 1. §. 8. tit. 1. part. 7. docent que Pet. Fab. lib. 3. semest. cap. 8. Tiraqu. in l. si vnquam verbo donatione largitum num. 333. † Et si enim pro altius delicto alter puniri non debeat, l. *si quis §. legu. C. de inofficiose. l. legem C. de natur. lib. 1. hoc matrimo. num. C. ne uxor pro marito l. si pœna 20. l. crimen 26. D. de pœnis l. Sancimus C. eod. cum in finit. relatis à Couarr. supra num. 1. Vela de delictis cap. 21. num. 14, & 16. & Farinacio in praxi crim. tom. 1. quæst. 24. Cenedo collect. 28. ad sextum num. 1. tamen cum magnitudo delicti ita expostulat, in multis casibus. etiam secundum Diuinum iudicium, filij pro patribus puniuntur, vt vltio fecit non solum in auctores, verum, & in eorum progeniem, vt eleganter dicitur in cap. *vergentis*, extra de hereticis, explicat Azor. l. tom. Instit. moral. lib. 3. cap. 13. quæst. Molina de iust. & iur. l. tom. 55. Sanchez l. tomo 49 moral. lib. 1. cap. 14. † Sic vidimus,**

in odium patrum, filios Præbitorum ab honoribus arceri, & odio habitos, non solum Canonico verum & Regio iure, vt late tradunt Spino de testament gloss. 16. Pighar. in tit. de heret. quæ ab in testam. §. 7. per totum.

Vnde deduces, quod cum filij natiante crimen paternum, non censeantur infecti paterno crimine, ad eos seruitus non extenditur, sicut macula criminis paterni non præiudicat filiis antea natis, quasi ex semine puro conceptis, quod respexit eleganter D. Augustin super Psalm. 84. *ea enim peccata parentum non pertinent ad filios, que faciunt parentes iam nati filijs. Iam enim nati filij ad se pertinent, & parentes ad se pertinent, itaque illi qui nati sunt, si tenuerint vias parentum suorum malas, necesse est vt portent & merita ipsorum; si autem mutauerint se, & non fuerint imitati parentes malos, incipiunt habere meritum suum, non meritum parentum suorum.* Idem super Deuteron. ad illa verba: *Filij non moriuntur pro patribus*, questione quadragesima secunda ita adiecit: *Non trahit aliquid ex patre, qui iam natus erat, quando pater eius peccauit. Facit cap. non imputantur, & cap. iam itaque 1. quæst. 4. l. filia 9. D. de Senat. ibi: nam quæstia dignitas liberis, propter casum patris non est auferenda l. emancipatum §. 1. D. eodem Lex facta 17. §. ex falso D. ad Trebellia. & nostro Hispano iure eleganter extat decisum in l. 6. tit. 27. p. 2. ibi, *Pero esto no se entiende de los hijos que viuesen antes que errassen, ea los de rachos, que fallaron los antiguos de España, en to dias las cosas do pusieron pena a los hijos por vanzon de sus padres, si empre guardaron esto, que no viuesen los que antes auian, que**

el fecho malo fciessen. Et in l. 3. tit. 8. lib. 8. recopil. ibi: *Pero dezimos, que ningun traydor, ni febio, que vno de fpuer, que figo la traycion, no pueda reftar a otro.* Et hoc modo declarat Thomas Sanchez 1. tom. moral. lib. 2. cap. 17. quæst. 1. in fin. extravagantem Pauli Tertij contra impiissimū Henricum Octauum Angliæ Regem laram, vt habuerit locum in filios Annæ Bollennæ, Iannæ Seme-næ, & exterarum vxorum, Elizabetham scilicet, & Eduardum, non verò contra Mariam serenissimæ Gatherine Infantis nostræ filiam, quā Catholicus ex vero cum illa matrimonio susceperat. † De qua quæstione (nam cum DD. nostri eam maxime exagitaerint omittimus) videndi Couarr. dict. lib. 2. cap. 8. num. 5. Suarez in thesau. recept. sen. lit. F. Verbo filij, num. 226. & verbo *Herejes*, num. 17. Molina de primogen. lib. 4. cap. 11. num. 55. alter Molina de iustitia, & iure tom. 3. disput. 63. Ceuallos, q. 63. tota Titaquel. de iure primogen. quæst. 31. num. 2. Decianus in praxi crim. lib. 5. cap. 45. num. 5. limit. 11. Simancas in Cath. Inst. tit. 29. num. 23. Menoch. consil. 1137. num. 7. vol. 12. & nostræ domus doctus alumnus Ioannes Rojas de hæreticis 2. part. num. 356. & in singul. fidei 63. num. 3.OTALORA de nobilitate 4. part. cap. 9. num. 8. Gutierrez lib. 2. can. cap. fin. per tot. Barbos. in l. 1. 4. part. num. 87. D. solut. matrimon. Azor dict. lib. 8. cap. 13. & tom. 2. lib. 6. cap. 4. Gomez 3. tom. varia. cap. 1. num. 16. Farina. quæst. 115. num. 29. Giurb. ad cons. Messana. p. cap. 4. gloss. 5. n. 37. Miercz de maiorat. 1. tom. 2. p. q. 4. illat. 2. n. 22. Sanchez de præcep. decalogi lib. 2. c. 27. num. 10. & seq. & cap. 16. num. 25. Quilicet multi eorum, iam partem affirmantem,

negantem iam partem sequantur: frequentiori tamen calculo receptius est ex legibus Regiis, notam paterni criminis filio ante crimen nato non nocere. † Licet in Maiori hoc nostro Collegio Conchenli, non poterit hæc opinio admitti, nam exclusi sunt ab eo obtinendo, illi, quorum parentes, aut maiores, non solum descendunt ex genere Iudæorum, Maurorum, aut Hereticorum, verum, & qui aliqua infamia, aut nota sunt affecti, ex qua descendantibus infamia, vel suspitio infamæ interrogata fuerit, quantumvis alias qualificati existant, quia ita puri, & ab eodem infecto sanguine liberi Collegium intrate debent, vt in contrariam neque verò, neque falso sumore aliquid sit dictum, neque cogitatum. Quod, & si semper rigoris plenum vultum fuerit, tamen ita placuit Illustrissimo & Reuerendissimo domino don Didaco Ramirez de Haro Cōchenlis Ecclesiæ amplissimæ meritis quondam Antistiti, huius almæ domus, quam Diuo Iacobo Zebedæo dicauit, magnifico fundatori, & Domino meo. Vt patet ex *tomo 2. constitutionum nostrarum cap. 2.* & doctè explicat Rojas sing. 104. Simancas in defens. Apoleget. statuti Eccles. Toletan. † Et de eo articulo, quomodo in cæteris Collegiis practicatum fuerit statutum puritatis sanguinis, vide Laram lib. 2. de capellan. cap. 4. per totum Ceual. 4. tomo commun. quæst. 900. ex num. 107.

CAPVT VII.

De vsucapione rerum furtiuarum. Verum esse illud, nullam vsucapionem dari eius

eius rei pro qua furti agi possit. De rei hereditaria expilata vsucapione dissertum. Cur hereditati furtum non fiet? Et an ad rationem furti necessaria sit possessio. Explicata l. si homo 35. de vsucap. l. 1. §. Scæuola D. si is qui testament.

SVMMARIVM.

- 1 Vsucapio rei furtiva lege 12. tab. prohibita, & postea lege Attinia, & num. 3.
- 2 Lex Attinia quando fuerit condita.
- 4 Verbum Auctoritas, quo vsa est lex Attinia, quomodo explicans DD. & num. 4.
- 6 Eiusdem legi ratio, & num. 7.
- 8 Res hereditaria furto ex hereditate subrta, an possit vsucapi ad l. si homo 35. de vsucap. & num. 9.
- 10 Expilatio genus improbius furti.
- 11 Iacine hereditate si subripiatur aliquid, non committitur furtum, sed crimen expilata hereditatis.
- 12 Refertur communis ratio, cur hereditati furtum non fiat, & refutatur, & num. 13.
- 14 Expenditur alia Doctissimi Chumac. que redditur consideratio nibus in defensa, & num. 15.
- 16 Ant. Cui l. 1. §. Scæuola D. si is qui testam. intelligendus sit de furto solius possessionis.
- 17 Ratio, quare hereditati furtum non fiat, nulla alia, nisi quod hereditas non habeat possessionem, & num. 17.
- 18 L. fin. de Crim. expil. hered. explicatur.
- 20 Probatur ad rationem furti ne-

cessariam esse possessionem, & de interpretatione l. falsus 43. §. si iactum de furtis. & num. 23. & 26.

- 21 Bened. Pinelli refellitur contraria doctrina.
- 22 Demonstratur sufficere possessionem apud aliquem esse, ut furtum fiat.
- 24 L. si cum quis 41. de furt. explicata.
- 25 L. Pomponius §. idem ait D. de adq. rer. dom. expenditur.
- 27 L. quæ ratione §. fin. de adq. rer. dom. quomodo accipitur.
- 28 Agitur de intellectu l. si homo de vsucap. cum aliis.
- 30 Refertur ad eam interpretatio Bened. Pinelli, & rejicitur, & num. 31. & 32.
- 31 An usufructuarius possideat, & 32.
- 34 Vera ostenditur Iuliani sententia in d. l. si homo. & num. 35.



Vsucapionem rerum furtivarum lege 12. tab. inhibitam fuisse, tradit Iustinian. in §. furtive, Inst. de vsucapion.

Quæ lex in vniuersum eam vsucapionem subtulit, quantumvis bona fide præditus esset possessor, nam ubi lex inhibet vsucapionem, possidenti bona fides nihil prodest. l. ubi lex 24. de vsucap. Sed cum postea eius legis tenoris defuerudinem abisset, nova alia legis auctoritas desiderata fuit, atque ita lata est lex Attilia, seu Attinia. († Sub triumuitatu Octavia- ni opinatur Pincifol. lib. 1. variat. cap. 27. quod eo tempore reperitur Consul Attilius. Ego antiquiorem indico, cum Cicero. 3. ad. in Verr. eius meminerit, & non Attilia, sed Attilia nuncupanda au-

tumo cum Cuiacius in l. potestas 21. de verb. signifi. t Quare perit, quod iure antiquiore traditum fuerat, dicit. §. furina leg. 4. §. quod autem l. non solum 33. de vfu. cap. d. l. potestas, meminit Agell. lib. 17. noct. cap. 7. exornat Bald. & alij relati a Pichard. in d. §. furina, nu. 7. Panchol. supra. Adrian. Pulue. ad leg. Atiniam cap. 3. Quare lex ita vt iidem commemorant auctores cōcipiebantur **EIVS QVOD** subreptum erit aeterna auctoritas esto. t Quorum verborum sensus non est obuius cuiquam. In primis Donell. lib. 4. comment. cap. 20. & Giphani. in Rub. de acquir. rer. domin. num. 2. vocem auctoritas accipiunt pro domino, id est, dominum eternum sit penes dominum, nunquam ab eo discedat. Alciatus vero, quem laudat Scharf. de verb. iur. verb. 4. eterna, & Pet. Gregor. lib. 49. syntag. cap. 1. num. 10. explicant de eterno tempore ad vscapionem, quasi necessarium sit, cuius iuris memoria non sit. Budaeus in l. Herennius de euiction. & Gotol. in not. ad ll. 12. tab. Pratei. de verb. iur. verbo auctoritas. Puleus sup. Cuiac. in dict. l. 4. §. quod autem sub lib. 54. ad e. dict. Paul. interpretantur, id est, non detur vscapio, licet in paraph. ad tit. C. de vscapion. pro emptore de titulo ad vscapionem necessario accipiat. t Mihi vero accommodatior videtur Rosini interpretatio lib. 8. antiquit. cap. 6. in l. 40. 12. tab. Quare eternam auctoritatem exponit, id est, liberam, perpetuamque vindicationem. Ita etiam Balduin. ad leges Romul. 2. part. in l. 10. num. 2. Vt rei scilicet dominus, quando cumque rem ei subreptam, possit perpetuo vindicare, & à quocumque possessore extorquere: ita vt ei nunquam interdicat actio. argum.

l. fin. de euiction. vbi actio nuncupatur auctoritas. t Ratio autem legis Attiniae illa fere ab omnibus commendatur, quam tradidit Conanus lib. 3. comment. cap. 19. num. 4. Pulueus dict. cap. 3. ne si à furibus alienari possent res, & alienatae vscapi, facile inuitarentur homines ad latrocinia, & aliorum bonorum direptionem, & cum obiectum vscapionis introducenda fuerit, vt homines reddantur diligentiores circa res suas, cap. viginti de praescriptionibus l. fin. C. de annal. excep. l. 1. de vscap. nulla negligentia imputari potuit dominis, qui contra suam voluntatem, iniuri rem suam amiserunt, cum & si sollicite quærant, inuenire non poterint, quia furtum clam fiat, & plerumque nocte l. 1. D. de furtis, & æquum est, ne quis alieno delicto potius, quam sua negligentia dominio rei suæ careat, neque potest esse tanta dominorum cura, & assiduitas, quin aliquando furari res non possint. t Accessit etiam, & furtum odium, quod in iure speciale est, & plura contra illos introduxit §. si itaque discretis; Inst. de act. vbi Pichardo num. 104. l. fin. §. D. vscap. quem ad. cau. vbi Godefiedus docet Duaren. in l. clam possidere in princ. verum videtur enim post Bart. in l. 4. §. si res pignori D. si cert. per. & ne violentis, & rapinis occasio præbeatur, sed delinquendi via præcludatur l. 2. §. dicit autem D. quem ad. 2. §. aper. vnde in iure tot extant Principum constitutiones, tot Consultorum responsa ad hoc argumentum pertinentia l. alienum 6. l. si seruum 16. C. de furtis l. si liberam 10. C. quod iuxta l. 1. cum aliis C. de vscapion. pro empt. l. 2. C. de vscapion. pro donat. d. l. 4. §. quod autem dict. l. non nunquam 33. l. si iur. 32. l. si seruum 34. l. potest. 36. l. si rem 41. D. de vscap.

7. *facap. l. qui fundum 7. §. si tutor. D. de pro empr. l. quamvis 8. 4. l. si ad dominum 86. de furt. l. 4. §. titul. 29. part. 3. 1. Quo pertinet ratiocinatio Sabini, & Iuliani in l. si homo cuius 35. de usufructu l. hereditaria 68. cum sequen. D. de furt. Qui autem nullam eius rei usufructuacionem esse, pro qua furti agi possit, sed pro re hereditaria furti agi non potest, cum in ea furtum non committatur, l. 1. §. Scauola D. si is qui testamen. liber l. 2. §. fin. de crim. expil. l. 1. tit. 14. part. 7. ergo recte consequitur, rem ex hereditate furto substractam usufructu posside. Verum si hominis usufructus legatus est, & antequam ab herede possideatur homo subripiatur, quia potest furti agere usufructuarius, talis seruus non poterit usufructu. ¶ Cui sententia calculum præbent Bart. in dict. l. si homo ubi Castren. num. 4. Bald. in l. vitia C. de acquir. possess. Albericus, Cuman. & alij laudati à Iasone in l. Pōponius 17. §. cum quis ad miniculo num. 6. & seq. de acquir. possess. affirmantes crimen expilatorie hereditatis non impedire usufructuacionem, & que ita vitium expilationis impedimento non esse, quominus bonæ fidei possessor usufructu possit. ¶ Quod summe difficile est, nam ratio illa ob quam res furtiua usufructu agitur, de qua supra, non minus militat in illo casu, quam in expilatione hereditatis cum genus sit improbitatis furti l. si re 12. C. ex quibus can. infam. l. quamvis 17. ibi: exemplo C. de furt. l. 3. §. nunc videamus in fin. D. de usufructu tutor. l. 1. §. expilatores D. de effractor. in fin. dict. l. 1. §. 1. D. si is qui testamento ibi: sed natura æquum est non esse in punitum cum, qui hac spe audatior facinus est, cum quod furti substantiam, expilatio vere furtum sit, & valet argumentum, non sit*

furtum, ergo neque expilatio l. penul. D. de crim. expil. tradunt Pet. Greg. lib. 37. syntag. cap. 9. nu. 3. Cuiac. lib. 6. obseru. cap. 2. & lib. 15. cap. 31. Fatinae de furtis qu. 174. nu. 121. & agnoscant Bart. & reliqui supra, qui statutorum pœna furtæ puniens latrones, in expilatoribus locum habere scribunt plures, quos sequitur Tufens præf. conclu. verb. furtum. conclu. 53. nu. 31. & alij laudati à Fatinae supra num. 123. & confirmat d. l. 1. §. ibi: quia hereditati furtum fecit. l. fin. §. licentia 10. C. de iure deliber. l. si quis extraneus 21. in princ. de acquir. hered.

Quem ut dissoluam nodum, obseruandum censeo, iacente hereditate, si aliquid ex ea fuerit subreptum, non esse furtum, quia hereditati furtum non sit (quæ uetior fuit opinio teste Cicer. lib. 7. famil. epist. 12.) & ideo cum furti actio cesserit, datur crimen expilatorie hereditatis d. §. Scauola d. l. hereditaria l. si seruus legatus 40. de noxal. l. in eo 35. §. eodem, de acquir. rer. dom. cum aliis, quæ explicant nostræ Academicæ inter doctissimos conspiciunt D. Ioan. Chumacero selectarum disput. 4. per togam, & Anton. Richard. in lectio. de adquirent. hered. cap. 2. ex num. 45. cum sequ. & præter eos Osualdus ad Donel. lib. 1. cap. 25. lit. H. post antiquiores in Rubr. de adquirent. hered. ¶ Cuius rei rationem eam esse docet Bart. in dict. l. hereditarie, & Iason supra num. 8. & eis non relatis Osuald. lib. 1. Donel. cap. 29. lit. H. & Richardo dict. cap. 2. num. 49. & in §. 1. num. 36. de oblig. quæ ex delict. Benedictus Pinel. lib. 2. select. c. 9. n. 8. & 10. quam signat Consilius in dict. §. Scauola, ibi, quia possessiōem hereditatis non habet, igitur cum factum inde dictum sit quod in eo res subtrahatur dict. §. 1. de oblig.

quæ ex del. l. 1. §. fin. de furt. aufertur autem non possit, nisi ei, qui rem tenet, aut possidet, consequens est hereditati furtum non fieri, quia non est in ea persona, cui inuitæ res auferantur l. v. usufructus 26. D. de stipul. seru. Requiritur, & illud, vt furtum sit, furtique actio nascatur, ex parte tenentis dissensus, & ex parte contredantis dolus, l. falsus 43. §. qui alienum de furtis, hereditas ergo persona ficta, cum dissentire non possit, sicut & possessionis, quæ in facto, & animo consistit, incapax est, sic & vt hereditatæ rei, si à nemine teneatur furtum fiat. † Quæ ratio nō satis explicat, quod inquirimus: nam plerumque furtū fit à domino ipso l. in actione 19. §. qui rem l. si is qui 66. cum aliis D. de furtis, & si hoc verum esset, sequeretur posse furtū committi, adita iam hereditate, ante apprehensam tamen possessionem ab herede, cum heres habeat voluntatem, & non sit persona ficta, sed vera, à quo inuito res auferatur, & qui habeat velle vel nolle, quod totum est facti, & tamen adhuc, eo casu, non datur furtum, sed expilatio l. 2. de crim. expil. d. §. Scauola d. l. si homo. Neque satisfacies si dicas, heredem non habere actionem, quia per eum stat, quominus apprehendat possessionem, & nolluerunt Legislatores, actionem furti lucrosam negligentidate, nam ea ratione non mouetur Vlp. in d. l. §. item 8. D. si is qui testamento, dum vindicationem concedit heredi, quæ tamen ad similitudinem furti competit, vt ipse in §. 17. antecedit. i concedit, neque in eo negligentia debuit puniri in fugam virilitatem, contra quos iras actiones concedit: & si hoc esset verum, adhuc non daretur furtum in d. l. si homo 35. de usufructu. licet usufructuarius cepisset vti frui, cum

adhuc heres negligens erat. † Quæ re doctissimus Chumacero supra n. 15. acute sane, & cum ingenio illa rationem huius difficultatis adiecit, quod furti actio daretur, cuius interest rem non fuisse subreptam, l. cuius interfuit 10. cum seq. de furtis §. furti autem 14. de oblig. quæ ex delicti. hoc autem interesse, non ex dominio, quod furtum non abstulit æstimandum est, & ideo nullum potuit considerari, respectu cuius daretur actio furti, nam solum respectu possessionis dari potuit, & cum hanc non habeat hereditas, nec in actu neque in potentia, sequitur, vt furtum rei hereditariæ non fiat, quod enim interesse est in eo dominio, cuius nulla utilitas esse potuit, remota in æternum possessione.

Verum hæc nobiliss. viri interpretatio veteor, ne non sit vera, quoniam furtum non fieri hereditati, ea ratione docet Vlpi. ex Sæuolæ sententia in d. §. Scauola, quia possessionem hereditas nō habet. † Cōtra quā nihil proficiet dicere cū eodem sup. n. 14. illā esse intelligēdā, quādo fit furtū solius possessionis intuitu, quod etiā firmat Pinelus d. c. 9. n. 10. & videtur sentire Cuiac. lib. 39. ad edict. Pau. in l. 1. de fur. nā Consultus duo proposuit in d. §. Scauola, priuū possessionis furtū fieri; secundum in versiculo demque necessarium esse possessorem, vt furtū fiat: qui versus minime præcedentiū potest esse ratio, sed imo alia est cōclusio ex qua inferebat in vers. idcirco aperta consequentiā, hereditati furtū nō fieri, quia nullus est possessor, ergo nō de furto cōmissio solius possessionis intuitu loquitur, sed de possessione requisita ad rationem furti, idque demonstrat aperte dictio idcirco quæ est collectiua siue rationalis l. 12. vers. idcirco de iur. i. r. p. vt ait Barr. in l.

in l. 17. §. quod autem. nu. 9. de cod. & dem. Alias enim si retento primo casu in quo ait ratione possessionis solere fieri furtum, plane ineptus esset Scavola, ita præcisè expostulens dari debere possessorem, ut aliter negaret furtum fieri. Ad quid illa negatio cum emphasi adiciatur in re aperta, & quæ nullum continebat dubium, si hoc sensu loqueretur: soler possessionis furtum fieri, & hoc ita procedit, ut negem dari furtum si non sit possessor cui fiat, superflueret profecto verbi. Denique, iuxta dicta in fr. cap. 9. numer. 9. Atque ita cum de re magis dubitabili locutū sit. præsupponendum sit, consequenter dicemus aliam conclusionem ibi annectere, ea autem est, quæ defendimus. Quod confirmat d. l. si bo. mo cum aliis, ubi ea ratione heres, apte apprehensa possessionem furti non habet actionem, quia non possederat. Neque obstat furti agere posse cum cuius interest, & si non possideat, nam illud est proprium actionis furti, ex dictis iuribus quod ita procedet si rem tenuit domini voluntate ille, qui agebat, ea tantū ratione quod sua intererat l. si cuius 81. cōmūta l. cum si 11. ibi: bona fide causa, l. qui re 76. §. 1. D. de furtis. Cum ergo si rem teneo domini voluntate pro eo possideam, l. 3. §. si quis nūriet 8. an sine l. generaliter 9. l. si colonus 31. l. qui pignoris 36. l. si de eo 40. §. si forte de acquir. poss. l. 1. C. comm. de v. iucap. consequitur, ut si mihi res locata, vel commodata sit, cum eam tollere teneat, itaque fullo 12. de furtis. mea interest agere, sed adhuc dominus fuit priuatus possessione, alioquin autem non daretur actio furti l. cum qui 14. §. præterea l. fullo 82. §. 1. D. de furtis.

17 Vera ergo ratio fuit, quam nostri Præceptores non ignorarunt, idēo

hereditati furtum non fieri, quia nihil ab ea auferitur, ipsa enim hereditas solum dominium rerum sub se habet, & tanquam domina est l. non minus 31. de her. inst. l. liber homo 13. §. si seruus ad leg. Aquil. di. l. 1. §. 1. si is qui test. qui verò furtum facit, non potest dominium auferre, quod est inseparabile l. si 10. §. fin. D. de cond. di. furt. l. alienum 6. C. de furtis ibi: nihil domino diminueret, l. sciens 7. C. de v. iucap. pro empt. ibi: prius quam reueratur possessio. iuncta l. id quod nostrum 11. D. de regul. iur. facit l. si in emptione 34. §. rei sue D. de contr. aben. empt. l. si dominium 47. D. de furt. Sed quod in furto auferitur, est possessio. §. sic itaque Inst. de act. quæ cū non detur in hereditate, quia ad possessionem factum, & animus requiritur, & corporalis apprehensio d. §. Scavola l. deniq; 19. D. ex quib. cau. maior. l. quæ admodum. 8. de acqu. poss. quam domina ficta, propterea est hereditas habere non potest d. §. Scavola, l. v. iucap. l. 26. de stipul. foru. consequens est, non posse fieri hereditati furtum, in quo nihil contrectat fur, quod fuerit hereditatis, argument. l. interdum 16. §. cum autem, ibi: nihil enim domino abest. D. de furt. Neque opinio eius, qui furtum facere se existimat, in consideratione est l. si de crim. expil. ¶ Que hanc non destruit opinionem dum ait, hereditaria rei furtum non fit, sicut nec fit eam rei, quæ sine domino est. Quæ verba videntur significare sufficere dominū ad furti rationē. Sed hanc habet explicationem: parificare voluisse Consultum rem hereditariam cum ea, quæ sine domino est, utpote pro derelicto habita, dominum non habens, nam quemadmodum in hac non committitur furtū, ita neq; in illa, l. 1. D. pro derelicto l. falsus 44. §. si iactum. D. de furt. Neque obstat 19 grauius censeri crimen expilationis

d. l. si te. Quæ facile diluitur si dicas argumentum verum esse, quo ad grauitatem, & qualitatem delicti, non vero quantum ad naturam, an hoc vel illud committatur. Neque ad rem pertinet, valere argumentū de furto ad expilationem *l. pen. D. de crim. expil.* Nam in eo casu militat ratio specialis in vxore, ne teneatur crimine infamanti, sed actione rerum amotarum. *l. 1. & 2. D. Rer. amor. l. quamuis 17. C. de furt.* Unde cōsequimur ad furtū ita necessariam esse possessionem, vt sine ea nō deret contra furem actio furti.

- 20 Sed contra hoc placitum graui-
ter obstant plura iura, inter quæ caput extulit responsum difficile Vlpian. in *l. falsus 43. §. si iactum. D. de furt.* vbi, si ex naue iactum fuerit factum, propter ea quod necesse fuit, vt tempestatis ne perirent nauigantes, nauem onere leuare. (apud nos est, *alijar el nauio*) si eas merces, aut res in mare iactatas aliquis lucrificiendi animo auferat, furti tenetur. (Quod etiam probat *l. qui leuanda 8. D. ad leg. Rhod. l. si quis 1. D. de incendio* & de Iure Canonico capit. *si quid inuenisti 14. quæst. 5.* & Regio nostro *l. 6. & sequenti. tit. 13. lib. 6. recopil.* vbi late Azcbedo ex num. 56. Vela de delictis cap. 12.) Quo in casu certum est, non posse illum, qui iactauit possidere, cū in rebus mobilibus tunc possessio amissa censetur, quoties si velimus earū possessionem, non possumus apprehendere. *l. 3. §. Nerva 13. l. Poraponius 13. l. si rem 47. D. de acquir. poss. ss.* ergo cum furtum committatur in dicto casu, dicere debemus necessariā nō esse possessionem, vt furtū cōmissū dicatur. Quod etiam adstruitur ex *Interdum 11. §. quod ex naufragio, de acquir. poss. l. si quis 7. D. pro derelicto, vbi quod ex naufragio expulsum*

est, vscapi non potest; cum ergo vscapi non possit, ea ratione erit quoniam sit furtiuū *l. si homo,* ergo cōmittitur furtū eo casu, in quo nō requiritur, neque datur possessio.

Quæ difficultas mihi certe grauissima videtur, vt de eorū iurium explicatione agentes tradunt Sarmiento lib. 6. select. c. 9. Osuald. lib. 4. Don. c. 13. lit. C. Pichar. in fin. §. Instir. de rer. diuis. Ben. Pinel. d. ca. 9. licet hoc auctore excepto nemo eorum de hac quæstione tractauit. Quamē illa difficultate oppressus exilimauit, ad furtum non esse necessariam possessionem. † Verū ego 22
in ea, quā tradidi sententia perisiste-
vt sine possessione non possit dari furtum. Quæ tamen possessio necesse non est, vt in persona consistat, cui furtum fit, sed sufficit, quod existat in aliqua persona, & non sit vacua res possessore. Idque videtur innuere Sczuola in d. §. Sczuola ibi *si nullus sit possessor, furtum negat fieri.* & Iure Consul in *l. si grauitam 17. alias est l. si rem. §. fin. D. de præscript. verb.* vbi qui sponsonis causa annulos acceperit, vt victori redderet, si non reddit, victor agit præscriptis verbis actione, reprobatâ Sabini opinione qui furti actionē concedebat, quoniam *victor neque possessionem, neque dominium habuerit, dominū, scilicet, requiritur, vt condicere posset l. 1. D. de cond. furti.* possessio autē, vt furti ageret, cum esset apud non reddenti, nō potuit parere furti actionem. Cuius similis est species in *l. si vendidero. 20. §. fin. D. de furti.* vbi procurator mens soluit falso procuratori mei creditoris, aduersus falsum non habeo actionem furti, cum mihi numorum dominium non fuerit, neque possessio, facit *l. 1. D. de distract. pign.* Quam sententiam præsentit Caltren. in *l. si abducta.*

- abducta. 10. C. de furt. num. final. & Coisae. lib. 12. q. Papin. in dict. l. 80. §. fin. & lib. 26. quæstion. in dict. l. 1. de distr. Qui eleganter ait, iure dominiij solius dari actionem furti, si alij possessori non domino, res ablata fuerit, diuisa actione furti inter dominum, & possessorem l. *furtivam*. 74. l. *inter omnes* 46. §. *si furtum* D. de furt.
23. † Quibus non aduersatur dict. l. *falsus* §. *si iactum*. Quoniam si leuanda naus causa quis rem, aut merces proiecit, & n. verum sit, tunc dominum non posse repetere possessionem, non tamen tunc committitur furtum, cum res ipsas retulerit inuentor, sed cum postea dominus saluus est, & inuentor scit illam rem fuisse iactatam, & noluerit restituere, quo casu potest repetere possessionem, quam si interceptit inuentor, & non restituit, tunc incipit committere furtum, quia iam eo tempore incipit interuicere possessionem, quam à domino censetur auferre. Quod ita probatur. Vt res dicatur peruenisse in potestatem domini, & purgetur vitium furti, necesse est, vt iuste habeat possessionem l. 4. §. *nunc in potestatem* D. de *usucapion.* habere quoque videtur, cum ius illam vendicandi habet, l. *potestatis* 215. in *fin.* Digest. de *verborum significat.* Ergo cum in hoc casu possit iam rem vindicare, in eius potestate rem habet, quam contra tractat inuentor dum nollit restituere.
24. Et quamuis tunc certum sit, non habere dominum possessionem, tamen illud tempus retrahitur ad tempus, quo possidebat, & coniungitur vnum, & alterum, vt in specie l. *si cum quis* 41. in *prin.* de furt. vbi capiuo reuerso datur actio furti, & tamen tunc non habet possessionem, dict. l. *denique* 19. D. *ex quibus causis*

maior. nam certum est ibi dari respectu possessionis præteritæ: argum. l. *inso* 44. §. *& si possessionis* D. de *usu cap.* (de qua agemus lib. 3. cap. 1. §. 3. infra) & ita iungitur possessio præcedens captiui cum ista. † Idque suadetur quoque ex elegantis specie in l. *Pomponius* 44. §. *idem ait* D. de *adquir. rer. dom.* Quo loci si pastor porcos alienos lupis ereptos restituere nollit, furti tenetur, nam cum reposcenti non reddit, suppressere, & interceptare videtur, quamuis antea non fuerit animo furandi, & hoc non quidē iniurio, vt recte animaduertit Giphani ibi numero 6. sed cum non reddit, quando dominus reposcit, & quamuis ab initio non adsit dolus, postea tamen succedit, argument. l. 1. §. *est autem* 22. & §. *fin.* D. de *positi.* l. *in bona in fin.* 36. D. de *peculio*. † Quæ omnia satis insinuat Vlpian. in d. l. *falsus* §. *si iactum*. ibi: *si vero non hoc animo, sed hoc, vt si saluum fuerit haberet, ei qui inuenit auferendum est, & si scit hoc, qui inuenit, animo furandi tenet, furti tenetur.* Quibus verbis docet tunc furti teneri inuentorem, quando scit illas res fuisse iactatas, eo animo, vt si saluæ fuerint haberet, & reposcenti domino non reddit. Hoc casu furtum incipit committi, quia iam dominus potest repetere possessionem, cum saluus sit, & agnoscit res suas, & contra retinentem agere furti potest, sed non dicemus statim, ac quis inuenit, antequam reposcat dominus, furtum committere inuentorem, quia aliàs occasio præberetur, vt multi formidolosi res negligenter, & noluisse capere ne furti crimine arguerentur, quod in maximum damnum nauigantium eueniret. † Et hoc modo debet intelligi lex, quæ ratione §. 5. fin. de *adquir. rer. dom.* & §. *fin.* Insit. de

- rer. diuis.* vbi dicitur furtum committere qui res ex naufragio abstulerit. Ex quibus iam constat dicta iura non immutare sententiam nostram, quæ licet aliis difficultatibus inuoluatur; supradicti Doctores consulendierunt. † Hinc intelliguntur *l. si quis 7. D. pro derelicto*, & *in l. interdum 21. §. quod ex naufragio de acquir. poss. iuncta l. 2. §. fin. ad leg. Rhod.* quæ leges probant, non posse vscapi, quod ex naufragio expulsum est; sed ita accipias, non vt possit vscapi tanquam furtium, vt male Castrensis cum Accursio intellexit in *d. §. quod ex naufragio*: sed vt non possit vscapi *pro de relicto*: quia & si certum sit; eum qui alienam re possidebat, si ea pro derelicto à domino habita fuerit, posse vscapere, tamen id non dicitur, si quid ex naufragio in mare deiectum sit, cum non defecit, vt pro derelicto haberet, sed habet in deperdito interitum, quoad naufragium colligat, atque ita id non poterit vscapi ex eo tit. *pro derelicto*: non enim pro derelicto habemus id, quod perdidimus cum postea illud inuenire curamus, & reciperare, docet Cuiacius in *dist. §. quod ex naufragio*.
- 29 Deinde obicit Iulianus in *dist. l. si homo 31. de vscap.* & *d. l. hereditaria cum sequentibus de furtis*. vbi si res esset commodata, vel pignori data à defuncto, vel in ea vscactus alienus erat, etiam sub hereditate iacente comprehenduntur, & tamen eo casu furtum committitur, quoniam, & idem furtum erit, si vscactus hominis fuerit relictus, & furtum subractus, antequam heres apprehendisset possessionem. † Qui difficultati satisfacit Ben. Pinel supra num. 19. & sequi præsupponens vscactus fructuarium possidere respectu rei naturaliter, *naturaliter 13. de acquir.*

posse, eamque possessionem, non alij, sed sibi ipsi conferuare, dum nondum incepit vscari. Vnde colligit legatarium vscactus, ea ratione habere furti actionem, quia ipse serui subrepti possessionem acquisierat, sed nondum vscari cœperat: vt insinuat Consultus ibi, *ab herede nunquam possessus*. Qui proponens seruū non possessum fuisse subreptū, statim se restrinxit ad possessionem heredis, tacite sentiens possessum esse à legatario. Deinde faciunt illa verba, *agere autem furti cum qui frui deberet posse*, quæ ratio si de possessione non adepta loqueretur, æqualiter etiam conueniret heredi, cui tamen negat furti actionem. Vnde proxima verba supponūt possessionem præstitisse, quæ antequam fruatur legatarius, subreptus fuit seruus. Quod clarius denotant illa verba, *quod sic accipiendum est vt fructuarium possit vscari*: quæ ostendunt legatarium debere esse in causa proxima vtendi fruendi, vt actio furti eidem cōpeteret, causa autem proxima supponit iam adeptam possessionem naturalem, seu detentationem, quam in re habet fructuarium, alioquin si rem non teneret, non diceretur eum posse vscari. † Quæ tamen Pinel interpretatio sustineri non potest, & in primis falsum est suppositum, scilicet vscactus fructuarium possidere, & sibi conferuare possessionem, nam & si eam sententiam ante eum tenuerit Ioānes antiquus glossator, quem postea sequuti fuerunt Iason, & alij in *d. l. naturaliter*, & Mindanus de materia possess. c. 3. & 4. & Castillo de vscactu cap. 6. ex num. 28. † Verior mihi videtur Accursij sententia in *d. l. naturaliter*, verbo *videtur*, quam probat Cuiacius lib. 9. obser. cap. 33. in fin. & alij laudati ab Osualdo lib. 7. Donel. cap. 6. lit. M.

6. l. itera M. & sequent. qui moti ex
Laquiritur 10. §. *fin. D. de acquir. rer.*
dom. l. certe 6. §. *is qui rogauit de pre-*
cario. tenent vsumfructuarium non
 33 possideri sibi, sed domino. † Et quā-
 uis daremus vere eum possidere,
 qui fieri potest, vt ratione possessionis
 possit competere actio furti ei,
 qui nondum apprehenderat possessionem
 in *d. l. si homo*, vt probatur ibi:
 quod sic accipiendum est, vt vsumfructu-
 arium poterit vti frui, & ibi, quod
 sic accipiendum est, vt vsumfructuarium
 poterit vti frui, & ibi. sed si vrenti iam,
 & fruenti. Ex quibus cognoscimus
 non fuisse vsumfructum constitu-
 tum. Aliud est enim, vt sit causa pro-
 xima vtendi, aliud realiter iam vti;
 aliās heres, quia esset in causa pro-
 xima apprehendendi possessionem,
 posset furti agere contra *d. l. si homo*.
 Vnde illi vsumfructuario nondum e-
 rat constitutus, & traditus vsumfructus
 l. 3. §. *dare de vsumfruct. leg. quoties*
 20. ibi: Ego puto vsum eius iuris pro
 traditione possessionis accipiendum. *D.*
de seruic. l. 1. in fine D. de seruic. rust.
 Siquidem nondum erat in possessionem
 inductus serui, vt sic patiente & con-
 sentiente herede eo vteretur, in quo iure
 possessio ex vso x-
 timanda est, sicutque in ceteris iuribus
 incorporalibus patientia aduersarij vicem
 traditionis habet, ita & possessio est accipien-
 tis, vsum; idq; Iulianus significat dum ait
 eo vti poterat: qui non potest interpretari, vt
 iam habuisset possessionem vsumfructus;
 & magis animaduertitur ex
 vers. sed si vrenti quo aperte denota-
 tur in superiori casu, vsumfructuarium
 non possidere, nam si possessionem tunc
 haberet, etiam, & heres recte potuisset
 agere furti, quod tamen negatur in *d. l. si homo*
 in fine, vbi postquam iam vti, &
 fruitur vsumfructuarium, conceditur

etiam heredi agere, non verò in casu
 precedenti, vnde cognoscimus
 vsumfructuarium, & si naturalem
 haberet possessionem, non ante
 possidere, donec inceperit vti frui,
 id est, ex quo constitutus est ei vsumfructus.

Vera ergo mens Iuliani ea mihi
 videtur, in *d. l. si homo*, vt & si res pi-
 gnori data, vel commodata à defuncto
 esset, vel in ea vsumfructus alienus,
 adhuc tamen comprehenduntur
 sub hereditate iacente, *d. l. hereditaria*:
 tamen si res talis esset, licet
 alias non posset furti actio effici, in
 hereditate comprehensa, furtum ad-
 huc recipit, cum commodatarius,
 vel creditor eam à defuncto acceperint,
 & eius voluntate tenuerint, atque ita
 constar, defuncti nomine possessionem
 habere, & per eos cōseruari, *l. generaliter*
 9. *l. qui vniuersat* 30. §. *quod de acq. poss.* & cum eorum
 interfit, rem non fuisse surreptam
 furti agere possunt, in *d. l. hereditaria*
 cum sequenti *l. cum qui* 14. §. *si res*
 14. *Digest. de furtis*, nam & si fur-
 tum fiat circa rem, non circa personam,
 requiritur adhuc persona, cui fiat, *l. falsus* 43. §. *quod si dominus*,
 de fur. personam autem hereditas si
 non habet, quæ possideat, habet tamen
 commodatarius, qui interim possessor
 est, dum iacet hereditas, quod sufficit
 ad cōstituendum furtum, vt dixi. † Quare
 ratione attenta idem erit dicendum, quando
 vsumfructus serui relictus est, & post
 aditam hereditatem, ante apprehen-
 sam tamen possessionem *l. cum heredes*
 23. *D. de acquir. poss.* abductus
 homo fuerit, tunc eodem modo se
 res habet quoad possessionem, ac si
 iaceret hereditas *d. §. Scauola d. l. 2.*
 de crim. expil. & tamen furti actio
 vsumfructuario datur, eo scilicet casu,
 quo ipse potuit vti frui, id est, post:

quam præstitit cautionem usufructuariam de qua in tit. *D. usufruct. quemadmod. cau.* ante constitutionem verò factam ei de usufructu *l. si ego ii. §. i. D. de publiciana*, & si enim tunc non videatur habere possessionem, nihilominus eius iam interest, rem non fuisse subreptam, cum post præstitam eam cautionem custodiâ rei teneatur præstare *l. i. §. fin. cum legibus sequent. D. usufructuar. quemadmod. cau.* quæ custodia in iure incorporali, pro detentione censeri debet, & ided tanquam si vere possideret, forti agit, cum iam sit aliquid quod possit à iure usufructuarij abesse, ratione eius iuris, quod iam post cautionem ad rem habet, quod in consideratione est, argum. *l. fin. D. pro soluto*, alias est de *usuacap.* & sicut interest commodatarij, & fullonis, & aliorum de quibus in *dict. l. itaque fullo cum alijs, & d. l. i. §. si res ita ut usufructuarij interest*, ne res subripiatur, quia & si non habet possessionem, habet iam quod possessionis vicem obtinet, id est ius illud fruendi, quod cum non videretur in dominio, versatur in possessione, qua subtracta, & ius illud subtrahitur, cuius ratione committitur furtum, *l. i. D. de furt. in fin. ibi, vel usus eius.* Quam interpretationem licet non ita præferant, tamen post Accorsin *dict. l. i.* si homo verbo possit. Castren. num. 2. circa fin. Cuman. num. 4. Cuiac. lib. 3. Iuliani ad Vtci. ibi. & lib. 26. q. Papian *dict. l. i.* de distract. pign. licet variet Pichard. in §. sui. num. fin. Inst. de hered. qual. & Chymach. *dict. l. i.* num. 11. & hoc significare voluit Iure Cons. adhibita inter illos casus distinctione, quando usufructuarius potuit uti fructu, & quando iam utebatur. Ut primo casu ipse solus furti agit, secundo autem ipse, & heres, quia ex persona

usufructuarij, & heres possidet tanquam per procuratorem *l. i. per procuratorem cum alijs de acquir. possess.* Alia iura quæ in contrarium possunt adduci facile diluuntur ex doctrina supradicta.

CAPVT VIII.

De re violenter possessa, quæ postea à domino precario conceditur, ad interpretationem sententiæ Iuliani, relatæ ab Vlpian. in *L. Certe 6. §. Iulianus D. de precario.*

SYMMARIVM.

1. Res vi possessa, sicut furtiua, usufructu prohibita lege Plantia
2. Vitium furtiuitatis, & violentiæ semper afficit rem ipsam, sed purgatur si res denient in potestatem domini.
3. Proponitur difficultas d. l. certe §. Iulianus, de precario.
4. Solutiones eorum referuntur, qui differre, quoad vitium dicebant, res furtiuas, & vi possessas.
5. Verius esse contrarium ostenditur.
6. Cuiacij explicatio ad *dict. §. Iulianus*, & emendatio, & numero 8.
7. Bone fidei possessor, & si dominus non sit pro domino habetur.
8. Damnetur Cuiacius.
9. An in d. §. Iulianus dominus ille, fuerit bone fidei possessor.
10. Vera §. Iulianus interpretatio, & eius species. num. 12. & 17.
11. Ratio dubitandi, & decidendi illius.
12. & numero 14.

15 *Expenditur* vers. nisi ab eodem.

15 *Li. si fur* 12. l. non solum 33. §. quod vulgo de vsucap. *expensa*, & num. 18.

19 *Intellectus ad d. l. 2. §. final. D. pro emptore cum aliis*, & numero 21.

22 *Paulo data lux in l. quamvis* 84. de furtis.

23 *Difficilimum iniurium in l. 4. §. si rem de vsucap. & aliorum expositio*. & n. 24.

1 **R**EM furtivam, & possessam violententer vsucapi leges Attinia, & Plautiam prohibuisse diximus cum Iust. in §. furtiva de vsucap. superiori capite. † Et cum

2 vitium furtivitatis, vel violentiæ res ita efficiat, ut quemcunque possessorum sequatur, leg. vitia. 1. Cod. de acquirenda. poss. ubi docet Accurs. & cum aliis Pichard. in dict. §. furtivæ, non poterit tolli, aut purgari hoc vitium, quod vsucapionem remoratur, nisi talis res in potestatem domini reuerteretur (quod lex Attinia legi 12. tab. addidit, probat Pulue. ad eam legem c. 13. & Gorof. in l. 4. §. quod autem de vsucap. l. si partem. §. l. scientes. C. de vsucap. pro empt. & §. aliquando, inst. de vsucap. d. l. 2. §. quod autem cum aliis l. si fur. 32. l. si rem. 4. de vsucap. l. qui furtiva. 7. si tutor. & §. furtiva D. pro empt. l. in ead. 56. §. qui tutelam. l. quamvis 84. l. si ad dominum 86. D. de furt. l. fin. D. de vi bon. rapt. d. pen. D. ad leg. l. l. Repetun. l. 4. m. 29. p. 3. docem Doctores in dict. iur. & maxime Cuiacius lib. 14. Paulus ad edict. in dict. §. quod autem, & Donell. lib. 5. com. cap. 28. † Quibus tamen aduersatur sententia Iu-

liani in dict. l. certe. 6. §. Iulianus D. de precario. ubi purgatio violentiæ in re vi possessa interuenit, etiam si res vi possessa non pertinet in potestatem domini. Nam cum quis violententer de fundo fuisset eiectus à Titio, posteaque idem Titius precario possessionem rogauerit ab eodem domino, ait Vlpian. sequutus Iulianum, violentam possessionem evanescere, & incipere precariam. † Cui legi varias solutiones parant post Bartol. & reliquos ibi Cumanus & Castrenf. numero 2. in dict. §. quod autem, Cuiacius libro 24. observat cap. 3. Gregorius in dict. l. 4. part. gloss. 2. Osualdus capite 28. Donellus littera C. In primis communiter est illa recepta interpretatio, inter rem furtivam, & violententer possessam, differentiam constituens, ut res furtiva necessario desideret in potestate domini peruenire, quod tamen in violententer possessa non erit admitendum, cum sufficiat in potestatem eius peruenisse, cui vis illata est, etsi non sit dominus, ut in dict. §. Iulianus. Ratio est, quia licet violentia sit vitium reale, tamen delictum committitur in personam, quæ cum fuerit laesa, ipsa attendi debet, & in potestatem eius res peruenire. Hoc tamen non est in re furtiva, cum in ipsa tantum furtum committatur. Ita docuerunt antiqui Accursius, Bartolus, Castrenf. & recipit Gregorius dict. gloss. 2. Neque eam interpretationem respuit Osuald. d. dict. C.

† Verum falsa est omnino, quoniam lex Plautia ad exemplum legis Attiniae, rem violententer possessam vsucapionem prohibuit: & eodem modo constituit, ut in potestatem domini rem revertere necesse esset, l. nonnunquam 33. §. si do-

minus de vſucapion. iuncta l. final. de vi bon. rapr. ibi: quod vi poſſeſſum eſt, an- tequam in domini poteſtatem perue- niat, vſucapi lex vetat, quæ verba de lege Plautia exaudienda ſunt, facit d. §. furtiuæ d. l. ſi pariem, in fin. C. de vſucap. pro empr. Quibus intibus ſu- pradictam expoſitionem reiicit Cui- acius ſupra, licet ante eum eĩdem fundamentis ab ea receſſerat Cu- manus ſupra, & in d. §. quod autem: & notauerat Angel. in d. §. Iulianus, ad id expendens d. l. ſi partem, vbi de re violententer ablata agēs Imperator, requirit, vt in poteſtatem domini perueniat. † Quare idem Cuiac. tentat in ſpecie, d. §. Iulianus, bonæ fidei poſſeſſorem fuiſſe illum, qui violentiam paſſus eſt, quo caſu de- prædationis vitium purgatur, ſi fun- dus redierit in poteſtatem bonæ fidei poſſeſſoris deiecti. † Qui etſi dominus non ſit, pro domino in iure habetur interim, dum dominus non apparet, quod ita docuit Bart. per text. ibi, in l. quoriet 21. §. 1. de no- xal. l. qui ſcit 25. §. 1. verſ. porro. D. de vſuris l. magis §. 9. ſi pupilli de rebus co- rum l. ſuis 73. §. 1. verſ. ſed qui de leg. 3. l. ſerui 17. §. fin. de furtis l. bona 136. D. de reg. iur. Atque ita cenſetur res, in poteſtatem domini rediſſe, ſi prædo ab eo, qui vi deiectus eſt, fundum precario rogauerit, vt ſibi poſſidere liceret, quia hoc genere deſinit vi poſſidere, & incipit pre- cario poſſidere, ex voluntate nempe eius, qui vi deiectus erat. Quod iure Conſultus ea ratione fundauit, nam ſi prædo precario non petiſ- ſet poſſeſſionem, ſed ab eo fundum emiſſet, & pro tradito habuerit, prædo deſinit vi poſſidere, & inci- pit pro emptore poſſe dominium capere. Ex quo ſatis conſtat domi- num deiectum, non fuiſſe vere do- minum, quoniam ſi fuiſſet, nuda

voluntate protinus dominiū trans- mitteret, & conſequenter non erat neceſſaria vſucapio. Hanc ſenten- tiam tenuit quoque Accurſ. & poſt eum tradiderunt Cuman. in dict. §. quod autem: & Fulgoſius in dict. l. ſi partem: & in noſtris Scholis aliqui in eam ierunt. † Adijcit tamen Cuiacius maxime à iure abhorrere, vt res in poteſtatem non domini per- ueniat, & tamen dicatur purgari vi- tium violentiæ, & idem probabilius eſſe, quod quemadmodum priori loco dixit Conſultus incipere pre- cario poſſidere, poſteriori dicat, inci- pere etiam pro emptore poſſeſſio- nis dominium capere, atque ita pro ſuo non pro vi poſſeſſo: vt ſic intelliga- mus vocem poſſeſſionis decurtatam fuiſſe, cum legatur in vulgatis: poſſe, & legi debuifſet poſſeſſionis. Qua lectione admiſſa fingit, dominum verum vi deiectum, à quo ſi prædo rem emerit, & pro tradita habuerit, deſinit vi poſſidere, & incipit poſſi- dere pro emptore, ac res non ab ipſo quidem, quia dominus eſt, ſed ab alio quandoque vſucapi poteſt, qua- ſi purgato vitio violentiæ, etſi non neget idem dici potuiſſe in bonæ fidei poſſeſſore.

Quæ tamen literæ corruptio nec recipi poteſt, nec eſt neceſſaria, neque ipſa interpretatio adaperit mentem Iuliani, & vt incipiam ab Accurſio, falſum eſt dicere in dict. §. Iulianus, dominum illum fuiſ- ſe bonæ fidei poſſeſſorem, cum ſi in eius poteſtatem res deueniſ- ſet, non poſſet dici purgatum de- prædationis vitium, dict. l. 4. §. quod autem, qui vere poteſtatem de- ſiderat domini, non eius cui ſub- reptum eſt, & ita neceſſarium eſt, in poteſtatem domini rem ita per- ueniſſe, vt non poſſit ab eo a- uelli dict. leg. 4. §. tunc. At bonæ fidei

fidei possessori certum est posse auferri possessionem, si forte dominus rem vendiderit, iuxta quæ de vere domino loquutum fuisse Iulianum dicere cogimur. † Deinde corruit Cuiacij intellectus, nam si ut ipse ait, dominus erat: quomodo prædo exemptione non acquirit dominium statim, sed necessaria est usucapio: iuxta terminos l. clauibus de contrahend. empr. l. traditio 20. de contrahend. empr. l. traditio 20. de acquirend. rer. dom. Neque euasio difficultatis quicquam proderit, cum non loquatur Iulianus de alio usucapiente, sed de ipso prædone iam emptore, ex eo titulo dominium capere incipiente.

11 Verius igitur mihi videtur dicendum d. §. Iulianus de usucapione nõ tractare, nec de bonæ fidei possessore, sed questionem eam mouisse; an qui violententer fundum ingressus est, possit mutare causam illius possessionis, sine eo quod fundus ab eo absit. † Species hæc est: verus dominus de fundo vi fuit expulsi, & is qui vim intulit, ab eodem domino postea precatio rogauit possessionem, eo casu si concesserit dominus, incipit precatio possidere, & desinit violententer. † Ratio dubitandi erat, quod videatur sibi ipsi mutare causam possessionis, contra l. 3. §. illud l. quod meo §. in princip. l. qui bona 19. §. 1. de acquirend. poss. ff. cum aliis quæ tradit late Donellus lib. 6. comm. cap. 17. & Cuiac. lib. 4. Digest. l. per tex. ibi, in l. non solum 33. §. quod vulgo D. de usucap. quod maxime accidit in hoc casu, in quo non potest dici res peruenisse in potestate domini, cum eius possessionem non apprehenderit, dicit. §. quod autem, d. §. tunc, & peruenire cum effectum accipiendum est l. non 164. §. fin. de verb. sign. † Qua

dubitatione non obstante ait, l. C. violentam possessionem, in precariam commutari, & cum accesserit voluntas domini, precariam fieri, quæ violenta erat prius, quia certum est eum, qui ex iniusta causa possidet, posse ex noua alia possidere, l. 1. §. fin. D. pro donato l. fin. D. de precario l. 5. C. de acquir. posses. notat Donell. supra cap. 13. & cap. 16. Neque hoc est sine ratione cum videatur violentus possessor rem domino tradidisse, & postea eam ab eo precatio accepisse l. 3. §. fin. l. 4. in fin. D. de precario: estque hoc in precario admissum, ut etiam qui non possidet, possit rem suam precatio concedere ei, qui possideat, l. unusquisque 18. D. de precario l. interdictum 21. de acquir. poss. & consequenter non ipse prædo, sed dominus possessionis causam mutauit. † Quæ omnia confirmat Iulianus in verbi nam si ab eodem, hoc exemplo, quod si ille prædo rem à domino emisit, tunc inciperet esse dominus ex emptione, quia res videtur in potestatem domini peruenisse, & ab eo postea emptori tradita, d. l. 4. §. tunc vers. idem dicendum, & in §. quod Labeo l. certi conditio. §. §. fin. l. singularia 15. D. de rebus creditis. §. interdictum, de rer. diuis. vbi Pichar. & Borcol Don. lib. 4. comm. cap. 18. Hotman. quæst. illust. cap. 12. & Anton. Fab. de error. decade 75. error. 2. & in ratio. ad l. eius 64. D. de rei vind. qui de ficta traditione agunt, quæ vicem eadem habet, ac vera. † Quo spectat species Pompon. in l. si fur. 32. in prim. & in l. non solum 33. §. quod vulgo, de usucap. Vbi si fur emerit rem à domino, & pro tradita habuerit, desinit eam pro furtiua possidere, vel si quis emerit à domino, quod sciens possidebat (inquit Iul. in d. §. quod vulgo) pro emptore pos-

fidebit, qui loquēdi modus tanquā sibi familiaris, ab eodem vsurpatus est in dicit. §. *Julianus*, ibi, incipit pro
 17 *emptore dominium capere*. † Quæ verba minime de vsucapione intelligas, cum si à domino emero, dominium in me translaturum est, dicit. *l. traditio d. l. clauibus*, neque necessaria est vsucapio ei, qui dominium iam est adeptus, *l. quod meum, de reg. iur.* itaque verba, *pro emptore*, nō designant titulum ad vsucapionem, sed causam, ex qua dominus constituitur, vt ex emptione dominium habeat, violentia iam per eam abolita. † Ita & in dicit. §. *quod vulgo dicitur, si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat*, (hoc intellige, cum ipse antea possideret) *possidebit pro emptore. sed si eandem à domino emerit, incipit pro emptore possidere, nec videbitur sibi causam possessionis mutasse*. Quibus verbis satis declarat noster Iulianus, verum dominum transulisse dominium, vt sic iam ille qui habebat possessionem, ex aliqua iniusta causa, eam *pro emptore*, id est, ex causa emptionis habere incipiat, ita vt ex tunc cum emerit, dominus incipiat esse.
 19 Hinc iam primo accipit lucem, *l. 2. §. fin. versic. sed si litis D. pro emptore*, quo loci Paul. scribit ex sententia Iuliani, quod si rem alienam bona fide possederō, & ante completam vsucapionem dominus à me eandē rem petat, & maluerō domino litis estimationem præstare, quam interim pendente lite variis sumptibus, & expensis vsucapionis ius prosequi, tunc mutari causam possessionis, & ex vsucapiente, non domino fieri dominum. Ratio est, quia cum litis estimationem præstat vsucapiens, tunc possidere incipit, quam si ei dominum transigisset, non iure Ciuili, sed iure gentium

ex traditione ei à domino facta, ex causa emptionis, cum litis estimatione emptionis vicem obineat, *l. 1. D. pro emptor. l. cius 47. cum l. sequ. D. de rei vind. l. quamuis 84. de furt.* & ita ex noua causa incipit dominus esse, cū iam mutauerit causam possessionis, quam non mutauit sibi ipse solus, sed dominus, (& circa hunc articulum credo multum fuisse Iulianum, cum in hacre eius auctoritate sæpe vtantur ceteri Consulti, vt in d. iur. apparet, & in *l. sed etsi 7. §. si sitis D. de Publician.*) † Hoc tamen non habet locum, cum ipse qui mutauit causam possessionis, vere dominus non erat, tunc enim pro emptore vsucapio inchoabitur, *l. 1. D. pro emptor.* in qua qui per estimationem litis dedit non domino, cum nō adquiret dominium, ait Caius pro emptore possidere, vbi notabis non dixisse dominium capere, vt in nostro casu. † Eodemque tendit *l. 1. sed etsi 7. §. si sitis D. de Publicia*. Quæ Publicianam tribuit ei, qui litis obtulit estimationem, quod intellige vsucapiētem dedisse non domino, aliās non competeret Publiciana, quæ tunc habet locum, quando quis bona fide rem acceperit, quam ante finitam vsucapionem eam amittit *l. 1. D. de Public. §. in rem & §. namque si cui. Inst. de Actio. vbi Pich. & Don. lib. 20. com. c. 8.*

Secundo explicabis ex supradictis locum Pauli in *l. 1. quamuis 84. D. de furtis*, vbi videtur solum præstare vsucapiendi conditionem furti, qui à domino per litis estimationem rem emerit. Quod contrariari non est dubium supradictis. Sed respondendum ex iuramento, in ea specie non negare I. C. dominium furi elementi contingere, imò aperte id comprobatur, sed tantum dicere: quod ex supradicto vitio furtiuitatis, quo antea

rea erat affecta res, ita purgatam remanere, vt si aliquando contingat, in potestate esse alicuius, qui eam vsucapere gestiat, non ex illo furto dicetur, rem esse furtiuam, & inuscapibile, sicut dicitur res furtiua vsucapi si peruenit in potestatem
 23 domini, §. aliquando, de vsucap. ¶ Cuius doctrinæ aliud exemplum ita simile mihi proposuit idem Paulus in l. 4. §. si rem 21. D. de vsucap. In quo si rem debitor tibi pignori datam furtiuerit, & vendiderit, inquit, vsucapi eam posse Cassium scribere. Difficile sane responsum, & quod multorum cruciauit ingenia, siquidem pugnet cum l. fin. D. pro soluto l. si rem 1. D. pro emptore l. cum sit probatum 6. C. cod. de quibus consulas Oualdum ad Don. lib. 5. cap. 28. lit. B. Pichar. in §. aliquando de oblig. que ex delict. Cuiac. in d. §. si rem, & Robert. lib. 2. nor. ad mercatorem c. 29. ver. quod autem. Pacium cent. 6. quaest. 98. sed verius dicendum d. §. si rem loqui in domino vero, qui rem subripuit creditori, qui etsi furti teneatur, tamen cum rem hanc post furtum tradiderit, in potestatem domini censetur peruenisse, atque ita procedit vsucapio. At d. l. fin. loqui de bonæ fidei possessore, qui rem pignori datam cum subripuit, apud se detinuit. Ratio est, nam cū l. C. dicat vsucapi non posse, & omnes intelligunt ibi tantum subripuisse, non tradidisse, dandi sunt termini habiles, in quibus possit tractari de vsucapione: ergo cum apud se retineat rem, exaudiendus est Paulus de eo debitore, qui cum esset bonæ fidei possessor, rem pignori dedit, quam postea furtiuit, & post furtum volebat implere vsucapionem, quam tamen denegat Consulatus, quia cum iniuste apprehenderit possessionem per furtum d. l.

4. §. sunc & §. si dominus, non potuit dici in eius potestatem rem deuenisse, atque ita necessarium fuit ibi, vt res deueniat in potestatem creditoris. Quomodo procedit d. l. cum sit probatum. ¶ Difficultas autem est qua ratione in d. §. si rem desideret Paul. vsucapionem in vero domino subripiente, & respondendum est, generaliter quæsiuisse de vsucapione, quando posset de ea dubitari, is scilicet casus erit, si qui accepit à domino aliquomodo (vt in specie l. potest 33. cum sequ. de vsucap.) & rem amisit postea, ita vt vsucapio dari non possit, quia erat vitio furtiuitatis affecta ex tempore, quo dominus à creditore subripuit, velletque contra hanc vsucapionem allegare, eo casu audiendus est, d. §. si rem. Ita eò spectat quoque l. cum ar 20. §. fin. de furtis, vbi proponitur, quod si rem meam tibi eam bonæ fidei possidenti subripuero, etsi furti actione tibi teneat, vsucapio non impeditur, quasi res furtiua sit; hoc non aliter nisi quando adueniat casus ipse, quo dominus illam amisit, & alius bonæ fidei vsuceperit dici minime poterit.

CAPVT IX.

De pignore subrepto à debitore eiusdem domino, explicatur Vlpian. locus obfcurus in l. itaque fullo 1. 2. §. sed etsi res, Digest. de furtis.

SYMMARIUM

- 1 Furti definitio.
- 2 Quid in definitione furti significet verbum contrahere.

- 3 *Furtum committitur non solum in re aliena, verum & in propria, & num. 4.*
- 5 *Debitor, qui rem pignori dedit creditori, & subripuerit, furtum committit. Quod procedit etiam si rem tantum obligauerit, non tradiderit, & n. 7. & 8.*
- 6 *Ad rationem furti non est necesse, ut sit vere res aliena, sed satis est, ut ratione iuris alicuius sit aliena.*
- 9 *Introducitur tractatio l. itaque §. sed et si res, de furt.*
- 10 *Adducuntur difficultates contra eam decisionem.*
- 11 *Emendatio D. D. ad d. §. et si res.*
- 12 *Reprehenditur, quoniam Iure Consultus sibi ipsi contradiceret.*
- 13 *Hic locus concertationi Cuiacii, & Roberti praebeat occasionem, & num. 14.*
- 15 *Vera V. p.iani interpretatio ad d. §. et si res, & numer. 16. 17. & 18.*
- 19 *Paulus in sententiis duplici sensu acceptus.*
- 20 *Celsus, & alij Consulti in leg. inficiendo §. quod furi D. de furtis, explicatione donati.*



H VRTVM est contractatio rei fraudulosa, luctificandi gratia, vel ipsius rei, aut vfus eius aut possessio nis, vt definit Paul. in l. 1. §. fin. de furtis, & §. 1. Instit. de oblig. qua ex delict. † Vbi verbum contractare, relicto Theoph. in §. furtina de vsucap. quem sequitur Gotofredus in dict. §. final. non est citare rem, vt dominus se se versari, sed rem amouere ex eo loco vbierat. l. 3. §. si rem in d. de acquirend. possess. l. vulgaris 21. in princip. versic. nam &

si quis, & §. item §. 8. l. si quid 12. l. inter dnm §. 8. cum autem, de furtis. Ita vt si re eo loco, vnde mota est iterum deponatur, furtum esse definat. l. 4. §. item Labeo, de vsucap. l. qui ea mente 65. (vbi notat Cuiacius.) de furt. tradunt rem hanc latius explicantur Donellos lib. 11. commen. capite 29. vbi Osualdus, Pacius centur. 7. quæstion. 10. Pichard. dict. §. 1. numero 15. & 19. Duarenus & Cuiacius in dict. l. 3. §. si rem. Couarru. in reg. peccatum 2. parte §. 1. ex numer. 1. Pinel. in rubr. Cod. de rescin. 1. p. capite 1. numero 21. Farmacius de furtis quæstione 175. quæ est prima illius tomi. Molina de iust. tom. 3. disput. 680. & sequent. † Committitur autem furtum, non solum in re aliena, verum & in re propria, vt obseruauit Donell. supra, & Pichard. numero 25. & 53. Qui rem hanc non satis explicauerunt. Nam & si recte notauerint Accursiū, quod in definitione illa addiderit contractatio rei aliena: cum nulla possit esse contractatio, nisi rei alienæ, in hoc confusè loquuntur, dum volunt, semper rei alienæ furtum fieri, & idè otiosè positum verbum aliena cum & in re pignorat, quod alienum est furatur. † Sed hoc ita generaliter non potest procedere, cum etiam & ipsius rei propriæ furtum detur. l. si socius 45. de furt. in qua dominus, qui cum alio rem communem habet eius furtum committit, l. creditoris 15. §. final. l. si is qui 59. Digest. eodem. Vbi commodans rem, si eam subripiat, quamvis dominus sit, tenetur furti, & in l. in actione 19. §. final. l. cum as 20. §. final. l. si is qui 66. de furtis, scribunt Consulti me, eo ipso quod rem pignori datam vendidero, etiam si non tradidero eam creditori, sed apud me retinero, committere furtum, quare

quamvis dominus rei sit.

Constat itaque ex supradictis, debitorum qui pignori rem dederit creditori, si postea illam subripiat, & furtum committere, & eius actione teneri, quod plura iuris nostris loca tanquam indubitatum comprobantur. *l. itaque fultio §. sed et si l. creditoris 15. de furtis.* cum aliis, quæ congerunt Pich. in §. aliquando Inst. de obligat. quæ ex d. l. vbi Bal-

- 6 duinus & reliqui. † Ratio est, ad rationem furti non esse necessarium, quod sit res aliena; verum sufficere, quod fiat alicuius intuitu quod sit alienum, veluti possessionis, ut in *dist. l. 1. §. final.* nam cum per obligationem pignoris possessio quoque in creditorem translata sit *l. cum & fortis 35. §. final. de pignor. action. l. qui pignoris 36. cum l. sequent. de acquirit. poss. §. l. furti 16. l. non solum 33. §. qui pignori, §. si rem pignori & D. de v. s. capionibus*, debitorque dominus rei existat, furtum committitur, ratione possessionis, quam iam apprehenderat creditor; quæ possessio cum aliena sit, non est mirum si fiat rei, quæ sua non est, proindeque furtum committat, contrarietate quod suum non est. *l. 4. §. si rem de v. s. cap. l. §. D. pro empt.* unde datur furtum propter possessionem, non vero propter rem, quæ cum creditoris non sit, adimi ei nequit, manet enim proprietatis in pignore, & nihil adimit debitor, nisi quod fuit creditoris, possessionem autem adimit, cuius ratione rem contrahere dicitur *dist. l. creditoris 15. l. si tibi 16. Cod. de pignor.* notat Pichard. & Balduinus supra, Cuiacius libro 39 ad edictum
- 7 Pauli in *dist. l. 1. de furtis.* † Idem dicendum est, etsi res nondum fuerit tradita creditori, sed eam speciali pactione debitor obligauerit, & postea vendiderit *l. cum sit proba-*

tum *Codice de v. s. cap. pro empt. dist. l. itaque fultio §. si res, ibi: quamvis in bonis cum non sit* in qua specie ratione iuris, quod creditor habet in pignore, commissum est furtum, cum interlit creditoris rem saluam habere *dist. l. itaque in fine* & expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere, §. *furti autem, versicul. unde constat de obligation. quæ ex delict. l. cum qui 14. §. Papinianus de furtis, inuncta l. plus cautionis 25. de regul. iur.* † Neque ab hac ratione licet recedere ex eo, quod cum res non sit tradita creditori, nihil eius interest eam vendi, quia ius pignoris ei integrum remanet *l. alienatio 67. de contrahend. emptor. l. debitorem 15. Cod. de pignoribus l. si debitor 12. Cod. de distract. pignor.* nam cum creditor habet ius in re, non poterit res ipsa sine consensu eius alienari, & ita ratione iuris, quod habet, furtum fieri docet *dist. l. cum qui 14. in principio*, vbi emptor cuius non est tradita, & consequenter ius in re non habet *l. si vendidero 80. in princ. de furtis*, actionem furti non habebit, atque ideo debitor rem pignoratam vendens, non excusatur à furtis, licet non liberatur à crimine stellionatus, si eam alteri obligasset *l. si quis in pignore 36. §. final. de pignor. action. l. 3. §. ubicumque de crim. Stellion.*

Ex quo fonte dimanat interpretatio ad obscura verba Vlpiani in *dist. leg. itaque fultio 12. §. sed et si res, versicul. nec non de furtis*, qui ait dari actionem furti debitori ipsi, qui rem traditam creditori pignoris causa subripuit. † Quod vide- 13

tur iuris nostri regulis aduersari, nam si debitor furtum rei fecit, ad quid actionem habet? contra quem autem eam mouebit, si ipse fur est, & rem contrahat

Inter agentem, & patientem differentia debet esse. *l. legatum* u. 6. §. *aliquis de leg. 1. l. Gratus* 78. de *fideius.* *for. l. qui hominē* 34. §. *quidam filium, de solution. cap. final. extra de instum.* Si verò Vlpianus agit quando debitor rem creditori subripuit, & postea eidem debitori ab extraneo fure ablata est, ut scilicet debitori quoque actio furti concedatur; hoc quoque admitte non potuit, cum eius rei nomine agere furti non posset, cuius & ipse fur est, *l. cum qui* 14. §. *Julianus l. qui re* 76. §. *fin. de furi. l. cum par.* 15. de *reg. iur.* & qui poterit agere furti, cum ipse creditori furti teneatur? *l. sed & partus* 12. §. 1. *D. de eo quod metus cau. l. si pignore* 22. de *pignor. action.* † Huic tamen difficultati varie solent DD. satisfacere, frequentius obtinuit emendatio A. Aug. lib. 1. emend. cap. 3. & Cuiac. lib. 11. obseru. cap. 11. quam etiam recipit Joannet. & alij relati à Gotof. in *d. l. itaque* §. *sed et si res* lit. M. & ab Osgald. d. lib. 16. Don. cap. 29. litera G & nonissime sequitur noster Pichard in §. manifesti num. 48. Inst. de obligat. quæ ex delicto. Qui illum versum d. §. *sed et si res, nec non, & ipsi domino dari placet, & sic fiet, ut non teneatur furti, & agat, expurgant, & ab eo expungunt dictionem non.* Et ita legunt. *sic fit, ut teneatur furti, & agat.* Eo sensu, quod si debitor subripuerit, committat furtum, & teneatur; verum si ei subtrahatur res ab alio fure, poterit agere contra eum, quamvis creditor possit agere contra ipsum debitorem, atque ita tenebitur furti creditori, & agere contra alterum furem, ex Paul. lib. 2. sent. tit. 31. *vel. rem pignori*, & in Basilicis quoque eam lectionem repertiri probant supradicti, & Rufardus in notis ad illum versum.

12 Sed cum litera mutatio in nostris

Scholis pro monstruo sit, receptaque Florentinorum lectioni semper adhaeremus, hæc respondenda est. Nec satis mirari lino viros aliqui doctissimos nube culis suis ita fuisse obcecatos, ut non aduertirint, si negatio illa detraheretur, sibi maxime aduersari Consultum; nam cum prius dixisset creditori dari actionem, non solum aduersus extraneum, verum etiam & contra ipsum dominum, postea subdit alium casum, quem præfenerat antea in princip. §. *illius.* dum vsus est verbo quoque quo designabat, non solum dari actionem creditori, verum & domino, hoc autem attingit in versicul. *nec non, & domino datur;* hoc autem non est referendum ad versum antecedentem, quo iam dixerat, & contra dominum dari actionem creditori, sed ad aliud membrum, scilicet quando etiam dabatur & domino, hoc est, ut subrepto pignore ab aliquo fure, non solum detur actio creditori, verum & domino. Ille verò casus de alio fure, qui à domino subripiente subripuit à fure Consulto non tractatur, nec nos fingere debemus, quod Vlpianus non somniauerat, idque videtur innuere in versicul. *ideo autem;* ubi respondens tacite interrogationi, cur si creditori dabatur actio furti, eadem quoque concederetur & domino, cui nihil subreptum est, respondet ibi ideo dari utrique, quia utriusque interest, *l. si cuius* 85. *cum alijs, de furt.*

Locus autem hic Vlpiani an fam 23 præbuit digladiandi inter se doctiss. viro Iacobo Cuiacio, & Roberto, huic ut retineret receptam lectionem lib. 2. lect. cap. 9. & lib. 1. animadu. cap. 29. illi verò, ut suam defenderet emendationem lib. 2. notat cap. 29. sub nomine Mercatoris, &

& lib. II. obseru. cap. II. & lib. 6. cap. 30. ubi quidquid bilis inuollerat ardor euomuerunt, variis conuictis se inuicem laniantes. Expendamus nos utriusque rationes, vt sic quid sentiamus ad Vlpiani mentem ailequendam proferatur. Et in primis ad hæreo Roberto, dum mordicus retinet negationem; sed ab eo discedo, dum ait, quod si debitor rem creditori subriperit, & postea debitori alius eandem abstulit, non teneatur furti, cum creditori sufficiat furti actio, quam in furem extraneum habet. Mouetur ea ratione, quod debitor furti non sit, etsi contra eum agi possit furti, cum suæ rei furtum committere nemo dicatur.

† Hoc tamen falsum est, & merito à Cuiacio reprehenditur, qui enim fieri potest, vt furti eo calu teneatur debitor, & res efficiatur furtiua, & tamen non sit furti d. l. 4. §. si rem, ibi: quamuis cum eo furti agi possit, d. l. cum sit probatum, ibi, palam est eam non potuisse quasi furtinam vsucapi. Cod. de vsucap. pro empt. dist. I. in actione 19. §. fin. ibi: furti actione tenetur, & ibi: nam & hic furtum eum facere constat, Dig. de fure. cum aliis sexcentis. Si ergo furtum facit, ergo furti est, nihil est clarius. Deinde, quia vt recte ait Cuiac. multum interest, quando creditor ab extraneo furti actione aliquid consequitur, an quando à debito. Primo casu in debito imputat, secundo verò sibi reservat l. creditor 15. l. si debitor 79. l. creditor 87. de furtis l. id quod 74. de solut. l. quod à quoque 6. de regul. iur. (cui adiunges Cuiac. lib. 8. obseruat. capite 39.) l. si pignore 22. D. de pignoratitia action. (Cui adiunges Ant. Fab. de error. decad. 81. errore l. 3. & decad. 82. errore 10. & Schifordeg. Libro tractat. 1. question. 6.) & licet ipse Roberto neget libro 2. mani-

mad. capite 29. id non scripsisse, tamen illum redarguit Cuiacius sub nomine Mercatoris eodem capite. Neque similiter effugium Cuiacij in consideratione est, quem optime conuincit Robertus libr. 2. animad. cap. 28. cuius dicta in presenti transcribere non libuit.

Quare ergo planissime Vlpia-¹⁵ num ita intelligebam, quod voluerit parificare creditorem & debitorem quoad actionem furti attinet, scilicet, vt re creditori subrepta, non solum creditori, verum domino competat actio, idque vt dixi indicat verbum quoque. Rationem antequam in verba adducam: quia vtriusque interest, rem non fuisse subreptam, l. cuius 10. cum legibus sequent. Dig. de fur. l. is cuius 85. d. furti 90. D. eod. Postea ius creditoris extendit, vt & contra dominum ipsum subripien-tem mouere possit actionem, l. creditori 87. de furtis, cum aliis, & similiter ait, & domino ipsi dari illam actionem: quod tamen poterit intelligi & contra creditorem, verbi gratia, si re sibi pignorata vtatur l. si pignore 54. l. si quis qui pignori 73. D. de furtis §. furtum autem 7. Insti. de obli. qua ex d. l. l. vel contra extraneum, qui subriperat creditori, vt sic vterque possit agere. Subditque versum, vbi tota difficultas est, sic fit, vt non teneatur furti, & agat, quali diceret, tunc debitori dabitur actio eo in casu, si ipse non commiserit furtum, nec furti eo nomine teneatur, & voluerit agere contra extraneum; nam si tenetur furti, forte si ipse furauit rem antea, & postea ei subrepta sit ab alio fure: quamuis agat, excludetur ab actione intentanda, & solus creditor agat. Sic accipio verba illa, & sic fit, vt faciant hunc sensum, id est, quæ dixi ita procedent, si debitor antea non subriperit. † Ratio 16

nem eius rei supra insinuauit: quoniam non potest furti agere, qui suam improbitatem patefaciat, qua enim fronte contra furantem intendet actionem, qui eodem crimine inuoluitur? argum. l. si plures 38. in fine de administ. tut. Vnde non esse exaudiendum propriam turpitudinem allegantem, probant multa iura in l. 4. §. sed quod. de condict. ob turp. cau. l. 4. C. de reuocand. donat. cap. cum super extra de concess. praben. facit eleganter lex qui bona 13. §. si quis quia D. de damn. insect. l. cum pater 77. §. libertus (ibi per absurdum est, ut alter partem alienatam speret, cum partem suam alienando perdidit) de leg. 2. Quod in nostra specie admittendum esse (ut debitor qui rem furauit, si ab alio eadem res ei subrepta sit, non debeat ad agendum admitti, sed tantum creditor) probat generalitas dict. l. cum quis 14. §. Iulianum: ibi: in omnium furtum persona consentium est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, & specialitas leg. qui vas 48. §. si ego, de furtis, ibi: ita erit casus, quo fur furti agere possit. l. qui res 76. §. si quis alteri cod. & l. 4. Dig. naua caupones. † Ratio non alia, nisi quam proponit Consultus, licet in alio casu haud dissimili, in d. l. sed & partus 12. §. 1. de eo quod metus, ibi, queri potest, an ei qui vim fecerat, passio vim restitui Prator velit ea qua alienauit, & Pomponius scribit non oportere ei Pratorem opem ferre; nam cum liceat, inquit, vim vi repellere, quod fecit passus est. † Congruit idem Vlpianus in eadem l. itaque fullo in §. sed furti, ubi si fidei malæ possessori furtum fiat, ait, non habere furti actionem, quamuis eius intersit, quia ex improbitate non debet habere actionem. dict. l. cum quis 13. is autem: in qua si depositarius rem dolo contrectauit, quamuis ei sub-

repta sit, non habet actionem. Idem & in §. item Pomponius, demonstratur, ut commodatarius, qui dolo se versatus est in re commodata, & sic furtum facit l. qui inuenta 40. D. eod. furti actionem similiter non habeat, si ab eo res auferatur. Vnde eo casu debitor excluditur: alias enim si ipse rem non subripuisset, forte ei secundus fur non auferret, & ideo cum secundo delicto dolo suo dederit occasionem, ex improbitate sua furti quærere actionem iniquum esset. Quare creditor eo casu tantum agere, non dominus, cui satis consultum est, si alius rem euincat, & actionem prosequatur. Itaque ut ipse etiam creditore agente, possit quoque agere simul, necesse est, ut furti non teneatur, iuxta quæ dictio Non, retinenda est, cum aliter ius ipsum restitueretur.

Neque obstat Paulus, dict. libr. 2. tit. 31. vers. rem, quo maxime innitur Cuiacius in notis ad tit. de obligat. quæ ex delict. verbo furti actione, quia illa verba: rem pignori datam debitor creditori subtrahendo, furtum facit, quam si & ipse similiter amiserit, suo nomine persequi potest. Duplicem habet sensum: primum, ut verbum ipse, non ad debitorem referatur, sed ad creditorem, si per furtum amiserit rem, ut suo nomine, non vero debitoris persequi possit, cum debitor propter suum delictum exclusus sit. Secundum, ut non ad casum furti referatur ille verus: quam si & ipse, sed ad alios, quibus amissio rei tolet accidere, ut verbum similiter, non dicat furtum, sed amissionem, quæ alio modo potest euenire.

Ex qua vera ratione, & explicatione interpretandus est Celsus in l. insciendo 67. §. quod furti D. de furtis, ubi si seruus furta sua ipsi fur-

furem fecerit, eo nomine actione cum domino ipso furem habiturū ait. Quod & comprobatur Marcellus in l. *ita ut* 16. D. de commodat. Qui furi commodanti concedit actionem commodati. Cuius auctoritate Vlpianus in l. *§. si prado* 39. D. de depositi, idem in deposito statuit, & in l. *non ab iudice* 64. D. de iudiciis, & subscribit Tryphon. in l. *bona fides* 31. final. vers. quod si ego D. de depositi. Quæ omnia vix possunt convenire cum supradictis. Verum ex mente Accursii in dict. *§. si prado*, respondendum est, aliud esse furatum esse rem ipsam, quam fur ipse abstulerat, ut in supradicta specie, dict. *§. si id & si res*. Aliud committi furtum in alia re mea à seruo, quem ipse furaueram; hoc casu bene agi poterit furi actione, ne questui domino esset, & seruum repetere, & rem quoque quam subripuit seruus retinere, eam ob causam, quod qui furauit seruum non posset petere, quia impediretur suo facinore. Quod non obest, cum in hac specie non allegat improbitatem aliquam, id est ex furto quod fecit, sed agit ex furto furei eidem facto. Quia nemo ex alieno delicto causam nouam, & propriam delinquendi capere debet, & ideo sicut damus domino, aduersus ipsum serui furem, actionem: ita & similiter, & furi contra seruum, qui non desinit esse fur, propterea quod furi suo furauit.

pianus sibi contrarius, in l. Papinianus 23. & in l. *si stipulata* 33. de don. intervir.

SUMMARIVM.

- 1 Donationem inter virum, & uxorem prohibitam esse, varijs inri-
bus & auctoribus probatur.
- 2 De ratione disquisitum.
- 3 Reprehenditur huiusce prohibitionis ratio à Plutarcho tradita.
- 4 Verarationes videntur magis; quæ à Iure Consultis traduntur, & num. 8.
- 5 Strictissima inter coniuges amicitia, etiam parentum obliuionem generat.
- 6 Amantes omnia largiuntur, unde amor nudus depingebatur, & num. 7.
- 9 Amor coniugalis, & perpetuum, & constans.
- 10 Quo iure prohibitio hac donationis sit introducta.
- 11 Oratio Antonini de donationibus coniugum.
- 12 An post orationem, ut valeat donatio, sit necessaria traditio, vel tantum sufficiat promissio.
- 13 Auctores recensentur, qui de eare egerint.
- 14 Sententia eorum, qui ex oratione confirmari volunt donationem traditione perfectam.
- 15 Qui contrariam tenuerint.
- 16 Virius ostenditur, iure antiquo eam duntaxat confirmatam esse, quæ sit tradita, & n. 18.
- 17 Expenditur in hanc partem l. cum pater 77. §. pater filix de legat. 1.
- 19 Ant. Fabri emendatio ad d. l. Papinianus, intellectus.
- 20 Duarenii & Corrasij interpretatio, ad d. l. Papinianus.
- 21 Alia nostrorum euasio, qui duas

CAPVT X.

De donationibus inter virum & uxorem. Necessariam fuisse in eis traditionem iure Pandectarum. Noua, & vera cōcordia donatur Vl-

- sententias ab Ep. tractatas agnoscunt.*
- 22 Reprehenditur labor Schisfordegheri.
- 23 Duos casus proponi in d. l. Papinianus, sed unum ab alio dependere, & n. 24. & 25.
- 26 Verain intelligentia Vipiani in dict. l. si stipulata. Assignaturque ratio dubitandi & deciden. & num. 27.
- 28 Donationis, qua in annuo consistit totalis neque fieri traditio, & n. 31. & 33.
- 29 L. Quidam 22. de pact. dotal.
- 30 L. Si id quod §. illud constat, de don. inter explicatur.
- 32 Annum a maritis concedebatur vxoribus, vt se suamque familiam alerent.
- 34 De intellectu l. cum hic status §. oratio. de donat. inter refertur Gentilis explicatio, & Schisfordegheri considerationes circa eam, & n. 35. 36. & 37.
- 38 Interpretantur verba dict. §. Oratio.
- 39 Explicatur l. 2. C. de dote cauta. Proponitur Schisfordegheri explicatio, & reuocatur, & nu. 40. 41. & 42.
- 43 Species d. l. 2. & eius proprior sententia, & n. 44.
- 45 Quid sit das confessata remissione.
- 46 Multas leges a suis titulis exulare, ex Cuiacii sententia.
- 47 An temporibus Alexandri in d. l. 2. Stipulatio esset inter modos faciendae donationis.
- 48 An triplex sit traditionis genus, vel duplex, & n. 49.
- 50 Scipionis Gentilis alia reprehenditur sententia circa d. l. 2.
- 51 Circa hanc rem adacta Nouella Iustiniani, & pro no asir sententia.

Donationem inter virum & vxorem prohibitam esse, nos docent leges D. & C. de donat. inter. cum aliis, quas peritius no-

stri libros sparsas quotidie animaduertimus, accepit quoque Gregor. IX. Summus Pontifex in cap. final. extr. eod. & nostro iure probatur in l. 4. tit. 11. part. 4. (neque attendenda est l. 3. tit. 12. lib. 3. fori quae constituit talem donationem valere post annum elapsam, quasi matrimonialis amoris feruor transactus sit, nam & si plures ea moti illam sententiam tenuerint, contrarium est verius, ita docent Thom. Sanchez de matrimon. lib. 6. disput. 1. numer. 5.) explicant plures de hoc tractatu agentes, quos refert idem Sanchez vbi proxime, & disput. sequent. & Cenedo collectan. 82. ad decret. Palac. Rub. in rub. de donat. inter §. 28. Tiraqu. in l. si vnquam verbo *libertis* ex nu. 109. C. de reuocan. Pet. Greg. lib. 28. syntag. cap. 10. D. D. in l. 1. §. si vir D. de adquir. poss. Ant. Fab. in iurispud. tit. 9. princ. 3. Cuiac. in l. mortis 3. D. de don. inter. lib. 4. resp. Pap. & lib. 36. ad edict. Paul. in l. si donata D. eod. Connan. lib. 8. comment. cap. 11. Scipio Gentilis de donat. inter. quem nondum legere contigit, Barbosa in l. quae dotis 34 ex num. 66. D. solut. matrim. Ben. Pin. lib. 2. selet. cap. 2. & Fachin. lib. 3. controu. cap. 72. & c. 80. & 81. & ex nostris Ant. Gom. in l. 50. Tau. num. 64. & 2. tom. var. cap. num. 13. Matienzo, & Azuedo in l. 2. lib. 5. recop. Ceuallos comment. qu. 12. & quast. 140. numer. 4. Gutier. de iur. confir. 1. part. cap. 3. Molina de iustitia & iure 2. tom. disp. 289. Azor 3. tom. moral. lib. 11. cap. 10.

Rationem multiplicem reddunt huiusce

huiusce prohibitionis, & in primis, illa quam assignavit Plutarchus in præceptis connub. cap. 36. plerisque probatur, quod absurdum existimaverint legislatores, aliquid inter coniuges reperiri, quod commune non esset, nam si per matrimonium cōmunio, & societas vitæ inducitur l. 1. de ritu nupt. non est consentaneum rationi, ut alter alteri donet, ne videatur donator ceterarum rerū donatario denegare participationem. Quo respexit Columella lib. vlt. de re rust. in præfat. cum dixit, *Nihil in domo coniugali apud præcos diuiduū conspici, nihil quod aut maritus aut femina proprium sui iuris esse diceret, sed in commune conspiciebatur ab utroque.* Quæ ratio placuit Duar. ad tit. D. sol. matrim. cap. 1. post Alciatum lib. 3. dispu. c. 14. Corraf. lib. 2. Mitcell. cap. fin. & lib. 5. cap. 14. eidemque subscribit noster Ioānes Solorzano lib. 2. de parricidiis capite 13. & meliorem iudicant illa, quæ à nostris I. Consultis tradita est. † Verū merito eam reiicit Anton. Fab. supra illat. 26. nam hæc coniunctio matrimonialis non ad coniunctionem bonorum referenda est, sed ad coniunctionem animorum, ut doctè explicant Matienço in rub. tit. 1. lib. 5. recop. num. 17. Spino de testament. glot. 14. numero 16. & glot. 15. num. 1. Sanchez de matrimonio. lib. 2. dispu. 1. Quinimo bona utriusque coniugis separata fuerunt l. 2. §. fin. l. vir uxori 17. D. ad S. C. Felician. l. si quis donationis 38. D. de contrahend. empt. toto tit. Cne uxor pro marito. Cum traditis à Tiraquell. post leges connub. glot. 8. num. 112. Deinde frustra huiusmodi prohibitio introducta videretur si res & bona fuissent communia, aut ad quid donatio intervenire debet, si ipse coniux qui accipiebat, rei quoque dominus esset? Prohibitio

itaque nihil aliud efficere, nisi ut qui dominus rei esset, amplius dominus ex alia causa non fieret, quod perquam ridiculum erat.

Quare verissimas legitimasque censeo rationes Vlpiani & Pauli in dist. 1. 1. & 2. de donat. inter, qui aiunt ea ratione prohibitas has donationes inter coniuges, ne scilicet mutuo amore se inuicem spoliaret, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Quæ verba ita sunt explicanda. † Ut cum inter coniuges fere semper strictissima amicitia versetur, & sint in individuitate vitæ duo corpora, & in duobus corporibus una voluntas, strictiora sunt vincula electionis, quam generationis. Ita dicitur in cap. 1. Genes. *serunt duo in carne una, & propter hanc relinquit homo patrem ac matrem.* Et eleganter lib. 3. Esdræ cap. 4. *Et omni patrem suum relinquit, qui nutrit illum, & suam regionem, & ad mulierem se coniungit, & cum muliere remittit animam, & neque patrem meminit, neque matrem, neque regionem.* Quam sententiam sequutus est Tertullianus in Genesi dum dixit,

Quapropter nati linquunt de more parentes,

Coniugibusq; suis, positis cum sedibus, hærent.

Et D. Hieronym. epistol. ad Marcell. *Non superat amorem matris aut fratris, nisi solus uxoris affectus.* Sic etiā & Tacitus de moribus Germanorum ait: *Accipiant matrem quomodo unum corpus unamq; vitam.* † Qui enim amotis laqueis sunt irretiti omnia profundunt, omnia donant, nihil pensi habentes, unde vetus adagium: *amantium marsupia, porri folio vincuntur.* Quo spectat Plautus in Trinummio, act. 1. sc. 2. dum introducit Mægaronidem senem,

Cc

qui Calliclem reprehendit, quod amanti adolescentini argentum dedit hoc modo,

Adipol, fidei adolescentem mandatum, male dedisti ne hoc pacto ei Gladiu qui se occideret: & quid fecus est, aut quid inter est dare Te in manus argenti amantini homini adolescenti?

Idem in Truculen. act. 2. scen. 1. vers. 20. & vers. 25.

Nec unquam probus est amator, nisi cui rei inimicu sit sua.

Probus est amator, qui relictis rebus rem perdit suam.

Nam e castor nunquam satis dedit sua quisquam amica amator.

Neque immerito ita constitutum est, cum suapte natura amor prodigus & liberalis, nesciens habere modum aut finem, iuxta illud Virgilij egloga 2.

Me tamen vrit amor; quis enim modus ad sit amor?

Sicque amorem depinxerunt veteres cum magna crumena reterata, & nudum, quia bonis omnibus soleat exui, & ob id apud Plautu in Pseud. act. 1. scen. 3. vers. 72. dicebat Leno,

Non est iustus quisquam amator, nisi qui perpetuas dat.

Et Epictet.

Nuda Venus picta est: nudi pinguntur amores.

Nam quos nuda rapit, nudos amittat oportet.

Vnde Plato illum paupertatis filium facit amator enim quid amantiae negabit, cum donis plerumque amor concilietur: ut ait Ouidius lib. 2. de remedio amoris,

Gnosida facisses inopem, sapientior amasset,

Diuitis alitur luxuriosus amor.

Et D. Chrysost. in Apostoli dicto: utinam tollat assiduis, &c. ex amore, inquit, non modo nihil accrescit enolu-

menti; sed ingentem quoque rei familiaris iacturam facit, inanem sumptum, vitæque internecionem, adeoque ad diu fundi subuersionem. † Quæ ratione eueniret concordiam maritalem, quæ solum affectu consistit naturali, pretio conciliari dicit. l. 2. de donat. inter. l. si liberis 27. Digest. de pult. dot. † Quæ omnia magis timenda fuerunt in matrimonio, ubi coniugalis amor cum ex virtute oriatur, virtusque sit habitus constans, & perpetuus, perennis censetur, ut eleganter dicit Seneca in Octauia. act. 1. vers. 190.

In Venere turpi cum leuis flamma vapor

Amor perennis coniugis casse manet.

& Propertius lib. 14. eleg. 3.

Omnis amor magnus, sed aperte in coniuge maior.

Hanc Venus, ut vinat, ventilat ipsa facem.

Et Calliod. de amicitia in prologi fine. Vnde patet amorem coniugalem sine pretio stare, & omnia inter virum & uxorem affectu maritali, non lenocinio peragenda esse debere, quare moribus primum (id est non iure aliquo scripto, vel lege. † Sed quadam consuetudine sensim comprobata, vel moribus institutum Romanis, non ab aliqua gente acceptum ut alia leges, si ceteratatur Connan. lib. 8. comm. cap. 11. n. 1.) deinde iure ipso, donationis huiusmodi prohibitio introducta est dicit. l. 1. hoc tit. Paul. lib. 2. sent. tit. 23. Vlpian. in fragm. tit. 7. Sicut alia, quæ in iure ita recepta sunt, ut pupillaris substitutio l. 2. de Vulg. cum aliis quæ recensui lib. 3. capite 6. numero 1.

Sed cum hic status donationis esset, Imperator Antoninus Caracalla Septimij Seueri filius, ante e-

ius excessum (ob quod eidem Se-
uero solet attribui) oratione in Se-
natus habita (de cuius ritu, & con-
suetudine vide relaros ab Ofuald.
lib. 1. Donel. cap. 8. lit. F.) iuris hunc
rigorem laxauit, concessitque vt
quauis donationes inter virum &
uxorem non valerent, tamen si do-
nator in eadem voluntate perseue-
rasset, quasi morte confirmatæ cen-
serentur *l. cum hic status 32. l. nam &
Imperator 41. cum sequent. D. de don.
inter l. 1. cum seq. C. cod.* † Vnde ori-
ginem duxit disputatio illa, an ad
hoc, vt valeat (attenta permissiōe
orationis) donatio inter coniuges,
necessarium sit, vt res in donatione
contentæ tradantur, an vero suffi-
ciat tantum promissio. In quo du-
bio sibi videtur contrarius extitisse
Vlpian. in *l. Papinianus 23. & in l. sti-
pulata 33. de donat. inter vir.* Qui in *d.
l. 23.* sententiam Papiniani secutus,
ait orationem Diui Seueri ad dona-
tionem pertinere, id est, quando ve-
re traditio facta fuit, nam si stipu-
lanti uxori sponduisset maritus, non
putabat conveniri posse heredem
mariti, licet durante voluntate de-
cesserit: vero in *d. l. 33.* contrariam
superiori proponit sententiam. † In
quarum legum dissidio componen-
do, mirum est quantum impende-
nt laboris nostri iuris non infimæ
notæ Interpretes, & quod magis mi-
randum est sine fructu: cum adhuc
sub iudice lis sit, & quod Vlpianus
voluerit, eisdem tenebris, quib.
antea iacer inuolutum. Quod satis
pater, cum in duas diuissas senten-
tias eos cernere possis, in primis
Covarr. in rub. de test. 3. p. n. 3. Cō-
nan. lib. 8. comment. dict. cap. 11. Iu-
lius Clar. in §. donatio. q. 9. n. 6. Costa
in c. si pater 1. p. verb. *legauit* ex nu.
1. Pet. Fab. in l. Diuus 18. de reg. iur.
Anton. Gomez d. 2. tom. cap. 4. nu.

23. Gregor. in l. 4. tit. 11. p. 4. glof. 6
Trentacinq. lib. 3. præd. tit. de dona-
tion. resol. 6. nu. 4. & Gentil. lib. 3. de
donat. inter c. 38. & libr. 4. c. 18. post
alios antiquiores sequuntur Papi-
niani sententiam in *d. l. 23.* † Scilicet
oratione D. Seueri tātum donatio-
nem traditione perfectam, non au-
tem stipulatione celebratam confir-
mari, & sic necessariam esse datio-
nem naturalem. Quibus fauet dict. *l. cum
hic status §. oratio* ibi: *heredem verò de-
ripere vbi verbum eripere supponit
traditionem, & l. 3. §. sciendum* ibi:
*Nec traditio quicquam valet. l. si fer-
uus 10. D. hoc tit. l. si cur. C. cod.* † In
contrariam tamen sententiam sese
inclinant Corra. lib. 5. Miscell. c.
1. Duar. ad tit. fol. matr. cap. de don.
inter. Euerar. Brocort. sent. 2. asser. 7.
Anton. Fab. lib. 2. coniect. c. 8. & lib.
19. ca. 3. & de error. decade 42. error.
5. & eius assertor & vindex Schifor.
lib. 1. tract. 11. per totum qui valide,
vt sibi videtur, hanc partem propu-
gnat, mouenturque præter *d. l. 33. ex
dict. §. oratio* ibi: *ipso iure res fiant eius
qui donata sunt, & obligatio sit civilis:*
vbi illa verba, *res fiant eius* significat
donationem, quæ à traditione in-
cepit, cum nisi ea interueniret, non
possint fieri donatarij res, quæ do-
nantur. At verò illa verba *obligatio
civilis*, donationem tantum factam
ex stipulatione denotant, cum ex
traditione nulla oriatur obligatio,
sed ex stipulatione. Deinde facit
l. 2. Codic. de dote cauta, in qua do-
natio stipulatione fuit celebrata,
& tamen valituram docet Impera-
tor, sicut similiter contigit in spe-
cie dict. *l. cum hic status §. siue autem*
23. Denique id adstruit Nouell.
162. capite 1. vbi & si traditio dona-
tionis non interueniat, ait Iustini-
anus, agi posse actione ex stipu-
lato.

16 Ego vero in hac contrarietate existimo, iure antiquo verissimam fuisse Papiniani sententiam, & donationem interuenientem intelligi debere de ea, quæ traditione fiat; ipsa quippe est liberalis translatio, l. 1. in adibus 9. §. fin. de donat. l. Senatus 35. §. donatio l. Scia 42. §. fin. de donat. cau. mort. & ab ipso actu tradendi nomen habet, cum aliud sit donatio, aliud promissio doni (vt contra Doctores affirmantes donationem esse contractum nominatum recte tenuerunt Cuiacius, & Duaren. in l. iurifgentium, de pactis. Pichard in rubrica Instit. de donat. nu. 16. & in §. actionum quæst. 17. num. 31. Instit. de action.) Vnde si promissio dumtaxat intercesserit, per mortem non confirmatur, & donatoris heres minime conuenietur, quoniã ipso iure fuit inutilis ea promissio, neque morte potuit confirmari, d. l. 3. §. sciendum, quia censetur reuocare donationem nulla traditione confirmatam. Cum ergo de donatione oratio loquuta fuerit, donatioque non nisi traditione perficiatur, d. l. Senatus cum aliis (docent Connan. lib. 5. comment. cap. 9. numer. 2. Concinius lib. 1. disput. cap. 12. Osuald. lib. 1. Donell. cap. 2. litera B.) necessaria est traditio; vt præter iura supra adducta probatur in l. res uxoris 24. C. hoc tit. ibi, vel etiam largitionis virum eam, antequam iure peruenerant. † Deinde expendo elegans Papinian. responsum in l. cum pater 77. §. pater filia 17. D. de leg. 2. vbi si pater mancipia dedisset filia, posteaque per fideicommissum illa voluerit præstare eidem filia, ait Consuluz partus etiam esse restituendos, neque aliud in vxore pridem constitutum fuisse, confirmatis donationibus inter coniuges; vbi cum æquiparet vnum casum cum alio, &

in primo pater dedit filia mancipia, & postea per fideicommissum ea relinquit, sequitur in secundo casu donationis inter virum & vxorem, de donatione loqui Cõsultum quæ traditione interueniente facta est, alias minime posset recte æquiparatio procedere cum primo casu, in quo necessaria fuit traditio patris, vt postea filia mancipia & partus lucraretur, vt dicemus infra lib. 3. cap. 1. §. 1. numer. 27. † Ratio autem supradictæ sententiæ potest esse, quia cum talis donatio sit inualida, deficiente traditione non esset quod confirmaretur, ea autem accedente iam est actus, res & voluntas, quæ possint confirmari. Vt docuerunt post Accurs. in dict. l. Papinianus 27. verbo mariti, plures relati à Sanchez 2 lib. 6. de matrim. disput. 16. nu. 5. & 6.

Ex quibus primo cognoscimus, 19 non recte mirum esse visum Antonio Fabro dict. lib. 2. cap. 8. quod hæc Papiniani sententiam sequantur Interpretes, imò magis mirandum est, virum hunc adeo acutum & ingeniosum, deque Iurisprudencia optime meritum, ita sese emendationibus totum dedisse, vt nullum locum eruditioni suæ, & amoenissimo ingenio dederit ad ædificandum, sed ad destruendum, atque ita suo more verbum recte in dict. l. Papinianus gladio refecat emendatorius, quasi Vlpianus ibi solum retulerit Papiniani sententiam, quam non approbavit, imò variavit in dict. l. 3. cum non sit infrequens in iure, vt sententias aliorum Iuris Consulti referant tantum, non approbent, obseruant Donell. ad titul. de præscriptis verb. capite 19. & idem Anton. Fab. libro 18. coniect. cap. 1. Quod quam probè sit dictum, & quam dignum approbatione alius videat. † Secun- 20

et, non ex fideicommissio, ut in *d. l. si mihi* §. 1. quo casu, sublata illa longinquitate temporis, pura & valida manere potuit. † Neque dicas in *d. l. 4. §. 1.* fuisse relictam libertatem post mortem serui, quod sensu etiam Accursius in *l. libertas* 17. *D. de man. test.* & Cuiac. lib. 3. obseru. capit. 34. quia id repugnat verbis *l. Consulti*, qui triplicem casum proponit. Primum cum in tam longum tempus relinquitur libertas. Secundum cum sub illa conditione, *si milites dederit*. Tertium cum morietur, & id innuit cum seruo relictam, ait, libertatem in tempus longum, non tamen post mortem, argum. *l. qui duos* 18. §. 1. *de man. test.* & ita ob eam rationem nullius momenti esset libertas, ut in *l. libertas* 17. *l. final. D. eod.* non faceret Consultus differentiam inter illam formulam, quando libertas relinquitur, in tam longum tempus, &c. vel cum morietur, qui ait in primo casu, non habuisse animum dandi libertatem, quemadmodum & cum diceret cum morietur, liber esto. *d. l. fin. de man. test.* & ideo ut sententiam suam confirmaret circa primam conditionem adducit Iuliani auctoritatem, qui in illa conditione, cum morietur, respondit nullum esse animum dandi. Quæ consideratio euidenter probat, multum differre vnum casum ab alio.

25 Reiectis itaque his & aliis, iam diu ego existimaui, (cum publice materiam impossibilium conditionum explicarem Institutionum Cathedralium annis superioribus moderans) in *dist. l. 4. §. 1.* iure Consultum in primo illo exemplo non proposuisse impossibilem conditionem, qualis est *mille annorum vita*, sed pene impossibilem, quæ licet difficilis esset, poterat tamen implementum habere licet cum maxima difficul-

tate. Quodeuincit æquiparatio ipsa conditionis illius *si milites dederit*, quæ difficilis vocatur; & similiter ratio tradita, quod id eo casu animus non fuerit dandæ libertatis; atque ita longum tempus non fuit mille annorum, sed centum, quos regulariter vivere non posset, sed possibile esset, veluti si seruo quatuor annorum daretur libertas *si centum annos vixerit*, tunc iuxta ordinariam hominum vitam difficile est, & fere impossibile in tam longum tempus vitam protèdere, sed possibile est ætatem illam attingere. († ²⁶ Ut de Sozimo Monacho, qui prope centesimum & vigesimum annum attingisse narrat Iustin. in auth. de monachis, quæ est Nouell. 5. cap. 2. vers. & dum triennio, ubi alios longæuæ ætatis numerat Gotsfred. & de Coruino, & aliis grædæuæ senectutis multa exempla proponit Valerius libro 8. cap. 14.) † Vnde ex tali pene impossi- ²⁷ bilitate credimus, testatorem nullum animum dandæ libertatis habuisse, atque ita nullius momenti censetur datio, cum impediendæ magis, quam dandæ libertatis gratia, ita scripsisse dicat Consultus *l. fin. in princ. D. de manum. test.* quæ interpretatio longe congruentior mihi videtur ipsi Iulij Pauli verbis.

Sed vt eo, vnde diuertimus. reuertatur oratio, alteram impossi- ²⁸ bilium conditionum speciem, quæ ex perplexitate orationis promanet, merito reiciunt DD. præcipue Gotsfred. in *d. l. si Titius* 16. *de cond. inst.* & in *l. 3. num. 3. de cond. & demonst.* Duaren. ad tit. de cond. inst. capit. 4. Donell. lib. 8. comment. capit. 32. ex eo, quia si impossibilis esset, remoueretur à dispositionibus, & tanquam non scripta censeretur, & ita in *d. l. si Titius*, Scius vel Titius exi-

steret heres, quod non euenit, sed neuter admittitur, neque qualitas conditionis efficit, vt neuter heres existat, sed scriptura testatoris, quæ incerta est, & ex qua non potest cognosci, quem ex illis priori loco heredem esse voluit.

- 29 Ex quibus dicendum erit, vere & proprie eas cõditiones dici impossibiles, quibus natura impedimento est, quominus existant, veluti *si digito Caelum tetigeris*, improprie tamen eas dici impossibiles, quæ iure turpes sunt, vel prohibita. Ita Cuiacius in l. 35. de verb. oblig. Donell. supra, post Cumanum in d. l. continuus §. cum quis. Verum aduertendum est cum Sarmiento dict. cap. 1. num. 1. & 8. Pinelo d. c. 17. ex num. 8. in his conditionibus impossibilibus esse adhibendam distinctionem. †
- 30 Nam aut ipsæ per se simpliciter sunt impossibiles, vt *si digito Caelum tetigeris*, in quibus procedit dispositio supra num. 1. assignata, aut sunt impossibiles ex euentu aut circumstantia. Quo casu, & si possibiles sua natura sint, quia tamen ex dispositione rei testamentariæ impleri non possunt, eandem sortiuntur naturam, ac si fuissent vere impossibiles. Vnde si illa conditione testator vreretur *si seruum hereditarium non alienaueris*, *si dotem non petieris*, vnico tantum herede instituto, tanquam impossibilem remouendam esse docuit ex Iuliani sententia Vlpian. in l. 4. §. idem Iulianus D. de cond. inst. cui etiam subscripsit lauol. in l. mulier 20. D. eod. & idem Vlpian. in l. Muciana §. fin. de cond. & dem.

- 31 Sed hæc traditio summe principis iuris repugnat, quia cum hereditas, vel legatum sub ea conditione relictum *si illud non feceris*, non competat nisi prius existat conditio. *Qui heredi 244. Manius 55. Dig. de*

cond. & demon. conditioque illa non faciendi, tantum impleatur morte eius, qui tenetur non facere, cum possit dum viuît contraheniri, eueniebat, vt nunquam ad heredem perueniret hereditas, ideo Qu Mucius Scaepola cautionem induxit, qua præstita heres aut legatarius relictum consequi possent dict. l. Muciana in princ. l. heres 79. §. qui post D. eod. cum traditis à nobis lib. 1. cap. 6. numer. 1. iuxta quæ dicendum videbatur, in specie dictorum iurium tales conditiones non deberi impossibiles reputari, siquidem per cautionem Mucianam impleri poterant l. in cui 18. D. de cond. & demonstr. cum alias frustra eam introductâ diceremus. † Quod argumentum dissoluere; 2. tentant Cuiac. lib. 5. obseru. cap. 2. & in recitat. ad d. §. Iulianus. Donell. d. lib. 8. cap. 33. & præcipue Ant. Fab. cui ad stipulatur Osualdus d. cap. 33. littera Q. qui docent ideo in d. iuribus, non esse locum cautioni Mucianæ, quia illa conditio *si seruum hereditarium non alienaueris*, ex verbis & voluntate defuncti talem repugnantiam continet, vt tanquam impossibilis reiciatur, testator vtrumque voluit, & institutum ad hereditatem non admitti ante conditionis implementum, vt natura conditionis exposulat, & conditionem non prius impleri, quam adita hereditate, ante tamen non potest videri eam conditionem impleuisse is, qui & si maxime velit seruum alienare, non potuit, cum eius nondum dominus sit. In qua repugnantia congruentius est voluntati testatoris, vt conditione tanquam impossibili reiecta, pura maneat institutio. Quod si coheres datus esset, hereditas à coherede pure dato adiri potuisset, & conditio, *si seruum non alienaueris* impleveretur, & cessat.

35 cessaret repugnantia. † Quæ interpretatio, etsi pluribus placuerit, ex eo sustineri minime potest cum non congruat menti, neque verbis Consultorum, & adhuc coherede dato, eadem decisio militaret, & cesseretur conditio impossibilis, cum videam in dict. *l. mulier* illam conditionem *si dotem non exegeris*, posse heredem implere ante aditam hereditatem, vel remittendo vel accepto ferendo vel præstando cautionem, & nihilominus censetur quoque impossibilis sicut illa *si servum non alienaveris*, & tamen non potest in illo casu militare repugnantia considerata; & si coheres esset datus, potuit sub illa conditione aut alia institui, ut impeditur eodem modo præsentem additionem: at dicta intra requirunt indistincte, quod sit coheres datus, neque exposulant, ut prius vnus adeat, quod requirerent Consulti, ut solent in aliis casibus advertere *l. final. in fin. Dig. communia prædiorum cum aliis*. Vltimo facit in dict. *l. Muciana §. fin.* ea ratione locum non esse cautioni, quia deficit persona, cui heres caueat: ergo non ob repugnantiam ab Ant. Fabio & Osualdo excogitatam, quæ si interueniret, non esset conditio reicienda, sed heres excluderetur, ut in dict. *l. si Titius, de conditionibus*

34 insti. † Succedit alia interpretatio in nostris scholis à doctissimis tradita, qui aiunt eam conditionem *si dotem non exegeris*, esse conditionem impossibilem necessariam in non faciendo consistentem, quæ ut diximus supra, purissima est, & iure ipso pro impleta haberetur. At conditio, necessaria, qualis est illa opposita affirmatiuæ impossibili, præsens est, & determinata in sua causa naturali, & ideo censetur impleta.

Quam sententiam subolfecit Aretinus in dict. *l. impossibilis num. 2.* de verb. oblig. ubi tractans de conditione impossibili in non faciendo, quæ est necessaria, ait textum in dict. *l. mulier* esse notabilem in hac materia. Pro qua sententia adducunt supradicti *d. l. Muciana vers. ex asse*, ubi in ea conditione *si dotem non petierit*, ait, iure ipso haberi pro impleta, quod absurdum esset, si ea conditio enumeraretur inter conditiones impossibiles affirmatiuas, quæ pro nullis habentur *d. l. 3. de condit. & demonstr.* id autem quod nullum est, pro impleto haberi non potest. Rursus expendunt illam conditionem *si dotem non petierit*, appositam marito scripto herede ex asse impossibile esse, quia postquam heres existit, non est à quo petatur, vel à quo exigat dotem confusus actionibus per additionem *l. Grannius 72. D. de fideiuss.* non à se ipso potest exigere, ergo contraria conditio si dotem non petierit conditio necessaria est. Iuxta quæ est intelligendus d. vers. *ex asse, ibi iure ipso videtur impleta*, ut etiam agnouit Albericus in fine. † Verum enimvero hæc expositio mihi ex eo non probatur, quia conditio *si dotem non exegeris*, non est necessaria sicut illa *si digito cæcum non tetigeris*, & hæc est impleta in sua causa naturali, at illa *si hereditarium servum non alienaueris*, vel *dotem non exegeris*, non est in sua causa natural impleta, sed ex circumstantia, si vel ex asse heres est, vel coheres datus mortuus, vel repudians. Vt uti illa conditio *si digito cæcum non tetigeris*, habet conditionem contrariam affirmatiuam *si digito cæcum tetigeris*, quæ est impossibilis, verum hæc si non alienaueris habet illam affirmatiuam

si alienaueris, quæ ambæ possibiles sunt: ergo non recte accommodatur huic parti supradicta doctrina, cum nisi circumstantia illa adesset, heres ad implendum interponere cautionem teneretur. Neque quicquam facit *d. l. Muciana* expensa supra, in qua ea ratione pro impleta habetur conditio, quod non potuit pro non scripta haberi, sicut cæteræ impossibiles, cum iure valuisset & possibilis esset ex sua natura, præterquàm quod huiusmodi conditio, adiecta heredi ex assè instituto, impossibilis videtur in dict. §. *Julianus* atque ita iuxta naturam impossibilium regulatur, vt pro impleta habeatur vel pro non scripta, quod in effectu idem est.

- 36 Veraitaque illorum iurium ratio videtur, ideo heredem ex assè institutum sub illa conditione *si seruum non alienaueris*, absque cautionis remedio ad hereditatem admitti, quia illa conditio impossibilis cesseret, quæ ex voluntate testatoris, & natura cautionis illum sensum habet, si heres cautionem præstet de non alienando, hoc tamen impossibile est nullo dato coherede, cum cautio necessaria personam exigat, cui caueatur, quæ non est; atque ita ea conditio, vt impossibili reiecta, vel pro impleta habita, heres statim potest adire hereditatē, quod eleganter demonstratur in *d. l. Muciana* §. *fin. ibi: quamnam non est cui caueat, non impediri eū quominus adeat.* facit *l. Quintus* 7. Pomponius *D. de annuis legat.* † Neque legitimi heredes in hære, in consideratione sunt, vt insinuat *l. is cui* 18. *D. de cod. & demonstr.* cum iure Digestorum nunquam eisdem huiusmodi cautio præstita fuerit ante nouam constitutionem Iustiniani, de qua in *Auth. de nuptiis* §. *qua vera vers. præ-*
- 37

facta coll. 4. (quod non recte consequuti sunt Bart. & Cuman. in dict. *l. is cui*, neque Cuiac. lib. 5. obseruat. cap. 2. in fine) idque docet *d. l. Muciana* §. *fin.* & insinuat ipsamet *d. l. is cui*, ibi *legatum, eadē hereditas*: ubi cum legatum & hereditas coniungantur, constat id fuisse, quando testamentaria dispositio locum habebat, non legitima, & tunc implicat testamentum confirmari additione heredis, & superesse spem succedendi ab intestato *l. quando* 39. *de adq. heredit.* notat Imola & Socinus in *d. l. is cui*. † Heres quippe si non implebat conditionem, bona caduca censebantur ex lege Papia, & hîco vindicabantur *l. unica* 9. & cum triplici, & §. *si nautem* C. *de caducis toll.* ideoque *d. l. is cui* debet intelligi de his ad quos hereditas pertinere potest iure testamenti, quales sunt coheredes vel substituti, vt ibi aduertit Cuiacius. † Cui interpretationi obstat quod conditio non debuit censi impossibilis ex eo quod cautio dari non potuit, cum conditio longe diuersa sit à cautione, quæ tantum efficit, vt impleta censeatur, nõ vero vt resciciatur conditio, cum alias diceretur in damnum conditionis venire, quod in eius fauorē fuit introductum *l. quod fauore*. 6. *C. de legibus*. Vnde si cautio fuit impossibilis, quia non est persona cui possit caueri, conditio non ex eo censi debet impossibilis, quæ alioquin impleri recte potuisset: aliter enim eo concessio diceretur, ante inuentam cautionem Mucianam, omnes conditiones, quæ in non faciundo concipiebantur, impossibiles iudicatas fuisse, quod esset absurdum. † Quæ consideratio licet summe difficilis videatur, enervari poterit si animaduertas, quod cum cautio Muciana introducta fuerit, vt reli-

38

39

40

Et in testamento sub conditione negatiua facilius consequerentur, quia ante mortem honorati alius non posset constare relictum, ac propterea ipse testatoris beneficio careret, cum eueniret, ut conditio, de qua in d. §. *Julianus* de iure exitum habere non potuisset, nisi post mortem heredis, qui illi conditioni si *seruum non alienaueris*, in ultimo vitæ momento potuit contrauenire, argum. l. *fin. de cond. inst.* & si necessario danda esset cautio ad implementum, sequeretur ut cum dari non posset, minime qui scriptus esset acquireret hereditatem, cum non sit in potestate eius conditionis implementum, neque mors serui attendenda sit, & talis casus non solet expectari *l. anser stipulantiem* 83. §. *seruum v. s. homo liber* D. de verb. inde ad impossibilitatem considerandam inspicitur non solum conditionis, sed & cautionis difficultas, quia & si concedamus conditionem per se esse possibilem, cum tamen negatiua impleri non valeat post Mucianam cautionem nisi ea interposita, neque possit heres adire ante conditionis implementum, neque cautionem dare, quia non est cui detur, censetur hoc factum inexpedibile, & sic quasi impossibile vel reiiciendum, vel tanquam iure impletum censendum. † Neque obicit ante cautionem omnes conditiones negatiuas impossibiles censendas. Hoc tamen negatur cum impossibilitas causeatur in nostro casu ab ipsa cautione antequam conditiones, quæ in ultimo vitæ statu impleri non potuissent, veluti si *seruum non alienaueris* inutiles erant, quia post mortem implebantur d. l. *fin. iunctis* iis, quæ ibi 41 tradit Cuiacius. quæst. Papin. † Sed quæritur Interpretes, an si seruus fuerit alienatus in dist. §. *idem Julianus*

posset ei competere libertas fideicommissaria, in qua difficultate responderet nostri Præceptores seruum posse petere fideicommissariam libertatem ex coniecturata mente testatoris, argum. l. *generaliter* 24. §. *si petitur* D. de fideicom. liber. cuius argumento Barr. in l. *filiusfam.* 114. §. *Diuitum.* 4. de legat. 1. ait favore serui quando testator dixit *ne postea Stichus seruiat*, intelligi datam fideicommissariam libertatem l. *Imperator* 12. l. *rogo.* 21. de fideicom. liber. Quæ sententia sine distinctione non potest admitti, nam aut eam prohibitionē alienationis fauore serui proposuit testator, ut in d. §. *si petitur* quo casu recte fideicommissaria libertas petetur, & cum serui inter sit non alienari, prohibitio cum iusta causa, & certæ personæ contemplatione facta valebit, iuxta doctrinam Barr. in dict. §. *Diui.* quem sequuntur relati à Loazes ibi num. 102. At verò contra erit, quando non fauore serui id fecerit testator, sed ut seruus male meritis puniatur, ut in specie l. *contra.* 7. C. de testam. manumiss. l. 1. & 2. C. qui non possunt ad liber. l. *seruus.* 9. D. de manumiss. l. *si. de manumiss. test.* l. *quidam.* 10. D. de fideicommiss. liber.

CAPVT XII.

Prosequitur præcedentiū materia. Nouo sensu aperitur abstrusum Pomponij responsum in l. *Multa* 6. §. *si seruos.* D. de Condition. & demonst. & alia multa iura.

SYMMARIVM.

1 Agitur de illa questione, an quando
Ec 3

testator reputant conditionem possibilem, quæ alias erat impossibile, talis conditio pro non scripta sit. Ponuntur exempla ex variis iuribus.

- 2 Verain ea dubitatione sententia, ut pro non scriptis habeantur illæ conditiones.
- 3 Tractatus dict. l. Multa §. si seruus de condition. & demonstratione.
- 4 Circa has conditiones si filia viuet, & si seruum manumiserit, inter l. Consulto si ipsos magna fuit dissensio. & n. 5. 6. & 7.
- 8 Adducuntur Auctores, qui in his iuribus componendis laborarunt.
- 9 Auctoris defensio pro Pomponio contra Neratij sententiam. & n. 10.
- 11 Respondetur difficultati an male adduxerit Pomp. pro sua parte Seruij auctoritatem.
- 12 An Seruius in l. Mæuia 45. de hered. inst. tractauerit questionem, de qua Pomponius in dict. §. si seruos.
- 13 Idem inquiritur circa l. cum tale §. falsam 7. de condit. & demonstr.
- 14 Conditio potestatiua impleri non potest, nisi post mortem.
- 15 Interpretatio ad l. inde Neratius §. idem Iulianus D. ad l. Aquil. & l. Quæ sub conditione §. mortuo D. de condit. inst. & num. 16.
- 16 L. utipia 54. §. 1. de leg. 1. Quomodo sit accipienda.
- 17 Intellectus l. in testamento 31. de cond. & dem.
- 18 Discuritur late, quæ sit mens l. si Mæuia de her. inst. & num. 20. & 21.
- 22 Explicatur l. cum tale §. falsam de con. & dem. & l. ab omnibus §. in testamento l. huiusmodi §. si cui de leg. 1. & n. 23.



IMMVS superior capite de conditionib. impossibilibus, quæ vere impossibiles sunt, vel ita censentur ex circum-

stantia, nunc verò opere pretium erit illam satis in proposito obscurâ questionem discutere, quando testator conditionem possibilem refulauit eam, quæ vere impossibilis erat, an huiusmodi conditio pro non scripta habeatur, vt de cæteris diximus, vel vitæ ipsam dispositionem. Quod intelligendum esse non de conditionibus impossibilibus natura, recte docuit Ben. Pinel. libr. 1. selet. cap. 15. numer. 9. post Sarmien. libr. 2. selet. cap. 1. num. 2. sed de conditionibus impossibilibus ex suppositione vel euentu. Veluti si filiam cum haberet absentem dixit: si filia mea viuet, quæ tamen iam erat tempore testamenti mortua, aut si cum filiam nunquam habuerit, ea formula vltus est; vt in l. si Mæuia 45. de her. inst. vel si dixit: si tabulas reddiderit, quæ non fuerunt in rerum natura l. ab omnibus 104. §. in testamento de leg. 1. vel si seruum manumiserit, qui tamen erat mortuus tempore testamēti l. quæ sub conditione 8. §. mortuo de cod. inst. l. multa 6. §. si seruos de cod. & dem. Quæ questionem pertractat Sarmien. & Pin. supr. post Accu. Bar. & alios antiquiores, quos referunt Ant. Gom. tom. 1. var. c. 12. n. 73. Greg. in l. 3. verbo por tal. tit. 4. part. 6. Galganc. de condition. 2. p. quæst. 84. numer. 2. Sanchez lib. 7. de matrim. disp. 3. num. 8. Ripol. in l. 3. de cond. & dem. a nu. 163. & Duran. de condit. impossibil. 3. p. cap. 7. nu. 6. † Sed variis reiectis opinionibus, veram constituo in hac sententiâ, eas conditiones pro non scriptis haberi-

habendas esse, siue testator eas credat possibiles, siue impossibiles, neque necessariam esse distinctionem, inter conditiones ex suppositione, & ex euentu impossibiles, cum in effectu eadem sint. Ratio est, quia si introspectas hanc conditionem, *si filia mea viuet*, quam impossibilem ex suppositione vocant, natura est impossibilis, quæ non patitur, ut viuat filia, quæ nunquam fuit nata. Idem erit, & in illa conditione, *si seruum manumiseris*, quæ natura impossibilis est, cum non possit manumitti seruus qui iam erat mortuus tempore testamenti, & sic de cæteris aliis. Nec dicas rationem eandem militare non posse in conditionibus impossibilibus, & in eis testator reputabat impossibiles, nam contrarium est verius, cum cogitare potuit, conditionem possibilem posse fieri impossibilem: si dixit *si mater viuat*, vel *si Stichum manumittat*, potuit cogitare accidere posse, ut eotempore mater non viueret, vel seruus, atque ideo si ita sciuisset, diceremus eam conditionem non adieciisse, quæ ex eius voluntate reiiiceretur.

Vnde fuit interpretatio ad dict. l. multa §. si seruus, quo loci Pomponius grauem inter ipsos Consulos controuersiam refert circa has conditiones, *si seruum manumiserit*, qui iam erat ante mortuus, & *si filia & mater mea viuent*, altera iam mortua. † In quo dissidio Neratius aiebat heredem sub prima conditione scriptum deficere conditione, quia non assignabat (inquit Pompon.) pareri posse conditioni nec; hoc est antequam impossibilis iudicanda esset. † Quam sententiam, etsi Pomp. non videatur recipere, Iulianus sequutus fuit, & probauit Vlpianus in l. unde Neratius 2. §. idem

Iulianus D. ad leg. Aquil. ibi: propter occisionem enim deficit conditio, & in l. si a 16. de manum. testam. & Africanus in l. in testamento 31. de cond. & dem. ibi: sed & Pamphilam defertam. Quin etiam & idem quoque Pomponius calculum videtur præbuisse Neratio in l. pen. §. cum ista gloss. verbo sequenturum de condit. & demonstr. & Imperator Alex. in l. 4. C. de cond. inseris. † Postea autem procedit in dict. §. si seruus Pomponius, & ex doctrina Sabini & Cassij dictam conditionem ait, pro non scripta habendam esse. Quam sententiam ipse probare videtur in l. impia 54. §. sed et si, de leg. 1. & Iulianus in l. si fundum 92. §. si Titio D. cod. & Vlpian. in d. l. qua sub conditione §. mortuo de condit. inst. & in l. fideicommissa 11. §. si cui deleg. 3. Scauola in l. qua in dotem 12. D. de dote preleg. facit l. si quis testam. 11. de cond. inst. & l. 1. C. de inst. & subst. † Adducit ergo Pomponius pro sua confirmanda sententia Seruij authoritatem, qui dicebat in illa conditione; *si filia & mater viuent*, altera iam mortua, non deficere conditionem. In quo videtur errasse, & male pro se eam authoritatem expendisse, cum tunc deficere conditionem existimabat Seruius, si filiam testator nunquam habuerit, ut testatur Alphen. in dict. l. si Mania, non verò si habuit, sed quæ iam decessisset. Eodem quoque modo videtur male retulisse Sabini & Cassij sententiam ita generalem, cum iidem adhibita distinctione fuerint loquuri, ut si dicte conditiones falsæ sint, impossibiles censentur, sin autem veræ, intelligantur defecisse: ita docuit Pap. in l. cum tale 72. §. falsam conditionem D. de cond. & dem.

In qua difficultate, ubi I. Consulti ipsi pedem secure non figunt,

Sarmientus anonymiam fatetur d. cap. 2. nu. 7. & 8. quam vt concilient varie torquentur Donel. & Gilquē. in l. 1. c. de inst. idem Donell. d. lib. 8. c. 34. vbi Ofual. lit. C. & D. Cuiac. lib. 17. obseruat. cap. 22. & tract. 2. ad Affric. in d. l. in testamento. Pinelus d. cap. 15. num. 16. qui tanta difficultate oppressus ait Seruium & Sabinum non recte fuisse relatos à Pōp. quod falsum est, etsi aliqui eidem consentiant, vt infra videbimus. † Quapropter in ea sententia, quam annis superiorib' auditoribus meis tradidi, nunc persisto, & crucē hanc Iuris studiosis affixam, sic tollendā existimo; scilicet Pomp. iustissime Neratij opinionem reiecisse, quia illa conditio *si seruum manumiserit*, qui tamen mortuus erat antetempus testamenti, impossibilis iudicari debuit ex Sabini & Cassij sententia, non vero quasi defecta. (In quo casu procedit species Pomp. in d. s. *si seruos*, vt constat ibi, *quibusdam ex iis ante mortuū*.) † Ratio est, nam cum testamentum sit, impossibilis est manumissio, si quidem non est seruus in rerum natura: quod indicat Pomp. ibi: *Nec aestimabat parere posses conditioni, nec ne*, quibus verbis reprehēdit Neratium, quasi parum caute hanc rem considerasset, cum aestimare, id est aduertere debuisset, tali conditioni heredem parere nō posse, præcipue cum hac implenda erat post mortem testatoris, & esset in potestate l. 2. D. de cond. & demon. Quam rationem notauit quoque Vlpian. in d. l. 8. §. *mortuo*, ibi: *non videtur conditione defectuū, si parere conditioni non possit*, facit l. Titius 14. l. cum tale 72. §. *si arbitratu: vers. sed si Titius de cond. & dem. iuncta d. l. ab omnibus §. in testamento de leg. 1.* Vnde cum hæc conditio defecta esset ante factum testamentum, & non

posset adimpleri, merito quasi impossibilem, pro non scripta habendam esse docuit Pomponius. † Alteri autem argumento, quo probabatur videri Pomp. male pro se adduxisse Seruij sententiam, respondeo, cum contra Neratium expendisse Seruij auctoritatem, vt suam opinionem adtueret, & sic Neratij auctoritatem alia nō minus grauiori elideret, comparasse illam cōditionem, *si seruum manumiserit*, qui tamen erat mortuus, cum illa; *si mater & filia viuēt*, altera iam mortua tempore testamenti: vt quemadmodum Seruius dixit, in hac non esse defectum cōditione heredem: ita & in illa idem admitteretur. Quod non tanquam expressum argumentum adduxit, sed à simili, vt in l. *si testamētum* 8. c. de inst. & subst. † Vel credibile est Seruium loquutum fuisse non solum de illa specie, de qua in d. l. *si Mania*, quando filia, & mater in conditione positæ sunt, sed de vna tantum, vt denotat Pomponius in d. s. *si seruos*, ibi: *sed Seruius respondit cum ita esset scriptum*. Quali non tantum Seruius responderit circa speciem dicit l. *si Mania*, verum & circa illam quam Pomp. tract. Idque patet, nam in d. l. *si Mania* Alphenus & Seruius agunt, quando testator nunquam habuit filiam, quod diuersum est à casu Pomponij, qui loquitur quando habuit filiam, & dixit: *si filia & mater mea viuēt*, & iam vna earum erat mortua, non poterit dici filiam nunquam habuisse, & consequenter in diuersa specie Alphenum loquutum dicemus, cum Seruium adduxit, & in diuersa Pomponium. † Quæ responsio etiam adaptari debet ad vltimam difficultatem quam offerebat d. l. *cum tale §. falsam*, cū species de qua ibi multum differat ab specie Pomponij, qui

qui procedit quādo testator ignorabat seruum mortuum: ac in d. §. *fuls* sciebat testator nihil debere Titio, cui soluere volebat, vel quando ipse exsoluit post testamentum factum. Quod diuersum est, vt infra dicemus.

- 14 Non euerit hanc explicationem pro opinione Neratij supra adductam, nam ad d. l. *inde Neratius* §. *Idē Iulianus*, & d. l. *Qua sub conditione* §. *mortuo* respondebis si adueritas, conditiones potestatiuas, qualis est illa, si seruum manumiserit, impleri non posse, nisi post mortem testatoris l. 2. de cond. & demon. iunctis Ant. Gom. t. tom. var. cap. 12. numer. 68. & Spino de testam. glos. 14. numer. 12. & sequent. & quamvis aliqui cōtendant illam conditionem quocumque tempore impleri posse, siue ante mortem, vel post mortem testatoris, contrarium probatur in d. §. *mortuo*: ubi si mortuus fuerit seruus (qui manumittendus erat) ante mortem testatoris, ait Consultus, non videri defectum conditione heredem: ergo si post mortem testatoris moreretur Stichus, defectus censeretur, hoc autem non alia ratione, nisi quia ante mortem non tenebatur manumittere, neque implere conditionem; post mortem verò tenebatur, quod insinuat ibi: *non videtur defectus conditione, si parere conditioni non potuit*, defectus autem esset, si, vt dixi, implere posset etiam viuo testatore. Deinde facit hanc conditionem si Capitolium ascenderit, non posse nisi post mortē testatoris impleri, d. l. 2. si iam 12. §. 1. de cond. & demon. & quæ non minus potestatiua dicitur, quam illa, si seruum manumiserit l. fin. de cond. insi. & tamen conditio Capitolij ascendendi habet talem interpretationem, si cum primum potuerit l. *hanc conditio*

29. de cod. & dem. Rursus facit, quod cum Iust. in l. si quis heredem 7. C. de inst. & subst. voluerit eas conditiones quocumque tempore, vel ante vel post mortem impleri, videtur ante eam constitutionem contrarium viguisse. † Ex quo constat, in hac conditione multum interesse, utrū seruus mortuus sit tunc, cum conditio potuit impleri, hoc est, mortuo testatore, an vero tunc cum non potuit, hoc est, viuo. Priori casu conditio defecisse intelligitur, quia ab initio conditio fuit possibilis, & impleri potuit, cum natura & iure implebilis esset, quo attento procedit d. §. *idem Iulianus*. Posteriori autem casu conditio pro implenda habetur, siquidem conditio illa impleri neque iure, neque natura potuit, & sic est impossibilis d. §. *mortuo*. Vnde cum hæc conditio si seruum manumiserit, mortuo testatore implenda sit d. l. 2. & post mortem testatoris Stichus fuerit occisus, in d. §. *idem Iulianus*, conditio plane defecisse videtur: & qui sub ea conditione institutus est, heres non erit. Quare poterit lege Aquilia agere ad hereditatis æstimationem, cum propter occisionem defecerit conditio, & occisor in causa fuerit, quominus conditio impleretur. Hoc intellige si Stichus occisus est post mortem testatoris, quo casu defecit conditio. Sed id non procedit si viuo testatore occiso contingat, cum eo tempore cessabit æstimatio hereditatis, vt pote quia non excluditur heres ab adeūdā hereditate, vt verbis expressis denotat Vlpianus in d. §. *idem Iulianus*, ibi: quod si viuo testatore occisus sit, hereditatis æstimatio cessare. Vbi non significat etiam hoc casu amissam esse hereditatem herede tãquam conditione defecto, sed tantum ait, hereditatem non esse æ-

stimandam in actione legis Aquiliae de seruo occiso, quoniam non defecerit conditio, neque ab hereditate excluditur, ut in casu superiori, & ob eam rationem inspicitur seruus tantum quanti plurimum fuit ex regulis ordinariis legis Aquiliae l. 2. & sequentibus D. ad leg. Aquil. princ. In-
 16 f. tit. cod. l. 28. tit. 15. p. 7. † Iuxta quæ accipiendus est d. §. mortuo, ut cum ibi viuo testatore mortuus fuerit Stichus, quo tempore impleri conditio non potuit dict. l. 2. & sic tunc impleri nequit, nec si deficiat, poterit, cum sit impossibile d. l. si iam facta u. de cond. & degn. in qua conditio est, quæ iterari non possunt, qualis est manumissio serui, præsentis die debentur. Neque aduersatur dict. §. mortuo versus nam mortuo Sticho, qui ait mortuo Sticho conditionem haberi pro impleta quomodocumque mortuus sit, hac ratione adiecta, quia per heredem non stat quominus Stichus manumittatur, qui iam mortuus est. Respondetur etenim illum versus referendum esse ad priora verba principij, ut sic profequatur idem casus ibidem propositus, scilicet de Sticho mortuo viuo testatore, qui sub ea conditione heredem instituerat, si iurasset se Stichum manumissurum, quibus subiicit postea Ulpianus, idem esse dicendum, etiam non illa formula heredem institueret, sed ea videretur, videlicet, ut Stichum manumittat, atque ita erit sensus; si hac ultima conditione adiecta mortuus est Stichus, viuo adhuc testatore, ut diximus, nemo dicet heredem submo-
 17 uendum, neque dicetur conditio defectus, qui non potuit parere, tunc enim implenda est conditio, quando natura potest heres parere, hoc tamen non potest euenire in hoc casu, in quo est impossibile

Sticho mortuo libertatem impo-
 nere.

Eodem modo accipiendus est i-
 dem Pomponius in d. l. turpia §. 4. §. 1. de leg. 1. ubi generaliter scribit, quod si mors Stichi impedierit manumissionem, debebitur legatū. At de morte Stichi ante vel post mortem testatoris contingentem nullum verbum protulit. Verum illud responsum intelligendum est, quando Stichi viuo testatore decessit, quod etsi verbis discretis non adaperiatur, series tamen ipsa, & I. Consulti ratio euidenter ostendunt. Proponatur itaque Pomp. in casu præcedenti Titius legatum esse, si Scij arbitratu non fuisset, & viuo testatore Scij decessisse, in eaque specie ait legatū deberi: postquam statim subiicit casum d. §. 1. cum legatum esset, si seruus manumissus, & mors serui impedisset manumissionem. Quos casus coniunxisse certum est, cumque in primo eueniret mors Scij viuo testatore, etiam & in secundo euenisse coactione affirmare debemus, nam cum dicat legatum deberi, quoniam per legatarium non stetit, quominus seruus liber esset, aperte innuit, mortem ante testatoris obitum contigisse, cum aliis iam per legatarium stetisset, quominus liber esset, quia postquam mortuus est testator, potuit imponere libertatem. Cui interpretationi consentit Cuiacius in d. §. 1. † Sed obstat d. 18
 18 l. in testamento §. 1. de cond. & dem. ubi si legatum esset Sticho & Pamphila, si ante matrimonium coierint, & Stichus mortuus esset post mortem testatoris ante apertas tabulas, ait Africanus Pamphilā defectam videri conditione. Quod difficile est cum per eam non steterit, quominus illa conditio impleretur. Cui legi satisfactum tenet Cuiacius tractat. ad Affric. libi.
 dem.

dem, post Imol. Socin. & alios ex
eius traditis respondeo, partē Sti-
chi defectam esse, & tanquam cadu-
cam ad fiscum pertinere, nam Sena-
tus Consultis, quæ ad dissoluendas
difficultates legis Papiæ introducta
sunt, institutū est, ut dies legatorum
cederet ab apertura tabularum: ita
Ulp. in frag. tit. 24. vers. legatorum (v-
bi et si id lege Papiæ inductū doceat,
intelligendus erit, quoniam S. Con-
sulta illa ad eam legem pertinebāt,
notat Balduin. ad leg. Pap. pag. 159.
Hotman lib. 4. obsequii. cap. 9.) Vnde
si eo tempore, quod intercedebat
inter mortem testatoris, & apertura
tabularum, moreretur legatarius, re-
lictū capiebat fiscus, docet Cuiacius
in l. unica §. cum igitur C. de cadu-
cis: quod ideo factū fuit, ut amplior
esset caducorum conditio, atq; ideo
Stichus cū sit condicione defectus,
relictū eidem ad heredem nō per-
tinet, sed ad fiscum: Pamphila autē
defecta fuit condicione, quoniam
alteri propter alterum legauit, &
mors impediuit matrimonium, quæ
cum post mortem testatoris accide-
rit, secundum supra traditam distin-
ctionem, conditio defecit, & cum
ea viueret, partem suam apud here-
dem remansuram Africanus ait. Ex
quibus etiam potest interpretari d.
l. si ita 16. de manum. test. l. 4. Cod. de
condit. in ser. l. penult. §. 1. de cond. &
demonst.

- 19 Difficilis est l. si Mania 45. de
her. inst. in qua supponit Alphen. ut
illa conditio si Mania mater mea &
Fulvia filia mea viuent, impossibilis
censeatur, necesse esse testatorem si-
liam nunquam habuisse, quod non
conuenit cum Pomp. in d. §. si seruos,
ibi altera iam mortua. Deinde vide-
tur idem Alphenus requirere, ut
Titius perueniat ad hereditatem,
matrem Maniam superuiuere, in

quo nostræ interpretationi supra
propositæ ad dict. §. si seruos maxime
conuenit in illis verbis: quibusdam
ex iis ante mortuis. Sed id line ratio-
ne videtur tali discursu, si conditio
ibi impossibilis censetur, quoniam
iam tempore mortis testatoris im-
possibile est, ut manumittantur ser-
ui, cur non censetur impossibilis,
si mater ipsa mortua est, cum impos-
sibile sit, si mortuæ erant mater &
filia quod iam uiuant? Cur ergo re-
quiritur mater uiuat? ut Titius he-
res existat? ¶ Cui difficultati satisfacere
tentant post Accurs. Cuman. &
reliquos antiquos Costa lib. 1. select.
cap. 11. n. 1. Sarmiento d. lib. 1. c. 2. n. 5.
Pinelus num. 10. & alij supra. Sed fre-
quenter receptam vidi interpreta-
tionem Accursij, qui asserit verbum
viuent, in d. l. si Mania non esse tē-
poris futuri, sed præsentis, at in d. §.
si seruos, denotare futurum iuxta
verbi proprietatem. Ita etiam fir-
mat Carondas in d. l. si Mania. Ve-
rum id non admittit Costa d. nu. 1.
neque Cuiacius in l. cum in secun-
do, de iniusto, quia traditio illa, quæ
impossibiles condiciones pro non
scriptis habet, intelligenda est de
condicione in tempus futurum rela-
ta, non vero de præterito aut præ-
senti tempore, argum. l. cum ad præ-
sens 37. de reb. cred. l. in instantio 10.
§. fin. de cond. inst. l. conditio 100. d. si ita
120. de ver. oblig. Deinde, si in tem-
pus præsens fuisset collata condi-
tio, satis esset, quod mater viueret
tempore testamenti iuxta l. cum in
secundo 16. de iniusto, ubi sine aliqua
distinctione ait Consultus, vitari
institutionem sub conditione illa fa-
ctā, si Titius Consul est, si tum tempo-
ris Titius non uiuit; nec distinguit
an uiuat tēpore testamenti vel non,
quod nō sufficit in d. l. si Mania, ubi
exigitur ut mater superuiuat. Viti-

- mo; quia accipere verbum *vinunt* pro *vinunt*, & violentia est, & contra verbi proprietatem. Quare hæc dānata interpretatione, & alia Sarmienti d.c. 2. num. 5. asserentis contrarios existisse Consultos, & meliorem sibi videri Vlpiani opinionē in d. §. *idem Iulianus*, quā Pomponij in d. §. *si seruus*. † Respondenij posse existimio, testatorem cum matrem haberet, crederetque habere filiam, quia forte absens opinabatur uxorem enixam esse, ea formula vsum fuisse *si Mania mater mea & filia vinunt*, quo casu cum filiam nunquam habuisset, ea conditio circa filiam impossibilis reputatur, & ob id remouetur à testamento, ex quo manet Titius institutus sub conditione *si mater Mania vinet*, quæ cum sit conditio casualis, si moriatur post testamentum factum ante mortem testatoris, deficiet conditio, & Titius non admittetur ad hereditatem l. *unica* §. *sin autem C. de caducis*, quæ omnia constant aperte ex dict. l. *Mania*, cum dicatur ibi, id quod impossibile testamento scriptum esset, nulla vim habere. Vnde deducit Alphenus, in illa conditione impossibile fuisse reiiciendum, & possibile spectandum, atque attendendum; & cum dicat necessarium esse, vt mater superuiuat, præsupponit vixisse tempore testamenti.
- 22 Ultimo venit explicandus locus Pap. in d. l. *cum tale* 72. §. *falsam conditionem* 7. de cond. & dem. vbi duos casus meo iudicio proponit, vnum in principio, alterum in vers. *quod si poss.* Primus est, quando testator Pamphilo dedit libertatem, *si soluisset quod Titio debebas*, cum tamen nihil vere Titio fuerit debitum, quo casu conditio habetur rāquam impossibilis, & competit libertas

iuxta speciem sic intelligendam in l. *ab omnibus* 104. §. *in testamento*, de legat. 1. vbi si legatum relinquatur sub conditione, *si tabulæ reddiderit*, quæ non fuerunt in rerum natura, legatum valet, & conditio reiicitur, quia conditio falsa impossibilis est secundum Aristotelem. Cui obstat l. *huiusmodi* 84. §. *si cui ita*, de legat. 1. vbi si tabulæ in rerum natura non fuerint, ita existimabitur expleri conditio, si heres liberabitur, ergo non vt impossibilis censetur, cum necessaria fuerit liberatio. Sed respondeo in d. §. *in testamento* nunquam confectas fuisse tabulæ, neque vnquam existisse, at in d. §. *si cui* tabulæ fuisse in rerum natura, & veram obligationem interuenisse, et si tabulæ deperditæ non inuenirentur, vel non extarent, quo casu necesse est, vt legatarius heredem liberaret; vt existimetur satisfecisse conditioni. Nam cum vsum fuerit illa formula, *si tabulæ chirographi mei heredi meo reddiderit*, qui chirographum dicit, ipsam actionem dicit l. *seruum* 44. §. *cum qui deleg.* 1. l. *Lucius* 88. §. *cum ibi deleg.* 2. l. *Quod chirographum* 99. de leg. 3. vnde et si chirographi redditio argumentum sit liberationis, quæ exceptione contingit, l. 2. §. 1. de pact. at in testamento in quo plenus voluntates interpretantur l. *in testamento* 12. de regul. iur. illum habet sensum, si heredem ipso iure liberauerit, & ipsum chirographum reddiderit, vt sic impleatur conditio l. *Manius* 55. de cond. & dem. Vnde non bene Iason, & alij quos refert Sarmient. supra cap. 1. num. 15. existimabant, in d. §. *si cui* conditionem per æquipollens adimpleri, quia licet tabulæ reddi non possint, quæ nullæ extarent, potest tamen fieri debiti acceptilatio, quæ idem operatur. Quod est falsum,

fallam, cum dict. §. in testamento reiciatur conditio, quia nunquam fuerunt tabule, nec fuit aliquando debitum. † Alter casus Pap. in dict. §. *fallam* est, quando debitum interuenit, & post factum testamentum pecuniam exsoluit testator. Qua in specie Gotofr. ibi ait, valere libertatem eiusdem favore. Et hanc opinionem falso tribuit Accursio, qui aperte contrarium asserit, scilicet libertatem non valere, cum conditio defecta sit. Eum sequuntur Castren. & Alberic. & antiquiores alij, necnon & Osuald. lib. 8. Donel. cap. 32. lit. F. qui miratur, quarens quid Accursio erroris causam dederit, cum tamen neque ipse nec Gotofredus Accursium legerint, qui eandem sententiam probauit. Quam firmat etiam Pap. dum ait, quod si post testamentum factum testator id quod debebat soluerit (qui vere debebat) defectam conditionem intelligi. Quæ verba aperte innuunt non valere libertatem, quoniam testator, qui tempore testamenti pecuniam, vel quid aliud debebat, post testamentum soluerit, videtur prioris voluntatis pernituisse, & legatum adimere voluisse, argum. l. alumna 30. §. ab heredibus 2. cum l. sequi. §. 1. de adimen. legat. ita docuit Paul. Castren. & eo non relato Osuald. supra. Neque obstat l. si quis seruum 13. de cond. & dem. ubi cum testator liberationem reliquisset sub conditione, si heredi rationem reddiderit, si postea rationes reddere prohibuerit, libertatem ex testamento competere ait Modest. cui satis facies ex trad. à Socin. in d. l. in testamento n. 13. & Accurs. & Gotofr. ibi.

esse, furem non esse. Exorantur Ulpianus in l. si ita quis 31. D. de Euictionibus, & Pomp. in l. Si à substituto 45. §. 1. D. de leg. 1.

SUMMARIVM.

- 1 In venditionibus præstantur cautiones, quibus de morbis vitii/ga res admoneantur emptores.
- 2 In venditione seruorum solebat re-promittere venditor per stipulationem, furtis, noxiisque solutum seruum.
- 3 Eodem modo stipulatio concepta erat, seruum sanum esse, furem non esse.
- 4 Circa eam stipulationem gravis fuit inter ipsos prudentes decertatio.
- 5 Expenduntur fundamenta eorum, qui eam stipulationem inutilem iudicabant, & n. 6.
- 7 Expenditur pro ea parte l. 3. C. de ædil. act. l. si à substituto §. 1. deleg. 1. & n. 8.
- 9 Illustratur l. non est impossibile 10. de Pactis.
- 10 Alieni facti promissio inutilis est.
- 11 Fundamenta pro parte affirmatiua, ut stipulatio illa sanum esse, valeat, & n. 12.
- 13 In euictionibus obligatur venditor ad interesse, re euicta.
- 14 Stipulationes Prætorie, seruum sanum esse, non esse furem, non obligant nisi ad interesse, & num. 15.
- 16 Admissa Ulpiani sententia in d. l. si ita quis, de euict. Respondetur ad fundamenta contraria.
- 17 Interpretatur l. 3. Cod. de ædil. action.
- 18 Agitur de intellectu l. si à substituto §. 1. deleg. 1.

- 19 Ratio quare non teneatur heres promittere sanum esse, in seruo generaliter legato.
- 20 Quamobrem heres ad id non teneatur, cum tamen venditor praestare debeat, & n. 21. & 22.
- 23 Quisim Vespillonem, & quare in edicto aditium Vespillonem non esse promittebatur.



IN venditionibus solent venditores cautiones quasdam praestare emptoribus, de quibus late Donel. lib. 13. com. c. 2. & 3. & in Lemptor 14. C. de action. empt. & Picha. in §. 28. de act. q. 16. inter quas est illa edicto aditium introducta stipulatio, qua facile & expedite venditorum fallacis occurreretur, vt res praestaretur emptori de vitiiis morbisque eius monito, l. 1. §. 1. de adit. edict. notat Anton. Gom. tom. 2. var. c. 2. n. 49. Morla in emptorio tit. 9. in praemissis. 41. Molin. de iust. & iur. tom. 2. disp. 335. Thusc. tom. 1. lit. A. edict. 112. Gratian. tom. 1. discept. c. 150. n. 12. Auendan. de censib. c. 95. n. 2. Barbosa d. l. Portug. tit. 17. Guzman. de euct. q. 61. tit. Ripoli lib. 1. var. cap. 11. n. 61. ¶ Vnde si seruus vendetur, per stipulationem solebat venditor cauere, cum furtis noxiisque solutum esse, l. ex empto. 11. §. idē Neratius de act. empt. l. 1. §. 1. l. quis sit fugitiuus 17. §. quodamunt 17. de adit. edict. l. si emptor 30. de euctionibus, l. aliud 174. l. hęc stipulatio 200. de verb. sign. Agellius lib. 4. noē. c. 2. (Id est noxalibus actionibus non esse subiectum, eiusve nomine noxalem actionem nullam esse) vt eleganter declarat Interpretum omnium iuris facile princeps & primus iurisprudentiae Antistes & Magister Iacobus

Cuiacius in d. l. aliud. ¶ Hinc etiam originem duxit, & in huiusmodi venditionibus stipulatio illa venditoris, qua repromitteret seruū vel animal sanum esse, furem non esse, vel erronem, aut vespillonem (quae formula ita concipiebatur, seruū recte sanum esse, vt ex l. qui certiana 53. de adit. edict. doctē colligit Cuiacius lib. 9. obseru. c. 3.) Cuius mentio est nobilissima apud Vlp. in l. si ita quis 31. D. de euct. iuncta l. ex empto 11. §. animalium 1. de act. empt. l. emptor 14. C. eod. l. 2. de rerum permut. dict. l. quis sit fugitiuus §. fin. l. quod si nolis 31. §. 1. de adit. edict. l. 4. §. item Labeo. 1. de doli except. d. l. aliud. C. de adit. alt. ¶ Sed circa hanc stipulationem, an recte interponeretur, grauis fuit disputatio inter ipsos I. Consultos, vt colligere licet ex dict. l. si ita quis dum ait quosdam inutile esse eam affirmasse, in quo tacite videtur notare nō Sabinum (vt existimat P. Fab. in l. verum 31. de reg. iur. ad quem cum scripserit illum librum 42. ex quo de sumpta est d. l. si ita quis d. l. aliud non debuit dicere quibusdam.) Sed puto sui temporis aliquem vellicare, nā ratio illa subiecta in fine, quod vtrique nemo sanus probabit, aliquid habet aceti quod non nisi in coactantū dirigitur qualis fuit Paulus, qui cum Vlp. Assessor fuit Papiniani, vt tradit Lemptidius; atque ita eius subemulus, vt constat ex l. Titius 42. de action. empti. Ob quam rationem fesse tacite notare solent l. lecta 40. D. si certum petatur, ibi: quidam dicebant: & postea: sicut ille putabat liqui heredi 44. §. si duorum de cond. & demon. l. si creditor 5. de separation. l. si seruus 11. D. indicat. solus. ¶ Sed expendamus & nos vtriusque partis fundamenta & in examen strictum reuocemus. Pars itaque negantium eam stipulationem vtilem esse, eo fundatur di scur-

disensa, aut stipulatio continet quid impossibile, vel non; si non est fur aut morbosus aut vesipillo, frustra stipulamur quod in se servus habet, vel si est fur aut morbosus, impossibile est quod non sit fur vel morbosus: si fecit fortum, impossibile est ut non fecerit: si non est sanus, impossibile est ut non sit morbosus, unde cum promittere non possim, ut servus qui est morbosus sit sanus, & qui est fur, desinat esse fur, impossibile promitto, & consequenter inutilis est stipulatio, ita ut nunquam effici possit utilis. *l. non solum 31. de obligat. & alt. §. si impossibile, Inst. de inutilib. l. verum 31. de reg. iur.* † Ratio est, nam qui promittit, non esse furem, non vitiosum, loquitur de animi affectu, & affirmat non esse furem, neque fortum fecisse, neque facturum, quod venditor, ut tali animo sit servus, quomodo promittere poterit, aut implere, ut quis sit animo bene affectus? cum id ad hominis propositum & mentem spectet *d. l. qui sit fugitivus §. item apud 3. d. l. aliud l. fugitivus 22 §. de verb. sign. idem & de sanitate quoque dicere debemus, ut cum id ad corporis rectum habitum, & temperiem spectet, minime promitti poterit, servum esse sanum. † Quapropter temerariam promissionem eam vocavit Diocletianus in *l. 3. C. de adit. actio. ibi. si autem venditor non vitiosum, etiam in posterum fieri servum temere promissit, & Vlp. in l. Iulianus 13. §. item qui furem, vers. quid tamen, D. de alt. empr. & ita impossibilis videtur, quemadmodum si aliquis promississet servum non mortuum praestari, quo caso promissio censetur impossibilis. *l. non mortuum §. C. de contrab. stipulat.* † Quae ratio, et si negl. si videatur ab Vlp. recepta athena est a Pomp. in *l. si a substituto***

*4. §. 1. & in l. si legat. §. 6. de leg. 1. cui non satisfecerit, qui dixerit hoc in legato obtinere, nam id & in stipulationibus locum habere idem Cōsultus existimat in l. qua delegat. §. 46. in l. l. si heres 110. de leg. 1. † Vis autem huius argumenti non eliditur ex *l. non est impossibile §. 10. de pectus per quos multi, quos notat Pichia in §. si quis alium 2. n. 6. de inutil. voluerit dicere, eam stipulationem quid impossibile non continere, nam respondeo in d. l. non est depositariū & commodariū non promississe, servum non futurū furem, sed per eos non fieri, quominus servus vitiosis his inquinaretur, neque servum sollicitatos se, ut fur fieret, hanc promissionem continebat quae non le inducere, ni accensurare a qua se a ladron. Hoc proprium est factum meū, in mea voluntate & potestate positū. Causa illius pacti erat, quod cum servus mihi depositus, aut commodatus meae custoditae committatur. *l. in princ. D. de positi, l. cum qui 14. §. non solum D. de furto*; poterat esse in mea voluntate, ut servo consilia praeberem, & praecipue ad furandum eum inducerem. Unde id pactum recte apponi potest, in quo quicquā impossibile non continetur, sed id quod ex natura contractus erat. Ita recte notantur DD. in *d. l. non est*, ubi Castien. n. 1. & sic procedit *l. in lege 29. D. de legat. 1.* ubi appositum in locatione sylvae illud pactum, *ne sylvam cadis, neve vitio, valet*, sicut aliud simile in *l. Caesar 15. D. de publican. ne cotem fodito*. Neque dissimile est pactū ne servum sollicitos, ab illo ne sylvam cadas; quare cum id sit in mea potestate facere impossibile non reputabitur, ut ait Consilius in *d. l. non est*, ubi a contratio sensu innuere videtur stipulationem illam de qua agimus, servum sanum esse, impossibilem esse, cum in mea**

10 potestate non sit. † Et ex alio capite hoc similiter non potest admitti, nā qui seruum vendidit, si promittat, *seruum suum esse*, &c. videtur alienum factum promittere, qui de se non promittit, sed de seruo, & quod in non faciendo consistit, factum est; seruus qui non furatur, qui non fugit, id quod promissit venditor facit, argum. §. *si uxor*, Inst. de nuptiis, ibi: *rectius facturos, si se ab huiusmodi nuptiis abstinerint*, l. *quo uetante* 102. l. *qui non facit* 121. de reg. iur. cap. dilectio 6. in fine de sentent. excom. qui non facit, facere dicitur, l. 2. in princip. de verb. oblig. vbi Iason num. 10. Donel. 6. Corotr. & Gipha. 3. At si quis promissit factum alienum, inutiliter stipulationem concepit, quia inter stipulantem & promittentem negotium contrahitur, & cum contractus ex ipsa contrahentium persona obligationis initium sumant, l. *quacumque* 10. de oblig. & act. de propria persona quisque promittet, non de alia l. *stipulatio ista* 38. in princ. & §. 1. l. *inter stipulantem* 63. & 97. l. *si ista stipulatus* 126. §. 2. de verbor. oblig. l. *sicut reus* 65. de fideiussoribus l. *quo tutela* 73. §. fin. de regul. iur. §. *si quis alium* §. *versa vice*, Inst. de inutilibus l. 11. tit. 11. part. 5. facit l. *solvendo* 39. de negotiis gest. l. *eum qui* 5. §. *Julianus*, de constituta pecun. l. *non debet* 74. de reg. iur. l. 3. in fin. C. *uxor pro marito*. Docent Donellus, Cuiacius, Duar. & Gipha. in d. iur. idem Donel. lib. 12. capit. 19. Geddeus de contrahend. stipul. c. 6. Gomez 2. tom. var. cap. 10. numer. 23. Gutierrez de iuramen. confirm. 1. p. capit. 44. Matienço in l. 2. glof. 6. tit. 16. lib. 5. Recop. vbi ceteri Regnicolz, Cuiac. lib. 12. obseruat. cap. 36. Menchaca lib. 1. controuer. usu freq. cap. 11. & lib. 3. cap. 58. a num. 3. & nos- ter Pichard alios referens in d. §. si quis alium.

Pro parte tamē affirmante, quam 11 tuctur Vlpianus in d. l. *si itaque*, facit primo argumentum ab absurdo deductum, nam si hæc stipulatio, *seruum esse, furem non esse*, non valeret, sequeretur neque utiles esse stipulationes ædilitias, quibus huiusmodi pactiones sunt receptæ, ex l. *sciendum* 15. §. 1. l. *si furtum* 32. D. de ædilitio edicto, cum aliis iuribus supra allegatis, quod tamen dicendum non est. † Deinde, cum promisso fa- 12 num esse furem non esse, non deducitur in obligationem, quod est impossibile, ut quod factū est, factū non sit, sed continet hæc stipulatio quanti interest horum quid esse, vel horū quid non esse, si factum non sit, non ut mutet animum, sed ut si forte tali animo fuisse apparuerit, vel tali habitu corporis, tantum præster venditor emptori, quanti intererat talem non fuisse d. l. *si furtum*, & ea sane videtur fuisse mens contrahentium, ut ad interesse obligaretur veditor, si quod promissit non præstiterit, nā cum huiusmodi stipulationes sine deductæ ex ædilitio edicto, & consequenter sint Prætoriz princ. Inst. de diuis. stipul. in intro §. *Prætorū vers. proponebant*. Inst. de iur. natur. l. *si venditor* 28. de adl. edict. l. 5. in princip. de verb. oblig. si quidem ex mero Prætoris officio proueniunt, ex eius mente debent interpretationem accipere l. *inconventionalibus* 2. de verbor. obligat. l. in Prætoris 9. D. de Prætor. stipul. qui semper cum præ oculis habeat æquitatē, l. 4. de eo quod certo loco, & lites dirimere curet l. *acquisitum* 14. de usufructu l. *quidam* 21. de reb. cred. ipse Prætor intelligit, inter esse promississe eum, qui furem non esse seruum promissit, ut si fur appareat tanti condemnatur, quanti emptoris interest illum furem non esse l. *quoties* 31. de verb. oblig. † Quem 13 admo-

- admodum in euictionibus contingere solet, vt re euicta agatur ad id quod interest, *l. venditor 8. l. euicta 70. de euictionibus*, cum alijs ibi adductis à Gotofred. facit *l. Iulianus 13. de act. empr.* † Quæ interpretatio Prætoria semper retinetur, vt conuentiones effectum habeant, sicut quando quis promissit dominum ratum habiturum, verborum sono promittit factum alienum, sed à Prætoris interpretatur ex utilitate, vt procurator tantum videatur promississe se curaturum, & effecturum, vt dominus ratum habeat *l. si commissus 13. l. si procurator 18. D. rem ratam*. tradunt id explicantes Castrensis, & reliqui in *l. stipulatio 38. de verb. oblig.* Donel. in *d. l. inter stipulante 83. n. 5. & 6. Pichardus in §. si quis alium n. 26. Inst. de iur.* † Quibus etiam accedit, quod obligatus ad factum, nisi faciat, videtur tacite interesse fuisse stipulatus, ex doctrina Accursij in *l. stipulatione 72. verbo dari D. de verb. oblig.* quam singularem appellat Bald. & Bolognet. Corrasius lib. 2. Miscel. c. 3. Gregor. in *l. 3. tit. 14 part. 5. ver. Pudiesse facer.* Paulad. lib. 1. quotidianarum cap. 6. nu. 10. Gutier. de iuramen. confir. 1. part. cap. 39.
- 16 Quibus cum Vlpiano admittis, rationes contrariæ partis facile diluuntur, si intelligamus promitti non quod est impossibile, sed eo animo fuisse contrahentes, vt velint sanum præstari seruum, aut eo non sano id quod interest; ideoque agitur ex stipulatu, non vt seruum non sit fur, nam id est impossibile, sed vt præstetur quod nostra interest seruū furem non fuisse, & ob id subauditur verbum *præstari*, quod certe cō-
- 17 ster præstari posse. † Neque obstat *d. l. 3. C. de adl. act.* cui solet communiter responderi cum Cast. & Du-

ren. in *d. l. stipulatio ista. Donel. in d. l. inter stipulante n. 6.* solum contrahentes ibi de præsentis serui conditione, vel de præterita promississe, non autem de futura, atque de qualitate magis serui agi, quàm de facto, nam solum promittitur, nunc fur non esse, aut non fuisse, vel mores serui in deterius non degenerare. Sed id admitti non potest, quia in dict. *l. 3. de futura conditione serui promissum est probaturque ibi, sin autem venditor non vitiosum in posterum fieri seruum temere promissit.* Quare existimo ex supradictis dicendum, illam promissionem non continere impossibilitatem, sed eam interpretationem recipere, vt videatur interesse promissum. In principio autem venditor cum nihil promississet, seruum post venditionem factam fugitiuus fieret, pertinet dānum ad emptorem §. *cum autem, de empr. & vend. l. 1. C. de periculo, & comm.* At si temere promissit (quod non ad promissionis impossibilitatem referas, sed quia voluit periculum futuri casus in se suscipere *l. 1. v. sed si venditor, de peric. & comm.*) *l. si quis domum 9. alias est l. si quis fundum. 10. D. Locati*, promissit seruum non solum nunquā fugisse (ad quod tenebatur *l. 1. & sin. C. de periculo, & comm.*) verum neque in posterum vitiosum fieri, quod quis temere promissit, suæ temeritati imputare debet, & ita tenebitur iuxta facti propositi placitum.

Deinde non obstat dict. *l. si à sub. 18. finio. §. 1. de leg. 1.* cum alijs, pro cuius explicatione aduerto, quod si generaliter seruus legatus sit veluti homo, cum varijs formulis solerent uti testatores (quarum meminere post Iust. in §. *sed olim. Inst. de legat. 1. p. in frag. tit. 24.* Theoph. Baldum. & Pichard. in dict. §. *sed*, Donel. 8.

comment. cap. 3. vbi Ofuald. Ant. Fab. 6. coniect. cap. 1.) si per vindicationem legabatur, legatarij erat electio, quem vellet ex tota familia seruorum eligere. Si vero per damnationem, heres eligebat, *l. qui duos 20. l. legato. 37. l. si domus. 71. l. si heres. 110. de legat. 1. iuncta d. l. 45. §. 1. cum alijs, quæ superfluum esset recensere, cum ea cumulent, & explicent DD. in d. iur. & in §. generaliter. 24. de leg. Cuiac. tract. 9. ad Afric. in l. si seruus 108. §. cum homo de leg. 1. in recit. ad d. l. 37. vbi Duar. Ant. Fab. in ration. ad l. heredes 25. §. si in certo 17. D. fam. ercisc. Gregor. in l. 23. tit. 9. part. 6. Ofuald. sup. lit. I. Rutilus, & in eo causa, si egerit legatarius actione ex testamento, vt consequatur legatum heres promittere debet seruum quæ præstat, noxis, futiisque solum esse, nõ vero tenebitur præstare neque promittere sanum esse. † Ratio differentiz est, nam in hoc legato præstando ab herede per damnationem grauato, ille seruus dandus est, quem legatario habere liceat, id est vt obtineat sine controuersia. At si ei seruo fiat controuersia de noxa, vel de furto, eum recte habere non licet, cum ab eo auocari possit *l. heres 58. de eusc. l. si domus 71. §. 1. de leg. 1. l. qui concubinam 29. §. si heres de leg. 3. l. si rem. 20. l. etia 27. l. qui decem. 72. §. qui hominem de solution.* Voluntas quippe testantis, qui seruum generaliter legauit, & electionem heredi dedit, illa fuit, vt ex tanta copia seruorum eligat, quem legatario habere liceat. Sed quamuis ad id obligetur heres, non tamen tenebitur promittere seruum sanum esse, non quod id impossibile sit, vt ex supra dictis constat, sed quia vt ait Pompon. *sanitas serui ad proprietatem nihil pertinet:* id est, cum heres tantum teneatur dominium eius serui tradere, ita vt*

legatarius inquietari non possit ab aliquo, si sit morbosus, vel sanus, nõ ex hoc dominium impeditur, cum alia vitia proprietatẽ non turbent. Vnde solent mirari interpretes, testante Aretino in d. l. si a subst. §. 1. in princ. quod heres in genere rẽ dare damnatus mediocrem dare teneatur d. l. 37. & tamen non poterit id habere locum, si offerat animal, vel seruum non sanum, cum res, quæ offeratur, possit taliter esse infirma, vt non diceretur mediocris, nec posset etiam haberi. Quapropter Castr. accipit dict. §. 1. nu. 2. quando prima facie seruus non erat infirmus. Quæ minime meo videri colliguntur ex dict. §. 1. cum eo in casu competeret legatario actio de dolo contra heredem, qui moribundum dederit seruum, dict. l. si heres 110. de leg. 1. l. si quis argentum. 35. in princ. C. de donat. & ciuili modo intelligenda sit præstatio serui *l. si cui. 9. de seruut.* atque ita in dict. §. 1. tantum constituitur nõ teneri heredem promittere, sanum se præstiturum seruum, quem ad modum promittit eum, furtis, noxisque solum. Effectusque erit, vt alias non teneatur in id quod interest, iuxta alia iura: quia cum ad id tantum obligetur heres, vt legatarij rem faciat, nihil impeditur dominium, quod seruus sit sanus vel morbosus, quocumque enim modo estus fuit. Quod significat Pompon. illis verbis, *sanitas autem serui ad proprietatem nihil pertinet.* At vero si noxa, furtoque sit obligatus, cum possit auocari, proprietas leditur. † Sed quæ sit ratio differentiz quare venditor hæc præstet, non vero heres difficile est cognitu. Videbatur in venditione minus requiri promissio illa sanum non esse, quam in herede, ex eo quod venditor non teneatur rem emptoris facere, sed

tantum

tantum rem tradere, & de euictione cauere, ita vt si ipse dominus sit, dominium in emptorem transferat, §. *per traditionem*. *Instit. de rerum diuis.* si vero dominus non est vsucapiendi conditionem l. *clauibus* 74. de *contrahen. emptio.* l. *exemptio*. 11. §. 6. & in *primis de action. empt.* l. 1. *vers. venditori de rer. perm. iuncta l. rem alienam*. 28. de *contr. empt.* l. *traditio*. 20. D. de *adq. rer. dom.* iunctisque tradunt Ant. Gom. 2. var. cap. 10. n. 22. Pinell. in l. 1. C. de bon. mat. 3. p. nu. 25. Ant. Fab. lib. 6. coniect. cap. 17. Fachin. lib. 2. contr. cap. 30. Oual. lib. 13. Don. cap. 2. lit. A.

21 † Vnde dici debebat, quod cum venditor furtis, noxaque solutum esse prestare debeat, & propter hoc etiam furem non esse, neque morbosum, iuxta tradita supra, ita etiā & heres; cum quæ de legato dicantur circa hunc articulum etiam & ad stipulationes extendat Pomp. in l. *que delegato*. 46. de *leg. 1.* quæ statim d. §. 1. subiecta est. Quæ difficultas à nemine quem viderim attingitur, præter vnum Cuiac. qui tract. 3. ad African. in d. l. si heres, ait eam esse ratione differentie, quod legatum heredis sit onus, legatarij vero lucrum, venditio autem neque est onus venditori, neque emptori lucrum. Quod non satis inquisitum explicat, neque hoc ex lucro, vel ex onere nascitur, sed ex natura con-

22 tractus. † Quare dicerem, hoc ex natura venditionis prouenire, venditor tenetur rem ita tradere, vt incorrupta sit, & omnibus illis vitiis libera, quæ vsus rei impediunt, vel imminuunt, & ob id tenetur de vitiis, morbisque rei d. l. *de l. de adil. editil. iunctis supradictis*, & ideo tenetur sanum esse prestare. At in legato solum attenditur, vt seruus sit legatarij, & vt dominum transferatur, huius

scilicet rei legatæ l. *legatum*. 80. de *legat. 2. l. 2. Titio* 64. de *furt.* & ita non attenditur qualitas eius rei, sed vt ea efficiatur talis, qualis fuit defuncti. Quare cum non impediatur voluntas testatoris, nec proprietas ex eo, quod non sit sanus seruus, non debuit onerari heres, ultra id quod in testamento comprehensum est. arg. l. *filius* 114. §. *apud in fin.* D. de *legat. 1.* §. 1. *Instit. de sing. reb.* & hoc voluit significari in d. §. 1. dum dicitur, non pertinere ad proprietatem sanitas vel morbus serui, quoniam impletur voluntas, si talis datur, qualis à testatore relinquitur d. §. 1. *in fin.* d. l. *si legatus*. vel in genere relicto legato, si noxa, furtumque solutus præstetur. Idemque in stipulatione admittit d. l. 46. quia si hominem dare promiserit, dare autem est dominum transferre l. *ubi autem* 75. *in fin.* D. de *verb. obl.* ad proprietatem, de qua adquirenda agebatur, nihil pertinet sanitas serui, vt in legato. Ex quo etiā constat heredem pro re legata generaliter teneri de euictione, non vero si rem specialiter dare grauetur d. l. 45. §. 1. l. *heres* 58. de *euict.* l. *si legatus* 56. l. *si dominus* 71. §. 1. de *legat. 1.* l. *qui concubina* 29. §. *si heres de legat. 3.* l. *qui decem* 72. §. *qui hominem de solutione*. Ratio est, quia non videtur datum quod potest euinci, at in speciali legato talis dari debet, qualis relinquitur. Docet Accur. in l. 2. *glor. fin.* C. de *euict.* vbi Cuiac. & in d. l. 45. §. 1. Donel. lib. 8. com. cap. 19. Caldas in typo de *emptio* cap. 31. nu. 45. Morquecho de *diuision.* bonor. lib. 1. cap. 8. qui de hac re plura.

Sed pro colophone huius disputationis videamus quis sit *vespilio*, cuius meminit Vlp. in d. l. *si ita quis*. Cuius vocis veram significationem nondum scio calluisse nostros. Et in primis magna est variatio, an *vespilio*,

vel vespilio, vel vespertilio sit nuncupandus, vt constat ex Ousual. lib. 2. Donel. cap. 14. lit. A. Forcat. in A. nario cap. 1. nu. 3. Renar. lib. 2. coniectan. cap. 16. in fin. Turneb. lib. 13. aduers. cap. 9. Kirchman. lib. 2. de funerib. Rom. cap. 3. Rosin. lib. 3. antiq. cap. 31. in fin. Gothofred. in d. l. si ita. Gutherr. de iure manum lib. 1. cap. 23. Ioan. Sauato ad Sidorium lib. 1. epist. 11. Dyemenio in l. verum 31. de Reg. iur. Qui tamen ait hoc verbum se nunquam alibi legisse, quod illiberalis ingenij confessio est, cum aliis in locis Pandectarum hanc vox reperitur in l. sed sciendum. 7. D. ad Trebellian. l. qui decem 71. §. fin. D. de solution. Aliis omissis, frequens fuit sententia vespillonum (sic lego cum Martiali) esse cadauerum vilium portatores (qui etiam sandapilarij dicti) iuxta illud sapis decantatum Mart. lib. 1. epig. 31. & 40.

*Chirurgus fuerat, nunc est vespillo
Dialus.
Quod vespillo facit, fecerat & medicus.*

Ita Festus ait, *Vespa, & vespillonum* dicuntur, qui funerandis corporibus officium gerunt non a minutis illis volucris, sed quia vespertino tempore eos afferunt qui funebri pompa duci propter inopiam nequeunt. Sed non video quare ædiliam edicto hi comprehenderentur, nisi referas id propter omnino plenum officium, quod antiqui maxime essent religiosi, quemadmodum fuit inauspicatum omen, si quis forte in sepulchra incideret, vt vulgatum est ex Lino lib. 30. Ammian. lib. 31. Quis enim in domo sua sine horrore videret istos necrophoros? Dicerem ego vespillonem certi generis esse fures, viles sane, turpesque semper reputa-

tos, vt colligipotes ex d. l. 7. & ex d. §. fin. Quoniam cum mos esset in funere silicernium dare, id est, funebrem cenam que in ipsa sepulchri vstrina, seu culina concoquebatur, & Diis Manibus cremabatur ibidem, viliores hiserui seu vespillonum solebant has epulas rapere, & similes cum noctu cadaueris concrematio fieret, & flammis vestes quibus induebatur corpus aufererebant, quæ plerumque pretiosæ erant (vt patet ex Ræuar. lib. 1. coniect. 14. Kirchman. d. lib. 1. de funer. cap. 10.) item munera, & vestes, resque alias, quæ in rogum coniciebantur cum cadauere, late tradit idem Kirchman. supra lib. 3. cap. 6. quod indicare videtur Consultus in l. 3. §. aduers. 3. D. de sepuch. violat. & Catullus lib. Epigr. 60.

*Quam in sepulchretis
Vidisti, ipso rapere de rogo cenam:
Cum deuolutum ex igne profec-
quens panem,
A scintilla sonderetur vstare.*

Aliquando & hi pollinctorum officio fungentes dum cadauera pollincunt, lauant, & curant, solebant mortuum spoliare, quamobrem & furti, & iniuriarum actione tenebantur, & quasi infortoria actione l. 5. §. idem ait. 8. D. de instur. actio. Quibus emptor cum caretet seruo d. §. aduersus in fin. inter alias cautiones stipulari ne seruus esset vespillo, procurabat. Vnde reiiciendus est Budrus in annot. ad Pandect. qui in dict. l. 31. docebat sensui non congruere si vespillonem acciperemus pro Sandapilario, & ideo vespertilionem legendum ait, vt sumatur pro eo qui interdum exiliter videt, quod ex dictis sustineri minime potest.

C A -

CAPVT XIV.

De liberatione pignoris debitori legata. Defenditur Vlpiani ad Iulianum nota in l. i. §. i. D. de liberat. legat. contra Fabrum, & Schifordegherum.

SVM MARI VM.

- 1 Legatum per quod liberatio relinquatur debitori valere, variis iuribus, & auctoritatibus probatur.
- 2 Huius rei ratio proponitur, & nu. 3. & 4.
- 3 Legatum superficiei relicti ei cuius in solo sit validum est.
- 4 Res sua alicui potest legari, dum tamen defunctus in ea aliquod ius habeat.
- 5 Inducitur tractatio d. l. i. §. i. de lib leg. in qua creditor, qui pignus legat, non liberat debitorem, sed tantum pignus liberat. & nu. 8.
- 6 Si testator remisit chirographum, remissum creditur totam obligationem.
- 7 In inquirenda huius differentiatione varij sunt DD. remissive.
- 8 Anton. Fab. & Schifordeg. opinantur Tribonianum corruptisse Iuliani sententiam in d. l. i. §. i. verumque esse remissum pignore remissum esse obligationem.
- 9 Referantur eorum fundamenta. & num. 13.
- 10 Defenditur contra eos recepta littera dict. §. i. solidaque fundamenta adducuntur.
- 11 Expenditur L. si domus 71. §. si fundus de legat. 1. & l. qui ta-

- beinas 31. de contr. empt.
- 12 Hinc liber ab hostibus redemptus iure pignoris obligatus manet redemptori.
- 13 Mortis causa potest pignus liberari ad l. 3. §. fin. de leg. 3.
- 14 Mulier potest ius pignoris remittere, ita ut pignus solum liberetur.
- 15 Externatur l. & si pignus D. Que in fraud. cred. & nu. 20.
- 16 Perpendantur verba dict. §. i. contra Fabrum & Schifordeg. & num. 22. 23. & 24.
- 17 Contra Schifordegherum Auctoris interruptio.
- 18 Satisfit considerationibus Anton. Fabri.
- 19 Si creditor solum pignus debitori remittat, maximè esse considerabile probatur, & nu. 28.
- 20 Responsa ad argumenta Schifordegheri.
- 21 An inter pignus, & hypothecam sit differentia aliqua.
- 22 Quomodo intelligatur Florentinus l. c. cum dixit, legatum esse hereditatis liberationem.
- 23 L. non alienat. 19. D. de reg. iur. explicatur.



MANVM conferere cum doctissimis optimum iudicabit quispiam, cum in eo pralio vinci gloriosum sit. Concertatio est cum Antonio Fabro immortalis laudis viro, Iurisprudētissimo, inclitogenij, summæ eruditionis, in quo Iurisprudentiæ nostræ incredibilem suspiciem, & magni semper fecissem, si magnū illum spicū ab emendationibus, & litteræ receptæ irreligioso contemptu reuocaret, quibus ita ad:
Gg 3

heret, vt multoties non iuris magister, sed calumniosus Aristarchus videatur. Disputatio nostra est, an iure, vel iniuria crimen Triboniano impingat in l. 1. §. 1. de lib. leg. in qua eius manus tam cernit acutus, quam aut Aquila aut serpens Epidaurius. Defendam receptam lectionem, & quid obseruauerim, præter omnes, proponam. Quod vt congruentius fiat, aduerto quod,

- 1 Si creditor debitori suo debitum remisit, & liberationem legauit, utile legatum est l. 1. l. 3. & per totum D. de liberat. leg. l. si creditoris 17. C. de fideicommissi. §. si quis debitori 14. in fit. de leg. l. 19. tit. 9. part. 6. exornat Bart. & antiquiores in l. 1. §. nunc. D. de liber. legat. Iason. Alexand. & Castr. in l. si tibi homo 86. in princ. D. de leg. 1. Cuiac. lib. 33. Digest. Iul. in l. 10. & lib. 36. in l. 1. D. de liber. legat. Donel. in d. l. creditoris, Brisson. de solut. lib. 3. pag. 450. Ant. Fab. lib. 17. coniect. cap. 9. & seq. Osuald. ad Donel. lib. 16. cap. 22. lit. D. Pacius cent. 6. quæst. 42. Ant. Gom. 1. tom. var. cap. 12. num. 82. Mantica de coniect. lib. 9. tit. 8. Schifordegher. lib. 2. tract. 17.

- 2 Ratio autem huius rei est, quod cum ex leg. 12. tab. vti quisq; legasset suæ rei, ita eius esset, l. verbis 110. de ver. sig. legatum etiam liberationis eodem comprehensum videtur, nã cum res incorporales legari possent, vt vsusfructus, & seruitutes, tit. D. de vsufruct. legat. & de seruit. legat. Donel. lib. 11. cap. 10. & actio seu nomen debitoris l. nomen 34. l. qui ciberographum 19. de leg. 3. ita etiam liberationis debitori relinqui potuit testamento, & licet res sua legari videretur legatario cum suu sit, quod quisque debeat, in tra illud Martialis infra referendi,

Quod tibi non possum soluere, Phœbe, meum est.

L. 1. l. scribis 34. D. de auro & argento, iuncta l. proprias C. de legatis. §. sed si rem 11. Inst. eod. & obligatio non dissoluatur, nisi eodem modo quo fuit contracta; tamen quia non corpus, sed quantitas in eo legato vertitur, inductum est, vt liberatione legata si heres petat, exceptione repellatur, vel vt possit legatarius cum eo agere ad liberationem præstandã l. 3. §. nunc. l. quod mihi 22. l. leg qui 25. D. de liber. legat. † Et hoc insinuat Consultus in d. l. 3. ibi, liberationem debitori posse legari, tam certu est, quasi supponat dubiam rem, & accipitem antea fuisse, in qua contrarium supradictæ rationes inclinabant; sed eis contemptis, obtinuit, vt valeret tale legatum l. 1. D. illo tit. ibi: omnibus debitoribus, qui debent recte legantur, licet domini eorū sint. † Quare intelligimus creditorem legasse id quod alienum fuit à debitore quoad obligationem, licet non quoad dominium, quia cum habuerit sibi obligatum debitorem, utique aliquid sibi acquisitum fuit, quod potuerit in alium transferre, vsq; adeo autem creditoris obligatio esse intelligitur, vt inde debitor liberetur & videatur sibi acquisisse l. species 11. in princ. D. de acceptil. quod sane nõ fieret, si antea debitoris hoc fuisset, cum semel acquisita amplius non possint acquiri l. non vt ex pluribus 159. de reg. iur. † Qua ratione vallet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit, qui consequetur, vt hac seruitute liberetur, & superficiem lucrifaciat l. si tibi homo 87. in fine de leg. 1. † Indeque Iulianus ait, rem suã alicui posse legari, si alius in ea ius habeat, l. cum seruus 39. alius est, apud

Julia-

Julianum §. si Titius, de leg. 1. docet eleganter Ant. Fab. d. lib. 17. cap. 10. Schiford. d. tra. 17. qua. 1a.

7 Ex qua ratione dimanat interpretatio sententiae Iuliani quem refert Vlp. in d. l. 1. §. 1. d. de liber. legat. qui scribit legatē debitori suo pignus sibi obligatum, non praesumi debitum remisisse, sed tantum, ut pignus recipiat, antequam pecuniā soluat, nisi alia testantis voluntas probaretur. Id etiā probat Modest. in l. 3. d. de pact. & idem Iul. in d. l. si tibi homo, ubi cum certum sit, inutile esse legatum, si quis rem meā mihi legauerit, nisi ex eo aliquod emolumentum mihi accedat, cuius ratione legatum possit consistere, valere legatum ait, si quis sciebat, me rem meam pignori dedisse, & legauerit. Quo casu heres tenebitur pignus laete, ut recte ibi explicant Bart. & Cuman. Neq; hoc ratione destitutum est, quoniam respectu iuris, quod creditor habet, valet legatum. Si quidem cum obligatio principale quid sit, & pignus accessorium, non debuit sublatō accessorio principale extingui, quemadmodū si fideiussor liberaretur, qui accessorius est ad principalem, remanet adhuc obligatus principalis l. fin. §. si fideiussor d. de iur. iur. l. si quis reum §. si quod si fideiussor l. si damnatus 10. d. de liber. legat. itaque reddito pignore extinguitur realis obligatio, & remanet personalis, cum pignus sit quaedam accessio ad maiorem securitatem adhibita §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. ab obligatione principali dependens, quae sine pignore consistere potest, non vero pignus sine principali obligatione, explicant Connan. lib. 4. comm. cap. 4. num. 2. Petrus Gregor. lib. 21. l. yntag. c. 6. n. 3. Mendoza de pactis lib. 2. cap. 2. num. 2. Manuca d. tit. 8. num. 5. He-

ringius de fideiuss. cap. 10. §. 8. ex n. 2. Contra autem erit, si non remiserit pignus testator, sed cautionem, aut chirographum. Quo casu remisisse videtur ipsam obligationem, nam chirographo ius debiti continetur, & legato eo, idem est ac debitorem obligatione, & debito liberare l. 2. §. 1. d. de pactis l. huiusmodi §. 4. §. si cui ita l. ab omnibus 104. §. in testamento de leg. 1. qui chirographum §. 9. de leg. 3. l. 3. §. 1. de liber. legat. eaque de causa qui chirographum legat, debitum legat, nam ista sunt synonyma, chirographum, debitum, creditum, nomen debitoris, tabula, l. scriptum 44. §. cum qui de leg. 1. l. annunculo 23. de donat. cau. mor. & conspectat quod festinus Martial. luscit in Polycharmum lib. 8. epig. 37. & in Phœbum lib. 9. epig. 109.

Quadringerum reddis mihi, Phœbe, tabellus.

[Centum da potius mutua, Phœbe, mihi.]

Quare alium, cui te tara vano munere iactes.

Quod tibi non possum solvere, Phœbe, meum est.

Notat Olwald. ad Donel. lib. 8. cap. 19. lit. E. & alij supra. Sed circa rationem diversitatis maxime decertarunt antiqui Martinus, Hugolinus, & Ioannes, quorum sententias refert Accurs. in l. 3. de pactis. & post eum Doctores iam vnam, iam alteram sequuti sunt, ut constat ex Bart. Ias. Castrenf. Horosc. Forton. in d. l. 3. & relatis à Mendoza supra. Morla in empr. tit. 11. qua. 8. Menoch. de praesumption. libr. 3. praesumptione 140. & sequent. unde petenda erat disputatione hae, sufficit tamen nos iura designasse, quibus fortius Martini sententia, quae verior est, corroboraretur. Ex quo mihi

placet Connanus d. num. 2. qui ait reddito pignore in nostro casu non solum pignus modo videri remissum, sed obligationem ipsam pignoris *l. creditoris* 7. *C. de remissione pignoris*.

11 Verum ex aduerso Ant. Faber. d. lib. 17. cap. 10. suo more contra Iuliani responsum in d. §. 1. arua sumit, cui etiam & voces admittit eius affecta Schifordehger. d. tract. 17. qui maximo ardore contendunt Tribonianum corrupisse Iuliani sententiam, & ad eam Vlpiani notam, veriusque arbitrantur, creditorem rem pignoratam debitori legantem vique, & ius liberationis in totum dedisse.

12 ¶ Mouentur autem his considerationibus. Prima, quoniam cum res pignori obligata sit in dominio debitoris, non creditoris, *l. cum & sortis* 35. §. 1. *D. de pign. act.* neminique res sua legari possit *l. propriu* *C. de leg.* constat non aliter valere posse legatum, quam si testator ius omne quod habet legaret, *l. cum seruus* 39. §. 1. *Titus de legat. 1.* Habuit autem creditor ius pignoris, cuius ea fuit conditio, ut tandiu duraret, quandiu solum debitum non esset *l. grege* 13. §. etiam, *de pignor.* Secunda, nullius momenti erit legatū, si ponamus debitorem hunc, nihil aliud præter hanc rem obligatam in bonis habere, quia certum est eo non solvente, neque habente vnde soluat, hanc ipsam rem distrahi oportere, ex cuius pretio testatoris heredibus satisfiat. Tertia, si esset debitor locuples cui non sit difficile aliunde solvere, nihil in effectu præstat creditor debitori, quando ei legat rem obligatam. ¶ Quibus & 13 alias adiecit Schifordeg. ubi sup. nō esse credendum hoc legatum valere propter possessionis commodum, si-

quidem nullum vertitur in hypotheca, cum ista differentia perpetua sit inter pignus, & hypothecā, quod pignus non nisi rei traditione perficiatur, tranferatque possessionem, quæ certe nō transit in hypotheca, *l. si rem* 9. §. *proprie* 2. *D. de pign. act.* §. *item Seruiana. Inst. de actio.* Vnde ex possessione pignoris nihil commodi debitor consequitur, cum ipse possit pignoris possessionem adipisci non solum inscio, vel inuito creditore, sed etiam volente, vel precario, vel ex conducto *l. si pignore* 22. §. *si post. l. si rem alienam* 29. *D. de pign. act.* in quibus tamen casibus tantū abest, ut commodū percipiat, vt etiam pignus non tantum in pristina obligatione remaneat, sed & debitor de nouo obligetur ad destituentem possessionem. Deinde, cum legatum sit delibatio hereditatis, *l. legatum* 16. *de legat. 1.* non potest dici per hoc legatū quid delibari ex hereditate, si nihil nisi tantum liberationē pignoris contineret, quia non alienat, qui dumtaxat omittit possessionē *l. non alien.* 119. *D. de reg. iur.* Hæc & alia sunt Fabri, & Schifordeg. fundamenta, & tanquā si fortissimis, vel adamantinis rationibus niterentur, in miserum Tribonianū tela varia contorquent, conuitia iactant, multiplicat. O bellissimum interpretandi genus! captiunculis facatisque coloribus veritatem abscondere. Sed ipsa si premitur, non opprimitur.

14 Constantè itaque receptam lectionem amplector, & iuri consonam esse traditionem Iuliani assero. Fundamenta libauimus supra, nunc solidissima iactare necesse est. Illud itaq; in primis sit, quod cum testator legat remissionem pignoris, validum est legatum in pignore, quia tunc aliquod commodum continet respe-

respectu debitoris, & aliquid præstationis respectu creditoris. † Qui ius illud quod habet, scilicet obligationis realis legat, quodcumque illud sit, argumento est *l. si domus 71. §. si fundus in fin. D. de leg. 1.* vbi si fundus municipum ipsis legetur, quamvis municipum sit, valere legatum Iulianus ait, quoniam is qui legat solū creditur legare ius, quod in eo habet *l. qui tabernas 32. Dig. de contrahend. empr. ibi. non solum sed ius vendit.* † Rursus si liber homo redemptus sit ab hostibus, redemptor in eum habet ius pignoris donec sibi solvatur, *l. si pater 15. D. de captiv.* at hoc casu quamvis liber homo sit, potest redemptor eidem eundem legare, & proferat legatum ad liberationem pignoris, quod habebat in eo *l. Senatus 43. §. final. D. de leg. 1.* iunctis traditis ad eius explicationē ab Ant. Fab. in iurisprud. tit. 3. princ. 4. illat. 3. & tit. 11. prin. 8. illat. 11. Schiford. lib. 3. tract. 21. qu. 7. & 8. † Vltorius facit quod Consultus ait in *l. 3. §. fin. D. de legat. 3.* posse mortis causa pignus debitoris liberari: ergo multo melius legari, cum ex æquata sint legata, & donationes mortis causa, princ. *Inst. de donat.* cum vulg. non valuit ibi fidei commissum, quia nullam iam erat commodum in eo, siquidem iam erat liberatum à donatore per donationem, vt Bart. ibi docuit. † Deinde possumus adducere *l. ciano 11. l. subemus 21. C. ad Senatus Cons. Velleian.* quibus docemur mulierem ius hypothecæ & pignoris remittere posse, ita vt coarctetur remissio ad pignoris liberationem. Cui congruit *l. quamuis 8. in princ. D. eod. l. 3. de pact. l. 4. §. 1. ibi, sed si ipse vendiderit creditor, sit tamen ne disceret a pignore nisi si satisfiat. D. Qui- busmod. pig. sol.* † Denique non inelégatè adduci poterit pro hac par-

te Papin. *l. & si pignus 13. D. Qua in fraud. credit. iuncta l. 1. §. cum venditor. D. Quib. mod. pign.* vbi pignoris remissio reuocatur actione Pauliana, quoniam videtur diminuere, scilicet ius illud, quod habet, vbi aduerte illam remissionem non valere tanquam donationem, quia cū nihil largiatur de suo, non est donatio, ita docuit Cuiac. lib. 26. qq. Pap. in d. l. etsi pignus. Sed vereor ne nō vir doctissimus Papinianum intellexerit, in quo etiam fallitur Accur, ibi verbo *existimantium*, & in d. l. 3. §. fin. *D. de leg. 3.* schol. fin. † Verius est in remissione pignoris veram consistere donationem, quod tacite fatetur in d. l. etsi Pap. in *verba quæ sine dubio*, & *verba idemque*. Præcipueque cum legatum sit donatio, princ. *Inst. de legat.* & in remissione consistat legatum. Quare dici ibi nullam fieri donationem, id est inutile, quia vt vxori, vel vxor viro remiserit, inter quos donatio ipso iure nulla est, vt diximus supra cap. 10. neq; obstat, quod cum non diminuat de facultatibus suis donator, debet valere donatio, quia verius est diminueret, siquidem amittit ius reale pignoris, & alienat.

Ex quibus satis docemur, in remissione pignoris legatum consistere manente saluo debito, quia ius illud quod habet creditor ad rem pignoratam, legat, atque ita remissa non est obligatio personalis, ex qua ius exigendi debitum saluum sibi reseruat creditor, arg. l. fin. *D. de his quæ intest. del. tradunt Alex. & Isf. numer. 9. & 16. in l. si ibi homo 86. de leg. 1.* & miror sane cur non viderit Ant. Fab. hoc ipsum Iulianum exprefisse in d. l. 1. §. 1. ibi, *habereque cum vt pignus recipiat, prius quam pecuniam soluat*, quæ verba denotant liberari pignus, licet ipse debitor maneat

- obligatus ad soluendam pecuniam,
 22 pro qua hypothecam subiecerat. † Sinistramque est Fabri interpretatio & euasio, nihil referre quod Iulianus scripserit, priusquam pecuniam soluat, an ita potius, etiam si pecuniam nunquam soluat. Quod tanquam ex Apollinis adyto emissum totis manibus amplectitur Schifordeg. sup. q. 4. sub icitque: Quia si de pignoratitia actione intelligamus Iul. necessario sequitur, ut aut prius pecuniam soluat, aut nunquam: at dicitur in d. l. i. non prius soluendam esse pecuniam, ergo relinquitur ut nunquam soluat, cum pignoratitia actionis ita ius sit, ut non competat prius quam domino sit satisfactum. † Inconcinna consequutio, & plane calumniosa. Nam multum refert dicere, *prius quam pecuniam soluat, aut nunquam*, si in diem esset debitor obligatus sub pignore (ita ponendum est) & a creditore testamento remittebatur, antequam ab eo pecunia debita exigeretur, antequam dies venisset, nonne pignus ei reddebatur? Vnde colligit Ant. Faber, ergo nunquam soluenda est pecunia; cum legatarius possit petere liberationem pignoris: & quamuis heres dicat sibi non esse solutum nihil intererit, cum pignoris obligatio sit remissa. † Et quamuis ante solutionem pignus non soluat, Schifordeghere, hoc intelligis, quando creditor non remisit ex sua voluntate: aliter enim daret, quod si solutio facta non esset, creditor non posset remittere pignus, quod utique absurdissimum est dictum, & contra a te adductam l. Paulus 12. in prin. D. quibus modis pign. ubi creditor ille qui cōsētit ut oppigneraretur res sibi obligata, remisisse pignus videtur, nō tamē remisisse ius debiti. Procedis tamē & ais, recepto iam pignore

nunquam esse soluendam pecuniam, & merito, cum aliter fieri non possit, ut recepto & soluto pignore inuito creditore ius eius ut petitoris non remoueat, allegas d. l. Paulus, infime, ibi, *cum ius petitoris remoueat soluto pignore*. Vbi nam, quæso, in hoc casu inuitus est creditor? Si defunctus remittit in testamento pignus, qui heres inuitus censetur? ita dicit l. Paulus dicitur, quod si offeratur totum debitum a qualicumque possessore posse creditorem remoueri: quid hoc commune habet cum nostro casu? † Sed sisto parumper contra morem meum, & audio te magna oracula proferentem ex tripode tuo, ais tibi non esse bonum Iure Consultum, qui non didicerit discernere Tribonianum a Iure Consultis, pulchra mehercle sententia cum illo fermento adiecto, *Tribonianus malus auctor, ad praxim satis doctus, Bartolopius, quanto ipsius auctoritate superauit, quam non habet apud eos qui iure Romano veniunt, et si ad inuidiam Hispani insulsi successe iuriscia quid temerum*. Quid hoc est, mi homo loquacissime? vis dicam quid sis, magnus es ardelio, & ingēti in morem niuis cadentium verborum clangore nec facis panem, nec facis farinam. Bonusne erit Cōsultus, qui sciat inuertere leges, contrabare receptas lectiones prohibitu, quod solidam & meliorem iurisperitiam tu vocas? Apage miserum hoc genus interpretandi sine genio & sine ingenio. Sed ideo vellicatiunculam Hispanorum, deploras nunc detractam Triboniano auctoritatem apud nos, postquam tu tot conuicia, iniurias, maledicaque & virulenta diſſectia in eum multiplicasti. Cocodrillum agis, qui post cadauer semesum lachrymas fundis. Vereor ne non tu Hispanorum glo-

gloriæ inuidens quod sentis obie-
ctas. Apud nos Tribonianus nun-
quam dicitur fermentasse iura: nec
leges nostræ abhorrent ab sanctissi-
ma & solidissima iurisprudētia. Bar-
tolo data auctoritas maxima inter
Doctores, non inter iure Consultos
neque leges. Sed quid tecum de hac
re? Deueniamus ad reliqua.

- 16 Neque ad rem facit quod pro sua
opinione adstruit Ant. Fab. non pri-
ma consideratio, quia ut diximus,
testator ius omne quod habet legat,
ius inquam ad illam rem pignora-
tam: & quamuis pignus illam con-
ditionem habeat, ut tandiu duret,
donec satisfactum vel solutum de-
bitum non sit, libenter cōcedimus,
sed dicimus satisfactum esse credi-
tori, qui remittere voluit *d. l. etiam*
C. ad Velleian. & eius fauori renun-
ciat *l. si quis in cōscriben. C. de Episcop.*
& C. de pactis. Pignus utique remittit
sicut potuit liberare fideiussorem, &
tunc reus principalis obligatus ma-
neret. † Ius ergo quod legat non est
27 debitoris, sed testantis creditoris,
quod est considerabile, siquidem e-
ius ratione si debitor contrectaret,
vel vendiderit, committeret furtum,
ut diximus late sup. cap. 9. quod nō
committeret, si res totaliter esset
sua. Ita etiam debitor possessionem
non habet *l. qui pignoris 36. cum l. se-
quenti. D. de acquir. poss. l. pignoris 13. l.*
non solum 33. §. qui pignoris D. de vsu-
cap. quam si concedat creditor ad
multa conducit, ut ait Vlpian. in *l.*
certe 6. §. fin. D. de precar. l. cum & for-
tes 35. §. fin. D. de pignor. act. scilicet,
ut remisso iure pignoris possit ven-
dere illud sine metu furti. in *actio-*
ne 19. §. si. D. de furtis, sine metu Stel-
lionatus l. 3. maxime Dig. de crimin.
Stellionat. (quod non tantum locum
habebit in pignore creditori tradi-
to, verum & in obligato) imponere

seruo libertatem *l. i. & 3. Cod. de seruo*
pignori dat. & ne debitore non solu-
uente pignus à creditore distraha-
tur *l. 4. D. de pign. act. l. si in hoc 14. C.*
de distr. pign. vel alij obligare potest,
l. Seruus 30 in fin. de actio emp. Ex-
plicat Timæus Fab. lib. 1. notat. c. 16.
qui nūquam Salmanticæ visus, nec
lectus, idēō fides sit penes Osuald.
& Schiford. eum allegantes, moris
quippe mei semper est nullum si nō
legerim, laudare auctorē. † Nō ob-
stat secūda consideratio Fabri, nam
hoc est fingere prout liber, & adhuc
eo casu dicemus habere emolumentum
legatum, cum facilius inueniet
debitor emptorem, qui rem liberā
emat, & fortasse plurius veniri pote-
rit res, si sit à pignoris iure iammunis.
Quomodo etiam & tertium argu-
mentum dissoluitur.

Neque consideratio Schiford. 29
quidquam facit, cum in primis sal-
latur, dum cogitat legatum valere
propter possessionis commodum.
Nam non attenditur, an sit restitu-
ta possessio, vel non, siquidem po-
tuit consistere pignoris obligatio
sine traditione possessionis, & ad-
huc remisso eo valere legatum, cu-
ius legati commodum multiplex
esse potest iuxta supra notata, quā-
uis remissio non operetur, ut pos-
sessio reuertatur in debitorem.
Quod attenditur, id est, ut ius quod
habet creditor circa illam rem pi-
gnoris iure remittat, & sic libera
maneāt à nexu illo, & in hoc com-
modum versatur, & ex parte credi-
toris elargitio est, cum ad securi-
tatem sui debiti habebat rē pignori
subiectam, ex cuius fructibus po-
tuit si debitor soluendo non erat,
aut alias malum nomen, sortem
percipere *l. i. & seqq. Cod. de pignor.*
actio. cum traditis à Morla in emp.
tit. de restitut. quæ sit. l. an. 34. & ut pu-

rat Pomp. apud Vlp. in l. itaque 12. §. fin. D. de furt. interest creditoris semper pignus habere, cum expediat ei pignori potius incumbere, quam in personam agere, §. furti autem, vers. unde constat. Inst. de oblig. quæ ex delict. l. cum qui 14. §. Papinianus. D. de furti iuncta l. plus cautionis, de reg. iur. At hoc interesse legatæ testator, & hoc ius. † Neque quidquam proficit Schiford. differentiâ constituen- do inter pignus & hypothecam, nã inter ea nomina differentia nulla est, nisi quantum ad verborum sonum, vt ait I.C. in l. res. §. inter pi- gnos. D. de pignoris. Cui nihil obstat l. item §. prope D. de pign. act. Et quã- uis pignus proprie sit, quando ad creditorem transit, hoc est intelli- gendum atrata origine, & ethymo- logia, non verò attento effectu, vt e- legatè notauit Connan. lib. 4. com. cap. 13. n. 1. Mendocã lib. 1. de pactis cap. 12. nu. 1. A. Fab. lib. 19. coniect. cap. 6. & de erro. decad. 9. error. 7. & Pichard. in §. item Seruiana. n. 8. & 31 Inst. de action. † Ad alterum ar- gumentum respondeo, Florentinum definisse legatum, vt sit *delibatio he- reditatis*, qua testator ex eo quod vni- uersum heredis foret alicui quid colla- tum velit. d. l. legatum 16. de leg. 1. vbi delibationem vocat, deductionem ita leuiter factam, vt hereditas inte- gra censeatur, vt ex Alber. Gentil. notauit Osuald. lib. 8. Don. cap. 1. lit. I. vel imminutionem, vt ait Balduin. in prin. de leg. n. 1. reprobat Ruar. in l. ius 7. D. de reg. iur. qui vocabat separationem, iuxta quam veram si- gnificationem nescio quid intendit Schiford. iniquens in hoc legato li-

berationis pignoris, non posse dici quid delibatum ex hereditate. Hoc ius pignoris, quod de sua hereditate abicit, & deminuit, nonne est delibatio? Si non esset remissum, in hereditate contineretur; ergo si re- mittit delibatum ex hereditate, quod voluit conferre in legatarium de- functus, sicut alia quæ in iure consti- tunt. In quo legato non vertitur commodum possessionis (quia, vt dixi, potuit non esse translata pos- sessio in creditorem) sed illius ius, quod habet testator, quo debitum sibi sit securus, & res ipsa quoad debitorem sit deterioris conditio- nis, quia non potest alienare sine furto vel stellionatu, vt dictum est, si vero sit translata possessio, vt in d. l. 1. §. 1. aperte docemur, tunc poterit cum aliis utilitatibus & commodis possessionis similiter attendi. In quo casu alienat testator, quod suum es- rat, id est ius possessionis. † Neque ad rem facit l. non alienat 119. Dig. de reg. iur. quam allegat, nam illa pertinet ad edictum, ne quis iudicij mu- tandi causa (vt duriores rei condi- tionem faceret) alienet, vt recte intellexerunt Cuiac. P. Fab. & Ruar. ibi, in quo non comprehenditur qui abiicit, vel deseruit possessionem, & maluit se carere, quam liti- gare. l. 4. §. potest Dig. de alienat. iud. mut. secus autem erit si litis fastidio id non fecit, quia alienare videtur qui possessionem cessit; d. l. 1. §. Pe- dius, & præcipue in specie nostra a- lienat, qui rem sibi obligatam pi- gnotis nexu liberat, vt videtur di- fferre colligi ex l. fin. Cod. de reb. alien. iuncta doctrina A. Fab. in d. §. Pedius.

CAPVT XV.

De appellatione post sententiam excommunicationis latam, interposita. Illustratur Innocentij II. responsum in Cap. Pastoralis 3 §. Verum, de appellationibus.

SYMMARIUM.

- 1 Inquisitum cur appellatione non suspendatur excommunicatio, cum per appellationem a iudicis potestate eximatur appellans.
- 2 Sicut appellatio causam deolvit, ita quoque suspendit.
- 3 Quidquid post appellationem index mandauerit, tanquam attentatum renocatur.
- 4 Introducitur explicatio ad d. cap. Pastoralis §. Verum, de appellationib.
- 5 Traduntur sententia DD. cur excommunicatio non suspendatur appellatione, & n. 6.
- 7 Coniunguntur rationes huiusque assignate, & n. 8.
- 9 Veraratio, quare excommunicatio non suspendatur appellatione, & n. 10 & 11.
- 11 An sententia lata super furto secum trahat executionem. Ad l. furti 6. D. de his qui notan. infam.
- 13 Capite damnatus vel in metallum datus, capite non minuitur, dum pendet appellatio.
- 14 An alia sententia que infamiam irrogant, possint comparari cum excommunicatione, & ad l. non poterit. de furtis.
- 15 Accusati sententia reprehenditur,

qui dicebat appellationem extinguere excommunicationem, ad l. Qui ultimo, cum aliis D. de pœnis.

- 16 Quid inter deportationem & reliquas pœnas intersit, & n. 19.
- 17 L. si quis filio §. hi autem D. de in iusto rupto.
- 18 Papinianus in l. pœn. de Accusar. explicatur.
- 20 An Praesides habuerint facultatem deportandi.
- 21 Verius esse ostenditur Praesides eam facultatem habuisse.
- 22 Excommunicatio separatur ab aliis sententiis, quia statim ac dicta est, executionem habet, & sine absolutione non tollitur, & numero 23.
- 24 Excommunicatus etiam appellans denuntiari potest, & priuari fructibus suis beneficii, & numero 26.
- 25 Cap. praeterea de Appellationib. declaratur.



Ed & nobis cū
litis Canonici
professoribus his
est circa eā quæ
stionem, cur ap
pellatio non sus
pendat sententiā

excommunicationis, cum certum sit per appellationem legitime interpositam, eximi appellantem a iudicis sui potestate quantum ad illū articulum, quod in appellatione quacumque regulariter procedit, ita ut inter alios suos effectus hic sit præcipuus, cap. Pastoralis 3 §. verū, de appellat. cap. Romana 3, §. cum vero lib. 6. ced. tit. 1. 2. m. §. pen. D. nil nonari app. pend. notat Francus in cap. dicitur 39. num. 3. hoc tit. Lancel. de act. notat. 2. p. c. 12. in præfat. num. 109. Sigismund. Scaccia de appel. q. 3. nu.

- 2 16. † Sicut enim causam deuoluit ad superiorem, *cap. dilecti. ss. §. praterea de appell. not DD. in Rub. De Appel. Paz. in praxi 6. p. in procem. nam. ii. Ducñas reg. 42. Wamesius in cap. i. & in c. cum teneamur de appell. ita suspendit quoque, vt neque iudex sententiam à se latam possit executioni mandare, d. §. verum cap. venientes 19. de iure iurand. cap. si in iudice 10. lib. 6. de appell. l. praprimus 32. §. si hac appellatio C. eod. docent Padilla in l. si causa C. de transfection. per l. ab executione §. C. quorum appell. l. ult. C. sententi. rescin. non posse. Ita vt eius iurisdictio extincta censeatur l. 1. §. ult. D. ad Turpill. (de cuius interpretatione late agūt post Panor. in c. ad reprimendum, num. 5. de offic. ordinat. Couar. pract. c. 23. num. 1. Pet. Greg. de appell. lib. 6. c. ii. num. 8. Lancellot. de attent. d. c. 12. n. 109. Gaill. lib. 1. obseru. c. 144. Caldas in l. si curatorem, verbo per quod pristinum, a num. 35. & Oluald. ad Donel. lib. 28. cap. 4 littera A.) † Quia ratione quidquid post appellationē iudex exegerit vel mandauerit, quasi nullum & attentatum reuocari debet, quia post appellationem nihil ab inferiori iudice gestum iure subsistit, tanquam à non iudice factum, *cap. 1. cap. super eo. 10. cap. ad presentiam 16. cap. cum teneamur 17. cum infinitis aliis de appellat. cap. non solum eod. titul. in 6. l. 1. minime 6. C. eod. l. 26. ss. 23. p. facit l. 1. Cod. vt lite pend. Explicant Lancellot. supr. Couar. d. cap. 23. P. Greg. de appell. lib. 7. & lib. 9. solutag. cap. 2. nu. 45. & 46. Gail. sup. cap. 146. Scaccia d. quæst. 3. Thufcus in pract. verb. appellat. conclus. 175. & seq. Donel. lib. 28. com. cap. 9. vbi Olualdus littera A. Gonzalez Reg. 8. Cancell. gl. 5. à n. 175.**
- 4 Ex quibus difficilis videtur hæc traditio Innocentij in dist. §. verum,

dum iudiciā quo permittit, vt post appellationem possit excommunicatum denuntiare, fructibusque beneficiariorum priuare, quod etiā probatur in *cap. ad reprimenda. de officio ordinat. cap. 10. c. 20. de sentent. excommuni. in 6.* † Ratio autem in obscuro versatur, vt fatentur omnes post Decium nu. 12. in d. §. verum, qui reprobatis duabus à Panormit. traditis in eam magis inclinatur. Quod cū excommunicatio medicinalis sit c. 1. de sent. excommunic. in 6. & tendat in correctionem eius, qui excommunicatur, ne prætextu friuolæ appellationis impediatur correctio, sublata est appellatio propter auctoritatem clauium, & fauorem censure, quemadmodum alias in omni correctione sublata est appellatio *cap. 3. cap. reprehensibilis 26. de appell. Concl. Trident. sess. 24. cap. 10. de reform. cum notatis ab Scaccia sup. quæstio. 17. limit. 26.* † Quibus adiicit Vvamesius in d. §. verum, nu. 6. ceteras pœnas esse irretractabiles, quia nemo pœnitentia vel satisfactione illas à se auertit, l. Dini. 27. D. de pœnis, iuncta l. 1. §. 1. & l. iudex 55. D. de re iudicata, excommunicationē autē facile habere remissionē, reconciliationē scilicet intercedere, satisfactionē aut cautionē iurata, vt tradit Frācus, & idē Vvames. in c. qua fronte 24. de appell. Lancellot. d. cap. 12. limit. 23. cum ergo ab hac censura facile eximatur ligatus, merito tributum est, vt executionē secum trahat. Quam rationem signauit etiam Scaccia sup. quæst. 17. limit. 22. numer. 3. & fere communi calculo in his Scholis receperunt DD. nostri. † Verum ea mihi nunquam placuit, quia ea ratione attentata appellatio suspendere non debebat excommunicationem postea subsequutam, cum tamen si postquā reus

rens appellauerit, excommunicatio feratur, suspenditur, *cap. ad hoc quoniam* 36. *cap. praterea* 40. *cap. dilecti* 52. *de appellat. capit. cum contingat de offic. deleg. explicant* Sayrus lib. 1. Thesau. casuum conscient. capit. 16. nu. 18. & seq. & lib. 4. cap. 9. n. 1. Scac. sup. q. 6. n. 41. & q. 17. lim. 22. nu. 47. & 54. Cened. collect. 42. ad Decretal. nu. 2. versu aduertit, Suarez de censur. disput. 3. sect. 4. & seqq. Auila de censuris 2. p. cap. 7. d. sp. 2. dub. 6. & cap. 5. disp. 5. dub. 11. Spino de testam. gloss. rub. 11. p. num. 19. & vero eadem clauium potestas & auctoritas versatur in vno, ac in alio casu vel etiā si recusatus eam pronuntiet excommunicationem, quo casu est nulla, argum. *cap. quousq. & ibi gloss. verbo appellat.* 2. q. 6. docet Lappus alleg. 1. num. 2. Ioann. And. in cap. legitima de appell. lib. 6. Sayrus qui alios refert lib. 1. Thef. cap. 16. n. 14. † Deinde non bene sequitur excommunicationem semper tendere in correctionem, cum aliquando sit iniusta (quæ licet timeri debeat, *cap. sententia Pastoris* 11. q. 3.) neque ob id suspenditur per appellationem, *cap. de causis* 2. q. 5. Verbi gratia, quando iudex ex ira, odio aut alio inordinato affectu quempiam excommunicat, si necessarias solemnitates obserauerit, talis sententia est iniusta, & tamen excommunicatus ligatur eadem, cum peccaminosa intentio iudicis virtutem sententiæ non tollat, quæ valida fuit. Ita refert Sayrus supra lib. 1. cap. 17. numer. 5. facitque *cap. Odoardus, de solution. vbi etiam cōflet*, neque in totum, neque in parte Clericum soluere posse, adhuc licet iniuste excommunicatur. Neque derogat auctoritati clauium, quod appellatio interponatur, cum rectius sit, vt æquitatis vinculum, quo appellatio sustinetur in Ecclesia ma-

gis adiunaretur, & quis rogo fauor censurarum dari potest in te ita pœnaliz. *cap. odia, de reg. iur.* et si excommunicationi feratur sub conditione, non debebat (si caratio vera esset) suspendi per appellationem, *capit. praterea* 20. *de appell.* cum supr. not. Denique Innocent. Sum. Pontifex in d. §. *verum*, non eam reddit rationem suæ decisionis, sed excommunicationem secum trahere executionem.

In hac re miserè fluctuant Interpretes, ita vt Panormit. supra duodecim rationibus adductis adhuc dubius maneat. Quare ego existimo huius iuris veram rationem, licet subobscurè, tradidisse Pontificem in illis verbis, *quod cum executionem secum trahat excommunicatio, & per denuntiationem excommunicatus amplius non ligetur, &c.* Vbi vim præcipuam, & naturam fulmineam excommunicationis includit, de qua nullus (quod sciam) meminit, qui de effectibus excommunicationis scripsere. Cum ergo iudex pronuntiatione sua, aliquem excommunicat, statim priuatus est communione fidelium, & participatio sacramentorum, & aliis rebus, quas sedulo commemorat Suarez de censuris disput. 9. & seqq. Sayrus lib. 2. Thesau. cap. 3. cum seq. Marius Alterius de censur. tom. 1. lib. 1. disputat. 5. & 6. Garcias de beneficiis 7. p. capite 13. §. 1. a quibus appellatio excommunicatum liberare non potuit. Quemadmodum si Petrus vulnus esset illatum, in instanti non potuisset alter iam tollere, etsi illum defendere conaretur, ita excommunicatio postquam semel vulnus infixit, & hominem separauit ab Ecclesia, appellatio non potest hanc separationem tollere, sed absolutio cum

excommunicatio sit actus ipse separans à communione, & hanc separationem operatur in instanti. † Alia pœnæ non ipsa sententia inferitur, neque ipsa sententia executionem facit, sed necesse est vt talis sententia pœnam irrogans postea executioni mandetur. Excommunicatio autem ipsa secum trahit executionem, & cum executata est, seio medecina paratur ex appellatione: nā priuatus est iam Ecclesiastica communione, & ipse ligatus exclusus ab Ecclesia, ad quā nullo modo introire potest, nisi per ianuam absolutionis, ita postquam semel excommunicatio lata est, & ligat, minime tolli potest nisi mediante absolutione, & cum desideres 15. §. fin. c. sicut 39. de sent. excom. (docent relati à Couarru. in calma mater 1. p. §. 11. num. 5. Marius Alterius lib. 4. tom. 1. disp. 1. qui alia iura allegat non vtro auctores) quam non potest produrre appellatio, nam cum illud vinculum proueniat à potestate clauium, ab eadem potestate tollendū est. Et hac ratione dixit Pontifex excommunicationem secum trahere executionem, vbi expende voculam *secum*, quæ personalissimum hunc esse excommunicationis effectum demonstrat, non adhibitis alijs, neque auxiliarijs administrandis, sed ipsissima excommunicatio ligat & excludit, cum natura sua sit executiua. † Cum in alijs sententijs apponitur, condemno te, vt soluas (quem casum ponit Bernard. in d. §. verum) statim sum condemnatus, at non facit ipsa sententia executionem, sed necessario iudex tenebitur me compellere ad soluendum: in excommunicatione vero ipsa prolatione sententiæ statim est quis condemnatus, ligatus, priuatus, argum. in seruatum 10. §. qui ex

causa. l. qui ultimo 29. D. de pœnis iuncta l. c. si quis filio 6. §. si quis 6. D. de iniusto rupt. Quæ vera est ratio, geninaque Pontificis mens à qua immerito recessit Panorm. in cap. ad reprimendam num. 5. de offic. ordin. & Alterius tom. 1. de censuris lib. 3. disp. 5. cap. 1. † Qui inter alia mouentur, quod sententia lata super furto secum trahit, & incontinenti executionem respectu infamiz, ita vt nulla alia executio necessaria sit, & tamen per appellationem suspēditur, l. furto. 6. D. de his qui notant infam. quo argumento vtitur Panor. in d. §. verum, num. 9. Sed eo non obstante, respondeo Panormitanum non recte legisse d. l. furto litteram, quæ contrarium aperte statuit, vt illa verba demonstrant, sed si furto, vel alijs famosis alioribus quis condemnatus prouocauit, pendente iudicio nondum inter famosos habetur, si autem omnia tempora prouocationis lapsa sunt, retro infamis est, quamuis si iusta appellatio eius visa sit, hodie notari prius, non retro notatur. Ex quibus constat non esse infamem, qui appellauerit, cum extinguat appellatio iudicatum l. i. §. final. D. ad S. C. Turpilian. cum reducat negotium ad terminos litis contestate, quo tempore non aderat infamia l. scendum 15. §. si fundum. D. qui satis dare cog. † Ecce ratione si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel in metallum datus, vel deportatus si prouocauerit, capite non minuitur, sed pendente appellatione poterit facere testamentum l. si quis filio. §. si autem omnes 8. D. de iniusto rupt. iuncta l. de statu 15. D. de testam. Si autem non prouocauit, suspenditur infamia intra tempora ad appellandum data, tradit Caldas in l. li curatorem in diffinit. verbo, per quod priusimum in num. 35. & Osuald. ad Donel. lib.

23. cap. 4. lit. A. si vero appellatum fuit, & lapsa sunt tempora, intra quæ poterat appellationem prosequi, tunc cum appellatio non fuerit prosequuta, pro non interposita habetur, & ita non est mirum, si retro, id est, à tempore sententiæ infamis cõsecatur, non quia sententia ipsa executionem faciat, ut in excommunicatione, sed lex ipsa infames reddat, argum. d. l. i. §. quorum alterum. vers. & quamvis D. ad Turpill. l. si Praeser 32. D. de pœnis, notat Castrenf. num. 2. in dict. l. furti, si tamen iniusta pronuntietur appellatio à tempore sententiæ notari incipit. † Unde cum sententia, quæ infamiam irrogat, possit suspendi, non recte comparatur cum excommunicatione, quæ statim suos effectus producit, quos non potuit tollere appellatio, sed absolutio, ut diximus. Nec Panorm. fauet l. non potius 63. D. de furt. vbi traditur Præsidentem Prouincie efficere non posse, ut furti damnatum nõ sequatur infamia. Cui responderetur loqui de damnato ex ea sententia, quæ effectum habuit, vel quia non est provocatum, & transit in rem iudicatam, vel quia confirmata est per superiorem l. 2. §. cum. D. de pœn. quo casu non poterit infamiam subterfugere, non tamen sequitur ex hoc, infamiz sententiam executionem secum trahere.

15 Ex qua vera ratione, quam ante me nullus ita explicauit, damnandus venit Accus. qui r. dicule nimis iuris Canonici ignorantia opinatus est in l. ultim. verbo constringat C. si a non comp. aud. appellationem extinguere excommunicationem, cuius sententiam communiter improbant omnes, ut constat ex Castrenf. Salic. num. 1. & reliquis ibi. Bart. in dict. l. qui ultimo num. 4. D. de pœn. Vuamelin d. §. verum, num. 1. ultra

quos necessarium erit responderi iuribus, quæ Accus. pro sua opinione adduxit, scilicet dict. l. qui ultimo l. in seruorum. 30. §. qui ex causa. l. quoad statum 12. de pœn. vbi ipsa sententia irrogatur pœna, & secum trahit executionem, & tamen appellatio conceditur, l. 2. §. fin. de pœnis. d. l. si quis filio §. hi autem. † Relicto itaque Castien. 15 in d. l. fin. C. si a non comp. num. 2. dicilla iura accipienda esse de damnatis in metallum, vel ad bestias, vel ad gladium per sententiæ præsidis, quæ non indigebat Principis confirmatione sicut deportatio. † Hoc 16 enim interest inter deportationis pœnam & reliquas, quod quæ deportati fuerint à Præsidente integrum suum statum retineant, vsque dum Princeps factum comprobet, & sententiam confirmet l. 1. §. deportatos. D. de legat. 3. l. 1. D. quando appell. fit. l. relegendum 7. in princ. D. de interdict. & releg. d. l. si quis filio. 6. §. c. ius qui deportatur. 7. de iniusto. Si vero sententia Præsidis aliquis in metallum damnetur, vel ad bestias vel ad gladium, tunc ipsa sententia statim cum lata est, efficit ut is qui eam passus est, conditionem suam mutet, d. l. in seruorum §. qui ex causa. cum aliis d. l. si quis filio §. sed & si quis. † Verum non ob id impeditur, quominus possit appellare, ita ut si id fecerit, statum suum integrum retineat, ut expresse docet Consultus in d. l. si quis filio. §. hi autem. vbi disertis verbis loquitur de his, quorum testamenta irrita facta sunt per damnationem, quod non nisi de his, qui in metallum sunt dati accipiendum est, ut probatur ex eadem lege §. irritum, & §. sed si quis statim sequenti. † In quam quoque rem expendi potest Pap. in l. pen. D. de accusat. vbi scribit, capitis reum suspensio crimine causam sisco deferre non prohibet.

beri. Quem non intelligo cum Cuiac. bi. lib. 15. resp. Pap. & Gotofr. id est non habitat ratione criminis, vel nondum damnatus, sed quando est litigio, quod respicit proprietatem illorum verborum, nam hoc non est suspendere, id est litigare. Præcipueque in eo casu delationem non habent reit. rem. 6. Cod. de procurat. ibi, cum criminis constitutum antequam purget innocentiam suam. Quare vetius dic suspensum per appellationem fuisse crimen, quo casu cum omnia in integro suo statu permaneant d. l. 1. §. fin. D. ad Turpill. l. qui a latronibus 13. §. fin. D. de testam. iuncta d. l. sciendum. §. si fundum D. qui satisdare. nō est mirum, si & deferre possit.) † Ratio autem differentie supradictorū iurium est quoniam Præsidēs ius habuerunt in metallum damnandi, & ad bestias: quo casu cum eorum sententia non indigerent aliqua Principis confirmatione, neque erat necessarium expectare assignationē insule, ut in deportato necesse erat, ob id Consulti dixerunt, damnatos suā mutare conditionem ex ipsa sententia, in deportatis vero ante cōstitutionem eius, & loci assignationē nō mutatum esse statum. Idque eleganter colligitur ex dict. l. in seruorum §. qui ex causa, ibi, quamvis nondum in eum locum perducti fuerint, in quo operari habent. Unde non deduces sententiam ipsam non posse appellari, ut diximus. † Neq; ex hoc assentiariis Accus. & Horoscio, reliquisque antiquioribus in l. 6. §. qui vniuersus de offic. præsid. quos sequuntur Ant. Fab. in Iurispud. tit. ii. princ. 4. & tit. 16. princ. 1. illat. 3. Pet. Velleius in dict. §. qui vniuersus Pet. Fab. in l. non debet. ii. D. de regul. iur. vbi etiam Cuiacius, & in dict. l. si quis filio §. eius, & in l. 1. de legat. 3. sub l. 2. deleg. 1. & alij relati ab Osuald. ad

Donellam lib. 17. capite 8. litt. QQ. in fin. qui putarunt Præsidēs non habuisse facultatem deportandi, ut in l. 1. §. deportatos D. delegat. 3. l. inter. §. 1. de interdict. qui insule erant in dominio Principis: vel ne Ciuitatis Romanæ dignitas, quæ per deportationem damnato adimebatur, nimis contemni videretur, si Præsidibus eam tollere permitteretur: Cum in damnatione in metallum, non solum ciuitas adimeretur, sed & quod plus erat, libertas. † Itaque existimo Præsidibus non fuisse ademptum, ut possint nocentes in insulam deportare, quoniam id præcipuum sibi Princeps reseruauerit, sed quia cum Prouinciæ insulas non habent, nō poterat Præses vinctum in insulam mittere, in qua nullam habebat iurisdictionem l. 3. D. de offic. Præsid. l. fin. D. de iurisdic. quod probat d. l. relegatorum §. 1. vbi dicitur Præsidēs posse in insulam relegare, si insulam sub se habeant, & ita damnare non possunt in eam insulam quā in ea prouincia, cui præsent, non habeant. Et postea in §. sicut, subiicitur, non posse quem relegare in insulam, quæ non est sub se. Ob idque necessarium fuit, ut Princeps insulam assignaret, ad quod necesse quoque fuit consequenter de iustitia sententiæ cognoscere, & factum comprobare.

Ex quibus iam patet, recte se parandam esse sententiam excommunicationis ab aliis, cū postquam dicta est, illico statim mutet condēnari, & eam præcindat à communicatione fidelium & perceptione sacrorum, ad quæ nullo alio remedio redire potest, neque ab illo ligamine se expedire, nisi mediante absolutione (diximus supra ex cap. a nobis el. 2. de sentent. excomm. cum aliis. Sua-

Suarez de censur. disp. 19. sect. 1. num. 3. & 7. & disp. 7. sect. 1. num. 2. Quæ non minus est actus iurisdictionis, quam excommunicatio ipsa, capite vnic. de maior. & obed. lib. 9. cap. venerabilibus §. porro, de sentent. excom. eod. lib. & per se manifestum fit cum sit vel sententia quædam, vel reuocatio pænæ & obligationis impositæ ab habente iurisdictionem, quæ sine æquali vel superiori iurisdictione fieri non potest. † Vnde excommunicatio postquam semel tenuit, non soluitur ipso facto propter emendam solam, vel satisfactionem, nisi per absolutionem eius, qui ligauit capite. seruetur 11. questione 3. not. Suarez dict. disp. 7. sectione 2. numero 2. & 10. Cum ergo appellans non habeat iurisdictionem, neque appellatio ex sua natura absolutionis vim habeat, etsi interponatur, nihil effectus suspensiuus operabitur, capite. per tuas 40. de sentent. excomm. cap. 1. cui 40. eod. in 6. docet Anton. de Butrio in dict. §. verum. Distat ergo excommunicatio ab aliis sententiis, quæ etsi in instanti operentur, tamen appellatio sufficiens & potes est ad eas extinguendas, obseruat Scaccia dict. q. 17. limit. 22. num. 2.

- 24 Secundo inferitur ex supradicta ratione, quod cum excommunicatio effectum fuerit sortita, merito etiam post appellationem excommunicatus denunciari potest sine ulla attentatorum, vt ab aliis euittetur. dict. §. verum. Ratio est, quia hæc denuntiatio est veluti ceremonia quædam consequens ipsam excommunicationem, neque quidquam est aliud, nisi vt hic excommunicatus ab omnibus talis tēporetur, & excommunicatio operetur libere suos effectus, & digne

tractetur, quod est executio ipsius sententiæ. Cum enim appellatio interposita, vt dixi, non tollat excommunicationem, non poterit similiter tollere, vt postquam perfecta est, non operetur suos effectus, & ideo attentatio non datur, cum nihil addatur excommunicationi, neque amplius ligetur excommunicatus. Docent Gutier. libr. 1. canon. capite 1. numer. 36. Lancellor. de attent. 2. p. cap. 12. limit. 40. numero 6. Sigismund. Scaccia dict. limit. 22. numero 4. Suarez de censur. disp. 3. section. 14. per tot. & section. 15. numero 18. & disput. 9. section. 2. Spino de testament. gloss. 11. rub. numero 65. Frechilla de excomm. 3. p. artic. vnic. numero 13. Cenedo collect. 32. ad Decretum, Qui late etiam agunt de interpretatione Extrinag. ad inuitanda scandala. † Neque obstat capite. Præterea 40. de Appellationib. dum constituit appellari posse à sententia excommunicationis. Cui respondebis, multum interesse, an quis pure excommunicetur, an vero sub conditione, veluti si intra viginti dies non satisfeceris sis excommunicatus. Puta excommunicatio non suspenditur per appellationem, quia statim habet effectum iuxta supradicta. Vbi autem est conditionalis, nulla est ante euentum conditionis, & ideo appellatione suspenditur non solū censura, sed & præceptum seu obligatio exequendi, quodque sub censura præcipitur, ideo appellatur à censura, quia appellatur à præcepto, quod est ibi principaliter intentū, & censura est veluti accessoriū, parumque vilis esset appellatio, si excusaret à pœna & non à culpa. Idque habet locum, etsi in sententia conditionalis apponatur clausula nisi

satisfeceris intra decem dies, ex tunc sis excommunicatus. Licet enim adiectio tunc soleat inducere retrotractionem l. huiusmodi 64. de verb. obligat. hæc non habent locum in censuris, vt late de illius interpretatione tractantes obseruant Gutierrez lib. 1. canon cap. 4. ex num. 19. Spino supra num. 19. Auila de censur. 2. part. cap. 7. disp. 2. dubit. 6. & cap. 5. disp. 5. dub. 11. Suarez sup. disput. 3. sect. 4. Sayrus lib. 1. Thesau. cap. 16. numer. 24. & eis non laudatis Cened. collect. 4. 2. ad decretal. num. 3. vers. aduertit.

- 26 Vltimo colligitur ex supradictis, excommunicatum, etsi appellan-tem, fructibus beneficij & quotidianis distributionibus priuandum esse, vt in dict. §. *verum in fine*, probat Gutierrez dict. cap. 1. a num. 90. Seacc. dict. lim. 21. num. 8. Sayrus dict. lib. 2. cap. 7. num. 24. Suarez sup. disput. 6. sect. 4. & disput. 13. sect. 2. & disput. 27. sect. 1. num. 24. Cened. vbi proximum. Garcias de benef. 7. part. cap. 13. §. 1. per tot. Ratio ex superioribus dimanat, nam cum vere appellans sit excommunicatus, & excommunicatio debeat suos operari effectus, cum denegatur ei communio ab Ecclesia, deneganda est ei quoque omnis utilitas ab Ecclesia proueniens. Docet Panormitan. num. 6. Francus num. 4. in dict. §. *verum*, & cum beneficium detur propter officium, sicut merces propter opus, cap. cum secundum, de Præbend. cum excommunicatus sit suspensus ab officio, consequenter à fructibus. Ita supra relati, & Suarez dict. sect. 2.

I fructus 4 §. D. de vlturis, & Pauli in l. conficiuntur 8. §. si post factum de iure Codicillorum.

SUMMARY.

- 1 Commendatur difficultas huius responsi.
- 2 De fructuum materia DD. & iura remissive.
- 3 Discutitur questio an bona fidei possessor lucretur omnes fructus.
- 4 Referuntur auctores, qui ad dict. l. fructus scripserint interpretationes.
- 5 Interpretatio in Academia nostra receptior propostia.
- 6 Reijcitur variis argumentis.
- 7 Donatio fructuum inter maritum & uxorem est valida, & de quibus sit intelligenda, n. 8. & 11.
- 9 An maritus in fructibus donatus sit bona fidei possessor.
- 10 Etsi donatio à iure prohibeatur, non tamen potuit prohiberi, vt possessio naturalis non transcat in donatarium coniugem.
- 12 Maritus in fructibus naturalibus est mala fidei possessor.
- 13 Explicantur illa verba l. fructus sicuti nec cuiuslibet bonæ fidei, & nu. 15.
- 14 Multi bona fidei possessores non possunt suos facere fructus naturales.
- 16 Proponitur difficultas l. conficiuntur §. si post factum. de iure Codicill.
- 17 Filius iam nec testamentum, nec codicillos facere potuit.
- 18 Qui interpretati fuerint d. §. si post factum.
- 19 Vera explicatio d. §. si post factum.
- 20 Posthumus qui agnitione rupit testamentum, si viuo patre decedat, conualefcit testamentum.

C E.

CAPVT XVI.

Noua interpretatio Pomp. in

ELEBRATISSI-
MVM est omniū
ote hoc Pomp. re-
sponsum, propter
eius elegantem
hypothesin ple-
nariū difficultati-
bus, quæ adeo exercuerūt Inscipre-
tum ingenia, vt crucem magis assi-
gere, quam ex iure certo responde-
re videatur. Memini in quadam ex
temporali relectione pro rostris ha-
bita me Pomponij mentem fuisse
assessurum: existimaueramque (nisi
nie animus fallit) nullam accom-
modatorem interpretationem ex-
cogitari potuisse, quæ propter typis
eam dedi, vt multorum voto obte-
perarem, & cum Academiæ placuis-
set, hic nunc attexere nouum no-
strum opinamentum duxi. † Reli-
ctis ergo variis iuribus & quæstio-
nibus, quæ ad fructuum adquisitionem
à male vel bonæ fidei possessoribus
faciendam spectant, vt videre
est ex l. si fructus 37. l. si natus 68. cum a-
liis multis illius tit. D. de rei vind. l. do-
mum 5. l. si iundum 17. l. certum 22. C.
cod. l. sed si leg. 25. §. si ante de pet. her.
l. si fructuarius 11. D. quibus mod. v. ius
fruct. amitt. l. cum autem 23. cum redibi-
beretur 9. Dig. de adilit. edit. l. qui scit
25. §. præterea, & §. bona fidei. l. in
pendum 28. D. de v. s. l. apud Iulianū.
40. §. fructus delegat. l. bona 48. D. de
adquir. rer. dom. l. fin. §. si procurator
eum seq. D. qua in fraud. cred. l. 2. C. de
fruct. & l. expen. cap. Grauis de resi-
sol. cum infinitis relatis à Doctor.
in diur. Pichard. Gilken. & aliis in
§. si quis à non domino. Inst. de ret.
diuis. & in §. & si in rem. de officio
iud. Ciuiac. tract. 7. ad Afric. in l. qua-
situm de adquir. rer. dom. domin.
Covarr. lib. 2. var. capit. 3. Spino de
testament. gloss. 13. à numero 42. Pi-
nell. in l. 2. Cod. de rescinden. 2. part.

numero 48. & sequen. Donell. lib. 4.
com. cap. 24. & seq. & l. b. 20. cap. 5. v-
bi Osuald. Ant. Fab. libr. 4. coniect.
cap. 27. Schifordeg. lib. 2. tractat. 28.
cum sequent. Menoch. de recuper.
remed. 15. numero 574. Fachin. libro
1. controuers. cap. 37. & sequent. Ce-
uallos pract. quæst. 762. & nos mul-
ta lib. 3. capit. 1. per tot. & cap. 2. con-
gessimus. † Solus in tantum re-
tusus pelago, eam perstringemus
quæstionem: An bonæ fidei posses-
sor omnes fructus, tam naturales
quam industriales faciat suos, con-
cedimus fructuum diuisionem, do-
ctrinæ gratia. non incongruè à DD.
admissam cum Menoch. de arbitrar.
cas. 210. Gilken. in §. si quis à non
domino. cap. 6. & Pichard. ibi num.
7. Osuald. d. lib. 4. cap. 25. lit. C. & F.
in qua re bonæ fidei possessorem om-
nes fructus suos facere docent
Ant. Fab. dict. cap. 27. Vultei libro
sing. Scholast. disp. esp. fin. Gilken.
in d. l. certum, Spino, & alij sup. mo-
tione iuritate d. l. bona. de adquir. rer.
dom. Contrariam vero sententiam
descendunt Choppus de fructib. lib.
1. tit. 4. cap. 6. Goucan. lib. 2. lect. ca.
15. Donel. sup. Pichard. in d. §. si quis
à non. num. 12. Qui pro sua opinio-
ne adducunt d. l. fructus. Sed id mi-
nime probat, & verior est contraria
resolutio, quæ cum nobis placeat,
ad difficultatem illius legis respon-
dere debem. † Auctores supra rela-
ti grauiter sese discutiant, dum re-
sponsum parant, vt constat ex Ge-
noa in eius legis antinom. pag. 190.
Osuald. dict. capit. 25. Pichard. supra
num. 11. & in d. §. & si rem. num. 70.
ita vt Anton. Fab. existimauerit mē-
dosam esse litteram illius, ab eaque
esse expungendam negationem, se-
quitur Vultei. & Genoa supra num.
56. Sed hoc secare est gladio nodos
magis quam dissoluere, vt notauit

Pichard dict. num. 70. & Osuald. d. cap. 27. littera H. † Quare in nostris Scholis recepta fuit ea interpretatio, inter maritum & bonæ fidei possessorem differentiam esse constituendam, nam cum isti ius non remittat, & tamen sola perceptione fructus omnes facit suos, ut in dict. §. si quis a non dom. At cum ius commune resistat marito, non facit fructus suos sola perceptione, sed & cum ea requiritur consumptio, & quod voluntate vxoris rem habeat & possideat, l. fructus. 8. l. de his. 17. C. de donat. inter virum, atque ita distinguuntur bonæ fidei possessor, & maritus, ut in illo requiratur perceptio, in hoc autem perceptio & consumptio. † Quæ interpretatio ex eo dupliciter quod huiusmodi differentia nullo iure probetur, neque tollat difficultatem, quare fructus industrialiæ facit suos maritus. non verò si pomum decerpserit. Deinde, quia Pomponius in fructibus industrialibus solum requirit in marito perceptionem, non vero consumptionem, ut probatur ibi fructus percipiendo. Neque adhuc explicatur illa verba obscura si quis nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris. & ratio propter quam maritus si pomum decerpserit non faciesuum, est quia is fructus non ex facto eius nascitur, ergo non quia non consumplit.

7 Ego verò in hac tanta difficultate variis omissis, ut facilius Pomponij mens cognoscatúr supponendū esse existimō: inter maritum & vxorem validam esse donationem fructuum, & ita si ex prædio donato fructus collegerit maritus, in illis donatio consistit, & eos capit iure bonæ fidei possessoris (sic intelliges loqui Gilken. & alios, quos immerito reprehendit Schiford. dict.

tract. 28. quæst. 1. aliter enim fructus à muliere donati non dicerentur fructus, sed res aliæ in quas non cadet donatio) l. quid ergo 16. l. de fructibus 17. D. de donat. inter. iuncta d. l. fructus in princ. † Quod accipendum est de fructibus industrialibus, cum eos adquirat operis suis mediantibus, ex quo mulier pauperior facta non est l. §. cum agitur l. sed cessi 21. de don. inter. docet Accursius d. l. de fructibus, & Pinell. sup. num. 49. Sic donatio pecuniæ facta ab vxore non valet, licet vsuræ à marito sua industria ex illa pecunia redactæ ad maritum pertineant, lex anno. 15. §. 1. l. si quis. 21. §. si vxor. D. de donat. inter. † In quo articulo aduerte maritum, qui prædium accipit, fructus non acquirere, quoniam licet bonæ fidei possessor, utpote qui putabat donationem valere (ut talis opinatus est Accursius. & DD. in d. l. fructus. & in l. 16. de adquirend. poss. quos reprobatur Pinell. vbi proxime) sed quia, etsi per donationem fundi maritus non efficiatur dominus, efficitur tamen possessor, d. l. quod vxor. 16. l. 1. §. si vir. 4. D. de adquirend. poss. l. 1. in fin. D. pro donat. † Nam 10
Ius Civile quo prohibetur donatio inter coniuges efficere non potest, ut possessio velis siue naturalis, quæ facti est potius quam iuris, volente donatore, non transferatur in donatarium, quod egregie probat idē Pomponius in l. si id. 5. vers. nam etsi D. pro de relictio, iuncta l. si donata 36. D. de donat. inter. ibi, sed quæ causam possidendi donatio præstitit, & l. 2. §. si. D. pro hærede. Ex qua possessione fructus acquirit, quos industria sua potuit quærere, cum in eorum acquisitione nihil de suo mulier erogare videatur, neque pauperior efficiatur: non enim tam ex te donata quam ex opera aut industria sua per-

percepere creditur, & fieri poterat
 ut etiam non facta donatione eos
 fructus mulier non percepisset, quæ
 alias illa industria non videretur. Vnde
 maritus censetur bonæ fidei pos-
 sessor, quia volente domina, & de-
 ferente possessione possidet, & ad-
 quirit id quod iure sibi permittitur
 ex real. ena. d. l. §. *vers. nam et si*. † Se-
 cundo suppono hoc non fuisse ad-
 missum in fructibus naturalibus,
 neque in eis valere donationem in-
 ter coniuges, ex supradictis colligi-
 tur & ex ratione tradita à Pompon-
 ibi, *Quoniam non ex facto eius is fru-
 ctus nascitur*. Nam si in industriali-
 bus valet donatio, ea ratione fit,
 quod ab vxore donati non sunt, sed
 magis opera & industria mariti per-
 ueniunt. In his autem si pomum de-
 cerperis, donatio non est, cum nulla
 opera aut industria mariti perue-
 niat, indeque vxor pauperior red-
 datur (in quo errant Gilken. &
 alij qui in naturalibus voluerunt re-
 stitutionem esse, si inde maritus lo-
 cupletior fiat, ut recte docuit Schi-
 ford. quest. 2.). † Ex quo iam con-
 stat maritum esse in his malæ fidei
 possessorem, ut probatur ex l. si vxor
 filio 19. de donat. inter vir. l. per seruum
 17. D. de acquirend. rer. dom. ubi quæ
 adquirit coniux ex seruo donato
 non sunt eius, quia malæ fidei pos-
 sessor est, cum illæ acquisitiones nõ
 fiant ex industria sua, neque ex fa-
 cto eius fructus proveniat, sed o-
 pera serui. Atque ita dicendum est,
 maritum diuersis respectibus bonæ
 fidei possessorem esse in industriali-
 bus, eosque adquirere, & in natura-
 libus malæ fidei possessorem esse,
 eosque suos non facere, ex supra
 præsuppositis; conferunt tradita
 lib. 1. cap. 7. numero 15. Vnde con-
 stat non capere in primo casu mari-
 tum fructus titulo donationis, ut

non recte autumat Schiford. sup. d.
 quest. 3. Nam reliquis Garcia & Gil-
 ken. quos in hanc partem refert, ea
 ratione nõ capit titulo donationis,
 quia non fuerunt fructus donati
 in d. l. fructus, sed fundus, ut patet
 ibi; *fructus percipiendo ex re donata*,
 & ita necesse fuit ut capere et maritus
 iure bonæ fidei possessoris fructus,
 cum in eis consistere posset perce-
 ptio, & consequenter commodum
 donationis fundi. Si itaque donaret
 coniux fructus, ad quid deideratur
 perceptio ex operis suis? Ergo con-
 sequemur ex donatione illa inuali-
 da fundi, titulo bonæ fidei posses-
 soris capi fructus, quia ipsi intelligun-
 tur donati. Et rursus non video quid
 convenire possit, quod d. quest. 3.
 in fine tradit, maritum esse bonæ fi-
 dei possessorem, sed fructus nõ tam
 propter bonam fidem, quam ob ti-
 tulum donationis percipere. Quid
 quæso, si hoc esset verum, haberet
 maritus ratione bonæ fidei?

Vnde inferitur interpretatio ad
 illa verba, *sicuti nec cuiuslibet bonæ fi-
 dei possessoris*. Vbi ad fructus natu-
 rales acquirendos, non quilibet
 bonæ fidei possessor admittitur.
 Hoc itaque intelligendum est, ut in-
 distincte non quilibet bonæ fidei
 possessor ad fructus naturales lu-
 crandos admittatur. † Cum vi-
 deamus in iure ex eis multos, qui
 ad restitutionem compelluntur,
 quando locupletiores sunt facti, li-
 item veniant 20. §. præter. *vers. cor. l.*
*sed si leg. 25. §. conuincit. D. de per. he-
 red. l. indebit. 35. Digest. de conditi-
 onib. l. 3. §. cum Possidens, Digest. de
 usuris l. heredes 17. cum l. sequent. D.*
de his quibus ut indig. l. 1. C. eod. argue
 ideo maritus ex eadem causa resti-
 tuit. † Sensus ergo erit, fructus non
 fit eius (scilicet mariti) sicuti nec
 fit cuiuslibet bonæ fidei possessoris,

hoc est, non omnis bonæ fidei possessor facit fructus suos, nam verbū *cum subet* distinctione ponitur, vt ex Vuesemb. notat Osuald. dict. lit. H. Quis ad tacitam obiectionem respondisset I. C. Quare non faciat fructus suos? ea ratio est, quia *is fructus non ex facto eius nascitur*. Id est, quamuis fructuum industrialium donatio valeat, in his non admittitur, quia mulier sit pauperior, maritus autem locupletior, atque ita non fuit reus, quemadmodum multi bonæ fidei possessoris restituant d. §. *conferuntur*, qui male fidei possessoris quatenus locupletiores sunt facti, intelliguntur.

- 16 His adicere eadem breuitate constitui verum intellectum ad l. *conferuntur*. 3. §. *si post factum*. Dig. de iure codicill. Cuius difficultas iam diu apud doctissimos non infimum tenet locum. Nam cum filiusfamilias non posset facere testamentum l. *qui in potestate*. 6. l. *filiusfamilias*. 16. D. de testam. l. 3. §. *per. C. qui testam. fac. poss. l. tam is. 2. §. fin. D. de donat. caus. mort. princ. Inst. quibus non est perm. & de iure nostro l. 13. tit. 1. p. 6. l. 5. T. an. quæ est l. 4. tit. 4. lib. 5. Recopil. cum traditis à Doctissimis eruditisque nostro Præceptore Ant. Pichard. (olum huius Academiæ Primariæ legum Antecessore, nunc autem Regio in Vallisoletano conuenerit ad dignitatem Senatoriam euecto, & pro meritis ad maiora honorum fastigia euehendo) in dict. pr. Anton. Fabr. de errorib. decad. 43. error. 7. Osualdus ad Donellum lib. 6. capit. 17 te §. littera B & K. † Neque item potuit filius facere eodem modo codicillos l. 3. *versus* quia pater. l. *Aristo. 9. l. quadam* 7. D. de iure codicill. coniuncta l. *qui testamento* 14. & sequent. de testam. l. in bello. 12. §. *codicill. de cap. not.* Donell. 7. com. capite*

19. Menchac. de success. progress. §. 50. numero 32. Pichard. sup. numer. 27. Ratio est, quia codicillorum usus receptus est in fuorem eorum, qui cum possent facere testamentum, propter aliquod impedimentum non potuerunt. princ. Inst. de codicill. vbi Pichard. Pancinol. libro 1. var. capit. 281. Conn. lib. 9. com. cap. 6. num. 2. Pet. Gregor. lib. 43. syntagm. capit. 1. Cuiac. tract. 1. ad African. in l. 15. D. de iure codicill. † Vnde oritur difficultas dict. §. *si post factum*, in quo codicilli facti ab eo, qui per adrogationem filiusfamil. factus est, validi reputantur. Cui difficultati varie respondere tentant Pichard. supra num. 12. & sequ. Anton. Fab. lib. 10. coniect. capit. 20. qui magis Tribonianum accusat, quam I. C. explicat, Donell. lib. 7. com. cap. 19. & Osuald. ibi littera B. quorum explicationem antea tradiderat Accurs. glo. fin. in dict. §. *si post factum*. † Ego cogitabam, ad veram difficultatis explicationem dici debere, quod si aliquis fecerit testamentum, & postea adrogatus fuerit, testamentum irritatur, §. *alio*, & §. *non tamen*. Inst. quibus mod. testamen. vbi late Pichard. Verum si constitit, adrogatum hunc testatorem sui iuris effectum, cum eodem testamento decedere voluisse, recenti iudicio reddisse intelligitur voluntas, quæ defecerat, vt docet Pap. in l. *qui ex liberis* 11. §. *testamento*. Digest. de ban. possess. secund. tab. (iunctis quæ ad eius explicationem obseruant Pichard. sup. numer. 3. & 12. & in l. si adrogator à nam. 29. de adopt. Anton. Fab. libro 10. coniectur. cap. 18. & de error. decad. 39. error. 7.) Ex quo resultat questio dict. §. *si post factum*, An si in adrogatione testator codicillos fecerit, & ita emancipatus iam decederit, valore debeant codicilli, quemadmo-

admodum & testamentum valet vt diximus, (ita lego cū recepta Florentiæ lectione) videbatur dicendum non valere, quod codicilli sint facti tempore, quo non poterat testari, neque codicilli possunt referri ad tempus testamenti iuxta suam naturam l. 2. §. codicillorum D. de iure codicill. & testamento vitiato per adrogationem, etiam & codicilli destituitur l. quadam 7. de iure codicill. iuncta l. 3. §. testamento. l. ante tabulas §. D. cod. etsi recenti iudicio testamentum conualescit ad codicillos inuuliter factos extendi non debuit recentis voluntatis significatio, quia in adrogatione de alienis rebus testatur, & de his nempe, quæ non habebat tempore testamenti. Sed nihilominus Paul. etiam & codicillos valere docuit, vt non minus quam testamentum legata relicta videantur. ²⁰ Quod eo exemplo confirmat: Si testamentum ruptum posthumi agnatione fuerit, & viuo patre decedat (sic enim ponenda est species l. posthumus 12 D. de in iustor. rup.) quemadmodum ibi conualescit, & codicilli eodem modo, si testator se cum eo mori declarauerit, l. 1. Cod. de codicill. ita & eodem modo in hoc casu dicendum erit, & codicillos valere. Non possum sine risu scioli cuiusdam petulantiam præterire, qui cum hanc interpretationem quondam à me exceperet auditor, sibi non verebatur vltimare, & arroganter (ô tempora! ô mores!) in conuentiunculis prout erat homini ingenium, subreptam sibi lacrimabatur.

CAPVT XVII.

Recondita quædam, & non

passim obuia de separatione creditorum explicantur. Vlpiano allata lux in l. 1. §. Si filij 9. D. de Separationibus.

SVMMARIVM.

- 1 Separatio creditorum quibus in casibus concedatur, & num. 3.
- 2 Per aditionem hereditatis bona efficiuntur proprium patrimonium heredis.
- 4 Quomodo iudicantur bona post aditionem, vt detur separatio eorum contra heredem, & eum creditores.
- 5 Species difficultatis l. 1. §. si filij, de separatione. in medium proponitur.
- 6 Iure antiquo filius, nulla bonababuit propria, nisi esset miles, qui in peculio Castrensi sui iuris censetur.
- 7 An in d. §. si filij, separandi sint creditores Pagani à Castrensis.
- 8 Non debuisse in d. §. si filij dari separationem creditorum multis argumentis ostenditur.
- 9 Ant. Faber censet d. §. si filij, Triboniani manibus esse falsatam litteram.
- 10 Vlp. littera in d. §. si filij, & verus eius sensus.
- 11 Quare detur separatio creditorum in d. §. Proponitur ratio ex l. 3. D. Quod cum eo.
- 12 An aliqua iniquitas sit in separatione creditorum Pagatorum, & Castrensiū.
- 13 An species d. §. conueniat titulo de separationibus.
- 14 Milites solent plerūque in iure duarum personarum vicefungi.
- 15 L. Hinc quaeritur §. 1. D. de Pecul. & l. i vir. D. ad leg. Falcid.

SEPARATIO for-
 1. set à Pratore im-
 petiati cum cre-
 diturum debita
 periclitantur, ve-
 luti si qui debi-
 torem habuerint
 Seium, qui Titium non soluendo
 instituit heredem. Hic patitur bo-
 norum vèditionem, creditores Seij
 dicunt bona sufficere sibi, Tuij au-
 tem bonis contentos esse debere Ti-
 tij creditores, quibus si ex bonis
 Seij soluatur, non poterunt con-
 gruat debitam portionem conse-
 qui. Hoc casu aequissimum Pratori
 visum est, separationem bonorum
 concedere, vt separatim creditoribus
 2. ipsius satisfiat l. i. in princ. D. de
separation. † Nam et si per aditionem
 Titius qui non erat soluendo
 omnia iura consequutus fuerit l. cū
 heredes 23. D. de adquiren. poss. & illa
 hereditas ita eius efficiatur, vt patri-
 monium proprium fiat, l. pater fami-
 lias 12. D. de primil. cred. & consequē-
 ter non debuisset separari, dist. l. i. §.
 3. *præcrea* 12. D. separat. cum cōditio
 bonorum ex personarum conditio-
 ne dependeat, l. per curatorem 90. §.
 1. D. de acquir. hered. l. fin. C. de inoffic. test.
 † Tamen quia iniquum esset,
 vt ex persona creditorum heredis,
 de quibus nihil potuit cogitari, de-
 terior fieret conditio defuncti, qui
 nihil nisi patrimonium eius intuen-
 res ipsius fidem sequuti sunt l. hinc
 queritur 19. §. i. verj. cum enim. D. de
 peculio l. cum amplius 84. §. i. D. de re-
 gul. iur. Prator aequitate motus de-
 creto suo separationem postulantibus
 succurrere voluit (quoties enim
 aequitatem alicuius remedij iur-
 is ratio remoratur, decretis Pratoriis
 res temperari solet l. in ambiguis
 84. §. Quoties de reg. iur. vbi P. Fab.)
 l. venire præterito 84. de acquir. hered.

vbi notant DD. & Pichard. ad illum
 tit. cap. 10. num. 16. 47. & 50.) † Et id-
 eò censentur bona, quæ sunt penes
 heredem, quasi duorum hominum,
 et si vendantur, separatim soluatur
 creditoribus defuncti, qui aliis in eis-
 dem præferuntur, vt habeant cæteris
 exclusis, quod sibi debetur. In
 quo iure si summum ius inspicatur,
 non possunt bona defuncti iudica-
 ri, si verò æquitas, recte huiusmodi
 remedio locus erit l. 2. C. de bonis au-
 thor. iudic. facit l. si vnu 27. §. pacta int
 sine D. de pact. l. 2. D. Quod vi aut clam
 l. non debet 74. de regul. iur. Docent
 post antiquiores, & reliquos in d. l.
 1. Cuiac. lib. 25. & 27. quæst. Pap. in l.
 2 & 3. de separation. & lib. 13. quæst.
 Paul. & lib. 46. Dig. Iul. in l. 7. & 6. D.
 eodem. Donell. lib. 23. cap. 15. vbi O-
 luald. Anton. Faber in Iurispr. iur.
 6. princ. §. illat. 3. & de error. pragmat.
 dec. 2. err. 1. & 2. lib. 7. coniect. c.
 16. Wesemb. in parat. huius tit. vbi
 Duar. & Aurimius.

Quod ius porrectum est ad al-
 5. lias species, quas eleganter profe-
 quuntur Consulti in hoc titulo,
 quarum vnâ libuit ia medium ad-
 ducere, & iuxta vulgaram litteram
 explicare. Illam ergo proponit Vlp.
 in hac l. i. §. filij familias 9. D. de sepa-
 rat. vbi quærit, an in causa castren-
 sium bonorum, si forte filij familias
 qui castrense peculium habet, bona
 veneant, danda sit separatio credi-
 toribus Castrensibus à Paganis.
 Species eius responsi summe est dif-
 ficilis, & vix declarat quid velit di-
 cere Vlpian. sed peragendum est, &
 pro solido fundamento pro eius
 explicatione iaciendum: † Iure an-
 tiquo filij familias nulla bona pro-
 pria habuisse, sed omnia patri ad-
 quirebantur l. place 77. de adquiren. hered. §. i. gita. Insuper quæ per iur. cū
 vulgaris. At vero filiofam. nulli da-

tum esse, vt quidquid adquisisset
inuitu militiæ sibi adquireret, ita
vt in eo (quod peculium castrense
dixerunt) paterfamil. & sui iuris re-
putaretur, vt ad eum peculij specta-
ret dispositio, l. 3. §. Pomponius D. de
minor. l. 2. D. ad S. C. Macedon. l. filius-
fam. 18. D. ad leg. Falcid. l. 1. & per tot.
D. & C. de Castren. pecul. docent late
Mendez de Castro. in l. cum oportet
C. de bon. qualib. 4. p. Cuiac. lib. 11. qu.
Paul. in d. l. Filius P. Gregor. libr. 29.
syntag. cap. 14. Ant. Fab. in Iurisprud.
tit. 11. princ. 6. per tot. Pichard. in 3.
sciendum Inst. de milit. test. & in §.
actiones autem. 10. numer. 75. de A-
ction. Qui latius de ea re agunt, &
quomodo ad patrem pertineat. † Ita-
que filiusfamil. miles habebat cre-
ditores Castrenses (ita vocat eos
qui cum filio contraxerunt tempo-
re militiæ) habebat & Paganos, qui
cum eo cōtraxerunt ante milit. am.
Patitur bonorum venditionem mil-
les, quia non erat soluendo, iuxta
terminos tit. D. de rebus aut. indic.
poss. & C. de bon. aut. iud. Quam Vlp.
an. inter creditores Castrenses &
ceteros possit fieri separatio, vt sci-
licet præferantur in peculio Castre-
si Paganis illi, qui cum milite con-
traxerunt. Responder post maximā
debitationem separādos esse. † Sed
hoc minime posse subsistere mani-
festum fiet ex sequentibus. Primo,
hanc quæstionem ad titulum non
pertinere, neque ad Prætoris edi-
ctum, nam cum omnis separatio
necessario supponat confutionem,
vt diximus, quis nescit etiam si idem
filius & peculium profectitium ha-
beat & Castrense, nullam tamen id-
circo fieri peculiorum cōfutionem,
nec proinde vlli inducendæ separa-
tionem locum esse. Deinde videtur
Consultus nulla interiecta ratioci-
natione, quasi ex præcedentibus

bene quid inferens, concludere, si-
mul ergo omnes admittuntur. Quorū
verborum nullus sensus esse potest,
nisi vt cum Castrensibus creditori-
bus admittantur & Paganis. Mox ta-
men videtur mutare sententiam, &
incertus esse, in qua vtra stare de-
beat. Postea subiungit, quod putop-
bandum: & tamen sibi non satisfacit,
quin eandem repetat sententiam cū
immediare scribat, Ergo qui antea
contraxerunt, si bona Castrensia distra-
hantur, non possunt venire cum Castren-
sibus creditoribus. Rursus prioris
clausulæ non esse illam sententiam,
vt in bonis non Castrensiibus cre-
ditores Castrenses non concurrant
cum ceteris, qui ante natum pecu-
lium contraxerunt, siquidem filius-
familias iure Pandectarum nulla al-
lia bona potuit habere. Quomodo
ergo potest fieri separatio creditorū
Castrensiū & ceterorum, aut quis
huiusmodi separationis effectus e-
rit nisi vt Castrenses habeant totum,
ceteri omnino nihil. Arque ita hæc
separatio magis erit creditorum,
quam bonorum, & consequenter
plane aliena à proposito Prætoris,
qui in hoc edicto non nisi de separa-
tionibus bonorum cogitabat. †
Quibus & aliis rationibus mouetur
Ant. Faber Iurisprud. tit. 6. princ. 3. il-
lat. 11. §. tractum etiam, pag. 2. 2. vt
hanc sententiam Vlpiani à iuris ra-
tione alienam iudicet, & accepto se-
rendam Tuboniano magis, quam
ipsi Consulto, alijs vili ex nostris
prudenteribus. Quem solum Osual-
dus allegat lib. 2. Donell. cap. 5. lit.
A. & tantum responder vt alius vi-
deat: optima & congrua solutio te-
nebricosa loco: credo eam omis-
se, nec corpus libri in infinitum ex-
cresceret. In te itaque lubrica labo-
ramus, & ab omnibus iuris interpre-
tibus desertissima. Z. asium adire nō

lieuit, à S. Inquisitione prohibiti. Si alterum damnatum Donellum consulas d. cap. 15. vel Duarenum, hunc titulum suspensò pede peragratur. Ideo quidquid ex nostra penù potuimus congerere, scribam, non exhibebam. † Litera ergo Vlp. hæc est, Si filij familias bona vacant, qui Castrense peculium habet: an separatio fiat inter Castrenses creditores, ceterosque videamus. simul ergo admittentur, dummodo, si quis cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari, quod puto probandū: ergo qui ante contraxerunt, si bona Castrensis distrabantur, non possunt venire cum Castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versus est: forte poteris & creditori contradici, ne peculium Castrense inquietet, cum possit potius cum patre experiri. In ea totus ille contextus à principio versus illius simul ergo, vique ad verba, debeant separari, interrogatiue legendus est (vt re & subolsceit Accurs.) vt videatur Cōsultus titulum questionis proponere, cuius decisionem adaptat in vers. quod puto probandū. (Solent enim iuris Auctores ita in pluribus locis loqui. Exemplum occurrit in l. fin. D. de condit. caus. dat. ibi, an nulla hic alia obligatio est, quā ob rem dari re non sicutat: in quod proclinior sum. l. videamus 19. §. fin. D. de usuris l. Quod in fundo 78. §. quod si mulier vers. diuortio. D. de iure dotiu, ibi. Diuortio facto primo videamus, an pro rata temporis dinidantur fructus, quod probandum est. l. in qui 15. §. de scripto. D. de leg. prestan.) Hoc verò probat expresse verbū fortasse, quod dubitatum est. Quasi dicat Vlp. Quæro an simul admittantur hi creditores, nempe Castrenses & Pagani: et si cum eo contraxerunt antequam militaret, debeant separari. Querit igitur an separatim, aut si-

mul admittatur. Respondet in vers. Quod puto, separandos esse creditores (in quo labitur Accurs. asserens ad virumque questionem respondere. (Postea autem doctrinæ clarioris gratia subiicit, versus ergo (vt & in l. Papinianus §. 5. vnde 11. D. de in. officios. test. in l. cum quidam 17. §. si pupillo. D. de usur.) vt dilucidius & clarius explicaret in re difficili, quod antea vno verbo dixerat in versic. quod puto. † Quare autem separan- 11. tur huiusmodi creditores non statim cuique apparebit. Ea tamen mihi videtur ratio, quam tradit idem Vlpian in l. 3. D. quod cum eo. qui ait, quod si filius dum esset in potestate, contraxit, obligatus manet l. filius 15. l. 2. an ex contractibus 17. D. de iudiciis l. si quis cum filio 44. D. de peculio l. filius 39. de oblig. & att. cum iis quæ obseruant Cuiac. 1. obseru. c. 23. P. Fab. lib. 1. semest. c. 12. & 13. Hotman. lib. 7. obseru. cap. final. & Pichard. in §. 12. nu. 13. de obl. quæ ex delict. ita vt si cum filio postea facto sui iuris contraxerunt aliqui horum rationem habendam esse non antiquorum, argum. l. 2. §. si qui D. de capite minus. quia tunc videntur contraxisse cum eo, quem sciebant soluere posse: atque ita eodem modo debuerunt separari creditores. Castrenses à Paganis, quia sciebant eum eo contrahere, qui alias poterat soluere, & in ea re erat quasi sui iuris cum esset miles, & haberet peculium. † Neque vlla iniquitas vertitur, quod creditores Pagani non concurrant, nam ipsis satisfit à patre quatenus de peculio fuit, vel in re eius versū, aut eius iussu cōtra & cū. l. 1. & 2. D. quod cum eo, & totius. Inst. eod. Vnde cū eo inspecto creditores cōtraxerint, non verò attentis aliis bonis, siquidem sciebant eum esse filium familias, nulla alia cōtra, ex qui- 12. bus

bus consequeretur suum debitum, non debent queri si separatio contra eos decernatur. Ita videtur notare Vlpian. in d. §. si filij vers. item si quid. rationemque annexit Consultus in l. hinc queritur 19. §. i. versic. cum enim in D. de pecul. scilicet eum qui cum filio contrahit, peculium tanquam eius patrimonium intueri facit l. cum in plures 60. §. vestimenta D. locati, ex quibus concludimus recte Castrenses, qui ad illud peculium respexerunt separationem petentes esse audiendos contra Paganos. † Neque obert iuxta eam interpretationem, hanc speciem titulo non convenire, cum hereditatis nulla præcesserit confusio, ob quam introductam fuisse separationem docuimus. Nam respondeo subtilissime Consultum quandam confusionem attendisse, quæ in casu proposito animadvertitur, ea est, ut sicut in hoc edicto, qui heres extitit, representat duas personas circa creditores, & suam erga suos, & erga hereditarios aliam, ita & filius familias miles partim Paganus est debitor, & partim Castrensis, iuxta quos respectus habet creditores. Vnde cum in una eademque persona confundatur hæ obligationes, sicut in edicto de separationibus dissolvitur ea confusio, ita & in nostra specie dissolui-
 14 æquum fuit. † Non equidem est novum in militibus duas personas considerare l. si certarum 17. §. i. D. de

milit. testam. l. i. C. cod. in quibus rerum Paganarum & Castrensiū sit separatio, ut in his possit mori testatus, & in aliis sine testamento. Ergo separatio dabitur, non solum quando est confusio facta per additionem heredis & patrimonij sui cum bonis defuncti, verum et si non interueniat, dum tamen aliquo modo in debitore duæ personæ represententur l. i. §. si quis suspectam vers. creditoribus D. hoc tit. Nam diversa sunt iura, quamvis in eandem personam concurrant l. tutorem 12. D. de his quib. ut indign. l. i. §. fin. D. si a parente quis fuerit man. l. quovis 67. D. ad leg. Falcid. † Ita procedit decisio
 15 d. l. hinc queritur §. i. de peculio, ubi separantur creditores servi in peculio mariti, & in peculio mulieris, quia duas quodammodo videtur representare personas, facit l. si vir. 6. D. ad leg. Falcid. Ex quo patet huiusmodi speciem non inducere veram separationem iuxta termines edicti Prætorij, sed quandam quasi separationem, ut in d. vers. creditoribus. Quod indicat formido ipsa, qua Vlpian. hanc questionem pertraxit, semel & iterum dubitando, & interrogando, cum alias si de ipsa tractatione loqueretur, non ita formidolosus existeret, ut constaret ex aliis speciebus, quas exagrat in tota ea lege prima Vlpianus, cuius veram hanc esse mentem quilibet non cæcus agnosceret.



D. FRANCISCI DE AMAYA IC.

ANTIQUARIENSIS,

E' COLLEGIO MAIORI CON-
chenfi, & Salmanticæ in Academia lu-
finiani Codicis Antecessoris
Obferuationum Iuris

LIBER TERTIUS.

In quo Tractatus varij & recitationes
solemnnes.

CAPVT I.

§. I.

De partus ex ancilla furtiua e-
diti vsucapione. Exponun-
tur & exortantur quæ ad
hanc obscuram partem iu-
ris pertinent.

SVMMARIVM.

- 1 Huius tractatus commendatio, ex
difficultate & subtilitate.
- 2 Inter ipsos Iure Consultos varia se-
ntia, & opiniones, remissive.
- 3 Partitio operis in quatuor sectiones.
- 4 De quo statu ancilla furtiua noster
sit habendus sermo.

- 1 An ancilla partus sit in fructu, in-
ter veteres Prudentes maxime
controversum.
- 2 Bruti sententia, vt partus non cen-
seretur esse in fructu, à cæteris
postea recepta, & n. 8. & 10.
- 3 Quare homo non sit in fructu, &
num. 4.
- 5 Homo ex furtiua editus, vt possit
adquiri necessaria fuit vsuca-
pio.
- 6 Sermo de l. Respondit 14. §. heres.
D. de vsur. & l. Falcidia 24. §.
1. D. ad leg. Falc. & n. 10.
- 7 Recytur Balani & aliorum sen-
tentia circa hæc iura.

§. L.

- 9 L. Potest. 36. §. fin. de Vfuscap.
 11 Explicatio ad dict. l. Respondit. §. heres. & dict. l. 24. §. 1. & num. 12.
 13 L. Mulier. 12. §. sed tamen vers. preterea. D. ad Trebel. explic. & n. 14. 16. & 17.
 16 L. Ballista. 32. D. ad S. C. Trebel. intelligitur.
 18 Refertur communis intellectus ad l. Deducta 58. §. hereditatem D. ad Trebel. & n. 20.
 29 Gregorius verbum, non solum ad pecudes, verum & ad homines refertur.
 21 Alia cogitationes adducuntur ad d. §. Hereditatem.
 22 Explicatio ad l. Vxorem 41. §. foron D. de leg. 3.
 23 L. Equis 8. de Viuc. l. penul. D. de suo. instru. & n. 24.
 25 L. 3. D. de fun. instru. explicatur, reprobat Martini ad eam emendationem, & n. 26.
 27 L. cum pater 77. §. patet filiz, de legat. 1. Explic. & n. 28.
 29 Aperitur mens L. Licinnius 48. de legat. 2. & n. 31.
 30 L. 1. C. solut. matrim. & l. penul. §. mancipia Digest. cod. conciliantur.
 32 Insinuetur disputatio l. Qui vas 48. §. ancilla vers. idem. De fuit. & l. 4. §. fructus, & §. Lana. & l. aliena 10. §. Scruola Dig. de Vfuscap. & num. 33. & 43.
 34 Sigillatim dictis in tribus respondetur, & in primis ad vers. idem, & n. 35.
 36 Circa hanc versionem decertarunt Cuiacius & Robertus, recepta interpretatio examinatur, & num. 37.
 38 L. bonæ fidei §. fin. D. de acquir. rer. dom.
 39 L. 4. §. lana, de vfuscap. & n. 42.

40 Quia inspicendum ut pecudes fructu vitium habeant.

41 L. 4. §. fructus, de vfuscap.

44 Ancillarum fructus qui dicantur.

45 De iure Hispano equalis facta conditio fructuum & partium.

46 An parui ancillarum dotalium constante matrimonio editi sint communicandi inter coniuges.

47 Ingressus ad sequentia.

Subtilem obscuramque hanc tractatum continere materiam ipse
 I. Consultorum diuersæ circa illam sententiæ satis demonstrant, & tot in iure spatia contrarietates. Articulus sane hic de Vfuscapione partus ex ancilla futurus editi, magnopere fuit veterum prædilectum scriptis vexatus, quæ per omnes ætates Interpretum ingenia exerceuerunt, ut docent damnatus Donell. lib. 5. com. c. 15. & Cuiacius in l. 4. §. siheres de Vfuscap. Bened. Pinel. lib. 2. select. cap. 1. in prin. Neque vllibi in Iure ita Consultorum sectæ inter se dissentientium. († De quibus Baldinus in §. & post multam, Instic. de ser. diuis. D. Pichard. in §. cum ex aliena nu. 1. Instic. cod. & in disput. de mora. ex nu. 170. Merillus lib. 1. obseruat. cap. 1. & seq. Charondas lib. 2. verosimil. cap. 1. & etudius D. Petre. de Velasco de Rixis Proculian. per tot. magis ac magis conspiciuntur.)
 † Quamobrem vires dilucidius explicetur, hanc disputationem quorundam distinctione capitum diuidere necessarium indicaui, si prius animaduertamus, nostrum sermonem non esse de ipsa ancilla, quæ cum futurus sit, vfuscapi nequit & futurus. Inst. de vfuscap. l. 1. cum aliis C. de vfuscap. pro empr. diximus supra libr. 2. c. 7. † Sed cum posset euenire, ut hæc ancilla prægnans subripiatur,

vel post furtum concipiat & pariat; quæsitum est, an partus vsucapio detur: quod etiam est intelligendū, quando ipsa ancilla possidebatur à bonæ fidei possessore, non verò à fure ipso, quia cum adhuc contrectet inuito domino rem alienam & malam fidem habeat, de eo quæstio non est, cum vsucapere sit prohibitus *l. qui vas 48. §. ancilla D. de furtis l. ancilla 12. C. od. ac* proinde de bonæ fidei possessore noster sermo erit.

§. I.

An ad partum ancillæ furtiuæ acquirendum, bonæ fidei possessori necessaria fuerit Vsucapio.

- 1 **H**ic disputatio-
ni ansam præbuit
& principii nobilissima illa, summaque inter doctissimos veteres Iure Consultos Brutum, Manilium & Sczuolam contentio: an ancillæ partus esset in fructu, cuius meminit Cicero lib. 1. de finibus paulo post principium, ibi: *An partus ancillæ sine in fructu habendus, differretur inter Principes Cuiusmodi Pub. Sczuolam, Marcumque Manilium, ab hisque Marcus Brutus dissentiet, quod & acutū genus est, & ad vsus ciuium non inutile.* Et Vlp. in *l. vetus 68. de usufructu* (sic apud ipsos alij iuris articuli vatē disputati solebant, vt videmus in *l. 4. D. de captiuis in l. fin. D. de legation.*) † In qua dissensione obtinuit Bruti sententia, vt partus in fructu non sit, cui postea subsciperetur sequentis ætatis Consulti in *l. Ancillarum 27. D. de Pæth. hered. l. in pecudum 28. D. de vsu-*
- 2

ris l. cum post 69. §. fin. D. de iur. dotiū. l. mulier. 22. §. praterea Dig. ad S. C. Trebell. l. qui vas 48. §. ancilla vers. ex furtiuis. D. de furtis l. merces. 207. de verb. sign. l. vii. §. cumque vers. itaque C. de rei vxor. act. l. i. C. solut. matr. §. in pecudum Inst. de rer. diuis. l. 23. tit. 31. p. 3. & l. 23. tit. 28. end. p. explicant Alexand. ab Alexand. lib. 1. genial. cap. 10. Connan. lib. 4. com. capit. 2. num. 2. Corrafi. lib. 5. Miscell. cap. 8. Cuiac. in l. 4. §. lana, & §. heres de vsucap. sub lib. 54. ad edict. Paul. & in l. 9. D. ad leg. Falcid. sub lib. 19. qu. Pap. & in l. pen. de optio. leg. & in d. l. vnica §. cumque. Donel. lib. 4. comm. cap. 25. vbi etiam Osuald. lit. B. & lib. 8. cap. 25. Pichard. Balduin. & alij in d. §. in pecudum. Menoch. de arbitrariis casu 49. Barbosa in l. diuortio 8. §. non solum numero fin. D. soluto matrimonio, Spino de testam. glos. 13. num. 68. & seq. Castillo de usufruct. lib. 1. cap. 27. pertotum. Genoa in antynomis in quaestione, an partus sit in fructu pag. mihi 180.

Rationem autem huius assertionis aptissimam ostendit Consul-
tus quam ex Stoicorum Schola deductam fuisse obseruat Merillus Lactantij authoritate lib. 1. obseru. cap. 12. Quia hominis gratia nata omnes fructus comparauit, vt non minus eleganter, quam copiose differit Cicero lib. 2. de natura Deorū circa fin. ibi: *Principio ipse mundus hominum causa factus est, quæque in eo sunt, ea parata ad fructum hominum, & inuenta sunt; terra vero facta frugibus, & vario leguminum genere cum maxima largitate fundit ea, ferarumque, an hominum causa gignere videtur? Quid de vitibus, olivæque dicam, quarum vberissimi, latissimi que fructus nihil omnino ad bestias peruenit? Ec paulo post, Totam licet animis tantum oculis lustrare terram, mariæque*

& omnia cernere, & spacia frugifera
camporum, vestitusque densissimos mō-
tuum, pecudumque passus, nec viro tan-
tum supra terram, sed etiam in intimis
eruit inebis, plurimarum rerum latet
vilis, quæ ad vsum hominum orta,
ab hominibus solum inuenitur. Et lib. 1.
de legibus idem argumentum per-
tractat. Congruit Senecæ locus
lib. 2. de beneficiis cap. 29. & lib. 4.
cap. 5. & 6. † Cum ergo homo, vt
diximus, dominus fructuum natura
instituentem sit, quæ inter maxi-
mam rerum suarum nihil habet,
quo magis gloriatur, aut certe cui
glorietur, vt ait Seneca de benef. lib.
6. cap. 23. absurdum visum est, & di-
gnitati humanæ naturæ contrariū,
vt homo Princeps rerum in accef-
sionem fructuum veniret, nam vt
ait Cicero lib. 1. de legibus, *Homo
animal est prouidum, sagax, acutum,
memor, plenum rationis, & consilij,
præclara quadam conditione genera-
tum, & solum est eorum animalium ge-
neribus participes rationis, & cognitio-
nis, estque iur homini cum Deo commu-
nis societas.* Videndus idem lib. 1.
Tusculan. Plin. lib. 7. in princ. Cas-
siodorus de Anima cap. 16. & Ouid.
lib. 1. Metamor. & Seneca de Vit. Beat.
ex vulgari partitione cap. 32. Et fa-
cit Paul. in iustissime 44. de adl. e-
dift. & Iuuenalis Satyra 15. v. 42.

— Separat hoc nos

*A grege materum, atque ideo ve-
nerabile solis*

*Sortiti ingenium, diminorumque
capaces,*

*Sensum à caelesti demissum traxi-
mum arce,*

*Cuius egerit prona, & terram spe-
ctantia.*

† Ex quo iam patet, quod cum ho-
mo in fructu non sit, possessio ista

bonæ fidei possessoris, quæ ei ad
fructus acquirendos sufficiens est, §. si
quis à non domino Inst. de rerum diui-
sione (cum late à nobis traditis ad l.
fructus 45. de vsuris supra lib. 2. cap.
16.) in partu dumtaxat præstat vsu-
capiendi cōditionem, cum non fiat
eius, qui possidet, vt fructus, & ideo
in hac quæstione necessaria fuit om-
nino vsucapio, quæ alias in fructu
non est necessaria. l. bona fidei.
48. §. fin. de acquir. rer. dom. l. 4. §.
lana de vsucap. dist. l. qui vas. §. ex fur-
tuis. d. §. in pecudum. In quibus iuri-
bus, quia scetus pecudum in fructu
sunt, statim bonæ fidei possessori
tribuuntur, quod in partu non est
admissum, qui fructus non est, ex
supradicta ratione. Notat Donel.
lib. 7. comment. cap. 25. vbi Of-
ualdus.

Huic tamen receptæ doctrinæ
opponi solet Pauli locus diff. 115
in l. respondit 14. §. heres de vsuris. vbi
heres grauatus restituere heredita-
tem sine redditu, quod idem est ac
sine fructu, liquidam 17. l. qui fructus
25. de vsu fructu legat. l. inerbis 6. C. ad
S. C. Tribellian. iunctis adductis à
Gaspere Rodrig. lib. 1. de redd. quæ.
1. num. 2. partes ancillarum viuo
herede natos cum fideicommissio
non tenetur restituere. Ex quo de-
ducitur, partus esse in fructu, nam si
non essent, in fideicommissio com-
putarentur tanquam partes heredi-
tatis, si quidem testator redditum
excepit vel fructum tantum: cum
ergo partus non sint in fructu, non
videbantur excepti, cuius contra-
rium Paul. docet ibi, & in l. Falcidia
24. §. 1. D. ad l. Falcid. quo loci par-
tus ancillarum, eo modo, quo su-
pra, non restituuntur ante diem fi-
deicommissi: & si de Falcidia quæ-
stio sit, in quatuor fructus computan-
tur, quod aperte indicat partum

in fructu esse, *l. in fideicommissaria* 18.
D. ad S. C. Trebell. l. quod de bonis 15. §. *fructus* l. *filii* 18. §. *fin. l. in quarta* 73.
l. qui quadraginta 88. §. *fin. D. ad l. Falcid. l. Papinianus* 18. §. *unde de*
 7 *inofficioso testament.* † Quia difficultate oppressus Balduinus in d. §. *in pecudum* vel. *partus* num. 3. ait ridiculum esse, commentitiis coloribus velle conciliari hæc iura ex diametro pugnantia, cum non possint conuenire aientia & negantia, nam adhuc inter ipsos Iure Consultos controuertebatur illa quæstio, de qua supra inter Brutum, & Manilium; Paulumque sequutū fuisse Manilij partes, qui docebat partus in fructu esse, quemadmodum in eadem specie Bruto adhæsit Vlpia. in *l. mulier* 12. §. *sed non. vers. præterea* *D. ad S. C. Trebell. & Papin. in l. deducta* 58. §. *hereditatem D. eodem.* Cui sententiæ subscripsit etiam Choppus de fructibus 1. part. cap. 3. nu. 13. Quare in hac re extricanda torqueretur Cuiac. lib. 9. resp. Pap. in dict. §. *hereditatem.* Menochius dict. casu 49. ex num. 13. & alios referens Osualdus ad Donell. lib. 7. cap. 26. lit. C. & D. Connanus lib. 4. cap. 2. nu. 7. Spino de testam. gloss. 18. ex nu. 97. Rodriguez dict. lib. 1. quæst. 1. ex num. 4. Genoa supradict. pag. 180.

8 Verum supradicta sustinenda non sunt, cum Bruti & Manilij contentio iam in vtu non esset, utpote quia Bruti sententia obtinuerat, ve docet Charondas lib. 2. verosimil. cap. 3. & indicat Vlpian. in dict. *l. vetus*, ibi: *vetus fuit quæstio, sed Bruti sententia obtinuit*, & cum Iure Consulto vtuntur verbo *obtinuit placuit*, & similibus, rem decisam, & certam iam in iure haberi designant; nam post varias contentiones solebant in vna sententia persistere, docet

Rexard. in l. 1. de regul. iur. Brissolinus de verbis iuris verbo *placet* Sarmiento lib. 4. sect. 1. in l. 4. de lib. & posthum. nu. 11. & constat ex §. *item pretium*, *Instit. de emptione.* † Vnde id sine controuersia suo tempore admissum esse, expresse tradit Caius in *l. potest* 36. §. *fin. de usucapion.* vbi ususfructuarias partem ancillæ ad se pertinere existimans, dicitur errare, quod non fieret, nisi iam in iure certum esset partum nō esse in fructu. † Quinimo & ipse Paulus 10 *Bruti quoque sententiam sequitur lib. 3. sententiarum tit. 6. vers. ancilla*, & in dict. *l. respondit*, nulla alia ratione dubitandi motum existimo, nisi quia partus non est in fructu; alias si diuersæ sectæ consensisset, nulla dubitatione moueretur, siquidem difficultas exorta est ibi, ex verbis testatoris, qui hereditatem sine redditu restitui iussit, ac redditus & fructus idem sonant, vt diximus, vnde videtur testator voluisse, solos fructus ad heredem pertinere, & consequenter partus, qui non sunt in fructu in fideicommissio contineri debebant.

Quare vere respondendum cen- 11
 seo in d. *l. respondit*. §. *heres* quæstionem fuisse voluntatis, propter illa verba testatoris *sine redditu*, qui de solis fructibus videbatur cogitasse, sed adhuc Paulus ait, partum non esse restituendum, quoniam illa verba, quæ in heredis grauari fauorem sunt apposta, non debent accipi in eius odium, & damnum; & cum illa non apponerentur in fideicommissio in diem relicto, nō restitueretur partus, multo minus restitueretur eis adiectis verbis, & ideo sic interpretabuntur *sine redditu*, id est, sine augmento *l. si ita* 43. §. *Pegasus. de leg. 2. l. facta* 63. §. *si heres ante l. Luti* 78. §. *heredum*
D. ad

D. ad S. C. Trebel. Quia licet nomine redditus non retineatur partus, retinetur tamen iure domini §. *serui*, *Instit. de iure personarum*, heresque grauaturs restituere hereditatem ad certum tempus, interim dominus est, non ideo 66. *D. de rei vindicatione*, l. *plerumque* 205. *de regul. iur.* l. *& post licet* 12. §. *res.* *D. famil. ereisc.* ita ut emolumentum omne ex rebus hereditariis consequatur. dict. l. *facta* §. *si heres ante.* *l. ita tamen* 27. §. 1. *D. ad Trebellian.* l. *qui heredi* 44. §. *cum hereditas de condit. & demonstr.* Itaque illa verba *sine redditu* non apponit testator exceptiue, sed declaratiue, ut ostenderet, omnem hereditatem suam velle restitui, non etiam si quid præterea ex hereditate veniret augmenti, ideoque partus natus in vita heredis restitui non debuit, nam quamuis fructuum nomine non contineatur, ut causa tamen continetur l. *Julianus* 9. §. *quia tamen D. ad exhibendum* l. *Julianus* 17. §. 1. l. *præterea* 20. *de rei vindicat.* l. *sed*, & *parius* 12. *de eo quod metus caus.* obseruat Brissón. libr. 3. de verb. sign. verbo *causa*. Daaten. ad tit. si certum petat. cap. 7. *Garcias* de expensis cap. 23. num. 47. *causa* autem accipitur pro omni commodo, atque vilitate, *Raudensis* de analogis cap. 15. num. 27. & *Cuiacius* in l. *equis* 8. *de usuris* lib. 7. respons. *Papin.* Quam interpretationem ante omnes notauit *Albericus* in dict. l. *respondit in fin.* & eo non relato tradit *Connanus* dict. cap. 2. nu. 3. *Menoch.* sup. num. 15. *Rodriguez* d. q. 1. num. 5. † Quo etiam modo explicandus est idem *Paulus* in d. l. *Falcidia* §. *ibi*: ante diem fideicommissi lucro heredis nascuntur partus, quia licet non sint fructus, tamen ante diem fideicommissi heres tan-

quam dominus eos adquiret dict. §. *serui*, sicut lucratur alias commoditates non consistentes in fructu ex hereditariis corporibus productas: quæ acquisitio & ius resultat ex voluntate testatoris, ob idque imputatur heres in quartam dict. l. *in fideicommissaria.* dict. l. *mulier* §. *si heres.* dict. l. *deducta* §. *ante ad Trebell.* docet supra relati, & præcipue *Menoch.* n. 13. & seq.

Neque etiam obstat d. l. *mulier* 22. §. *sed tamen vers. præterea.* & in dict. l. *deducta* §. *hereditatem* cui respondebis, si prius aduertas, quod in fideicommissio in diem, sicut aduentus diei constituit heredem in mora, l. *si quis* 23. *de leg. 1.* l. *si quis seruo* 34. l. *Titia* 37. §. *usuras de leg. 2.* ita in fideicommissio puro petitio, unde sicut in fideicommissio in diem, heres ante diei aduentum lucratur fructus dict. l. *in fideicommissaria* cum not. à *Peregrino* de fideicom. art. 49. ex nu. 10. ita etiam in puro, ante petitionem fideicommissatij. d. l. *mulier* §. *si heres.* Sed in his calibus differentia est alia, scilicet in fideicommissio condicionali vel in diem, fructus teneri heredem imputare in quartam *Trebellianicam*, quæ ex voluntate testatoris perceptos, d. l. *in fideicommissaria* §. 1. dict. l. *deducta* §. *ante diem* l. *filius* 18. *D. ad leg. falcid.* l. *fin. tit. xi. part. 6.* docent post *Alexan.* in dict. l. *in fideicommissum*. 2. *Imol.* in d. §. si heres. *Ant. Fab.* de error. dec. ii. error. 4. & 5. *Cuiac.* & *Donell.* in l. 6. *C. ad Trebell.* *Menochius* de arbitr. cal. 246. At in fideicommissio puro, non teneri, quia eos percipit ex mora petentis, non vero ex voluntate testatoris dict. §. *si heres.* † Ex quo est interpretandus dict. *vers. præterea*, ut loquatur in fideicommissio in quo licet heres rogatus lucratur fructus ante petitionem, non

tamen licet pars partus ancillæ qui in fructu non sunt, & ita cum tota hereditate ad fideicommissarium pertinent. Ratio est, quia cum iam teneatur restituere, licet ante petitionem non constituantur in mora, quicquid interim acquirit emolumentum, id solum suum fecit, non iure heredis, aut domini, sed iure tanquam bonæ fidei possessoris, cuius ius non est ultra fructus dicti §. si quis à non domino. Præter eos autem, omnia vero domino referuntur, ut sunt partus, quia fideicommissarius iam veluti dominus est, non vero heres, à quo eo tempore dominium abscellit, cum in voluntate fideicommissaria sit illud petere, & heres dominus erat ea conditione, ut restitueret: ita Connanus supra num. 4.

15. ¶ ex quo aperte constat differentia inter fructus perceptos vno, vel altero tempore, ut pendente die vel conditione, tunc heres dominus sit, & consequenter omnia incrementa sua faciat, & si grauatus fuerit restituere quicquid ex hereditate ad eum peruenerit l. heredes mei §. 2. Titius §. 1. de iud. §. fin. D. ad Trebell. l. quod his verbis 83. de leg. 3.

16. l. 3. §. nonnunquam de usuris. ¶ Qui- bus non obstat l. Bullissa 32. cum l. sequent. D. ad S. C. Trebell. nam respondendum est, sapienter etiam obtinere, nisi aliter testator senserit, idque in ea lege interuenisse indicat cautio de restituendo fideicommissio, quæ recipit incrementum l. 1. §. bullissimo D. de legatorum nomine, & verbum pecunia largissime omnia comprehendens quæ in patrimonio sunt l. §. l. pecunia 178. l. pecunia 21. D. de verb. sign. tradunt ultra Alexand. num. 6. n. dicti 32. Bart. in l. Titius num. 1. D. Trebell. Peregrin. de fideicommissariis. 49. num. 23. & seq. Donel. lib. 7. comment. cap. 26. vbi

Osuald. Cuiac. lib. 10. quest. Papin. in dict. §. nonnunquam, & lib. 4. obseruat. cap. 59. & lib. 11. cap. 10. & in l. in fideicommissaria 18. D. ad Trebell. ¶ Igitur in fideicommissio 17. parum cum ante petitionem non constituitur in mora quicquid capiet heres interim, iure bonæ fidei possessoris capiet, ut probatur in l. 3. §. cum Polydium D. de usuris l. heredes 17. in l. Leum qui 18. in princ. D. de his quibus ut indignis l. 1. C. de cod. tit. atque ita non capiet nisi fructus.

Restat nunc responsum Papin. in dict. l. deducta §. hereditatem, quod indissolubile censet Romanus ibi num. 6. Cui ut satisfaciatur DD. supra allegati, nihil non tentant, ut constat ex Conn. Menoch. & aliis supra, Spino d. gloss. 1. n. 78. Cuiac. d. lib. 6. responsor. Papin. in d. §. hereditatem qui tandem antinomiam confiteretur, & ad diuersas l. Consultorum sectas id refert, & alij tellari ab Osualdo dict. lib. 7. cap. 26. lit. D. Illa tamen interpretatio recepta fuit, scilicet Consultum non simpliciter loqui de partu, vel foetu, sed de partu aut foetu summissio in locum demortuorum capitum, ut familia, vel grex maneret. dict. l. verus. §. fin. cum l. sequent. de usufructu l. adiles 25. §. familia. de edit. edict. l. plerumque 10. §. serui. de iure dot. l. sicutus 79. de leg. 3. l. scire 29. §. sed & familia. de verb. oblig. l. detestatio. 40. §. fin. l. prænuntiato. 195. §. seruitutum de verb. sign. Confert Seneca lib. 7. de beneficijs cap. 10. in fine. Videndus Mantica de coniecturis lib. 9. tit. 10. num. 36. & sequent. licet de partus difficultate nihil attingat. ¶ Iuxta quæ gregis verbum 19. non tantum ad foetum pecudum, sed etiam ad partus quoque ancillarum pertinet, neque nouum est, ut gregis appellatio ad homines porriga-

porrigatur, quod præter loca addu-
ct. à Pacio. Centuria 4. quæst. 43.
quæ etiam recenset Osualdus supra,
probat Iuuenalis Satyra 12.

*De gregeservorum magna, & pul-
cherrima quæque*

Corpora.

Sic Seneca puerum greges dixit de
seruis loquens epist. 113. Et gregem
Prophetarum legimus Reg. 1. cap. 10.
apud Horat. gregem turpium viro-
rum, lib. 1. ode 37. Videndus Dor-
leans ad Tacitum lib. 2. annal. pag.
233. & pecudum nomine serui com-
prehendebatur l. 2. D. ad leg. Aquil.
ad quod notanda est l. 3. §. Nerva si-
lim. de acquir. poss. ex Ant. Fab. in iu-
risprud. tit. 3. part. 3. illat. 1. quod
mirum non videatur, cum tantus
seruorum fuerit numerus, ut legio-
nes vocet Plin. alij cohortes, agmi-
na, exercitus alij: id etiam notat
Strabo lib. 14. atque post excisam
Cathaginem, & Corinthum hos
seruorum greges Romanos habuif-
se. ¶ Vnde cum grex pecudum, siue
familia seruorum debeat integra
permanere, & ad fideicommissariū
transire, quia sunt partes heredita-
tis, certum est, non venire partus,
qui ut grex maneret vel familia, sub-
stituendi sunt in locum demortuo-
rum seruorum, ita ut ijs exceptis,
quod reliquum est gregis seruorū,
vel pecorum debeat non ad fidei-
commissarium pertinere, sed ad he-
redem. Quam interpretationem
et si plures tibi arguent, ante om-
nes docuit Fulgosius in d. l. respon-
dit §. heres in fine, & videtur com-
probari ex l. plerumque 11. §. sed factus
3. de iure iud.

21 Quod si hæc expositio præter om-
nes à me exorta plauisibilis nō
videatur (ob quam causam eam nō
probat Genoa supra num. 36. licet

ipse nullam reddat, sed cogitan-
dum relinquat: neque similiter pla-
ceat Rodrig. d. quæst. 1. num. 9. &
Osuald. sup.) huic graui difficulta-
ti ita satisfieri poterit, quod cum
dependeat ex verbis vel mente tes-
tantis, quid heres grauatus restituere
debeat, dict. 3. quod his in fine prin-
cip. dict. l. facta §. si heres ante. l. si ita 43.
§. Pegasus in fine de leg. 2. cum ad-
ductis à Mantica dict. lib. 7. tit. 10.
ex num. 9. multum interest an testa-
tor dixerit si e redditu, vel exceptis
redditis, in prima formula vo-
luisse creditur, ut omnem omnino
hereditatis redditum consequetur
heres, siue omnia augmenta,
quæ non solum ex fructibus, sed ex
causi, partibus, & incrementis cō-
stat. Ratio est, quia illa oratio sine
redditu est indefinita, quæ æquipol-
let vniuersali dict. l. si ita 43. in prin-
cip. l. si pluribus 44. de leg. 2. vbi pluribus
heredibus relictis si dixit testator
heres damnas esto dare: pro eo est
ac si dixisset, omnes heredes. Quo
argumento idem dicemus cum tes-
tator dixit sine redditu, id est, sine om-
ni incremento, vel augmēto, dict.
§. Pegasus, & in dict. §. si heres ante,
nam nomen redditu ibi generaliter
positum, ex voluntate testatoris ita
comprehendit partum, sicut fru-
ctum, cum testator expresse non di-
xerit, ut cum incremento restitueret.
Contrarium autem erit quando vi-
sus est illis verbis exceptis redditis,
quō casu solum voluit testator, ut
fructus perciperet tantum heres,
nō vero partus; quod probat Paul.
in dict. l. 14. §. 1. vbi ait videri testa-
torem, illis verbis, de solo redditu
deducendo cogitasse, quod in for-
mula illa non fuit, propter coniec-
turam de qua supra; ergo in ista
Papin. debet procedi attenda ordi-
naria regula, in qua cum exciperet

redditus, specialiter, partus non comprehenditur, qui non venit appellatione redditus simpliciter prolatis, nisi voluntas testatoris ad id accesserit, & ita redditus nomine tantum fructus comprehenditur *l. liberto 21. §. fin. de annuis legatis l. legatum 16. cum l. sequenti l. patrimonij 22. l. fundi 38. l. pen. de usufruct. legat.* nam verbum *reddendi* solum dicitur de agris, & prædiis, quæ reddunt, hoc est fructum dominis exhibent (inde *redditus* apud nos *rentas*) ad quod alludit Martialis lib. 1. Epig. 38.

Quid mihi reddet ager?

Et lib. 10. Epig. 43.

Plus nulli Phileros, quam tibi reddis ager.

Quomodo procedit dict. §. *Pegasus in fin. l. filium 21. D. de optione leg. l. cum qui 15. D. de annuis legat.* & voluntas testatoris sola dominatur in fideicommissis, & semper attenditur *l. pen. de leg. 1.* cum aliis ibi ab Accurs. notatis. docet Gotofred. in *l. cum pater 77. §. dulcissimis lit. Z. de leg. 2.* Mantica de coniecturis lib. 3. Peregrinus de fideicommissis art. 11. Osuald. libr. 8. Donel. cap. 3. liter. B.

- 22 Sicque explicari debet Scævola in *l. uxorem 41. §. sorori. 10. de leg. 3.* vbi partus fideicommissio non continetur, quod tamen intelligendum est (non vt aliqui censuerunt, procedere eo casu quo fideicommissum diminutum non est) quod cum testator dixerit ancillis legatis, vt eadē mancipia vestitueret, voluisse creditur, tantum illa mancipia restituenda, quæ relicta sunt, non vero ex eis agnata, & ideo ait Scævola *verbis fideicommissis non contineri*: quia si restituisset partus, non faceret secundum voluntatem testatoris, qui cum usus fuerit illo verbo eadem, de

partibus non cogitauit, d. *l. pen. de optio. leg.* faciunt quæ norat Gotofred. in *l. 46. de leg. 3. lit. N.* & cū ancilla & partus idem non sint, (vt dicemus infra §. sequent.) non continetur illud legatum augmentum neque diminutionem. Continet quippe nominatio hominum certa corpora, quæ legatum incremento factus non augeat, cum ex certis corporibus singuli legati censcantur propter dictionem eadem, quæ semper repetit restringendo se ad præcedentia *l. Iulianus 15. de hered. instituend.* docet ex Bart. & Alexand. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 173. num. 10. Parisius consil. 18. nu. 32. volum. 2. & alios referens Cenedo in centuria singularium cap. 45. † Et hoc modo debet explicari cum Cuiac. 7. resp. Papin. *l. equis 8. D. de vsuris*, ibidem, vbi equis per fideicommissum relictis, post mortem præstat heres factus *l. non ante l. equis 39. D. illo titul.* Quando vero equitum relictum est, tunc debentur factus ante mortem, quoniam equitij nomen est vniuersale; vt infra dicemus. † Sic intelligendus est idem Scævola in *l. penult. de fundo instructo*: ibi agnata medio tempore, quod nihil aliud est (vt notauit Cuiacius lib. 8. respond. Papin. in l. 3. D. illo tit. §. quam factus, & partus, quæ omnia in fundo instructo legato contineri ait Scævola secundum verba legati, vt inferius statim subiiciam.

Deinde interpretari poterit Papinianus in *l. 3. de fundo instructo*, ex quo indistincte probatur partus restituendos esse fideicommissatio, quæ difficultas ita vexauit Martinū antiquum glossographum, vt in illis verbis *Fideicommissio contineri*, addiderit negationem, sic referente Accursio

Accursio ibi, verbo *contineri* in fine, cu: subscripto suo more Ant. Fab. lib. 5. coniect. cap. 1. Verum eiusmodi interpretationibus reiectis, facilementem Papin. consequemur, si aduertamus in illa specie, testatorem reliquisse fundum instructum libertis à quibus petiit codicillis, ut morientes superstitibus partes suas fundi restituerent: dubitatum fuit, cum non dixisset *fundi instructi* in hoc casu, sicut in superiori, an fundus talis in causa fideicommissi videretur, qualis fuit legatus. In quo dubio respondet Pap. intelligendum esse testatorem voluisse fundum instructum legare utroque casu, argum. l. cum pater 77. §. cum imperfecta D. de legat. 2. l. si in testamento 106. de leg. 1. l. errore 7. C. de testamentis. Postea autem I. Consultus subiicit, in hoc fideicommissio contineri, *augmentum factum, & partium, & detrimenta fatalium*, quæ omnia ait contineri, cum fundus instructus sit relictus, atq; ita patet latius nomen instructi, *quæstum* 11. §. sed si fundus 27. cum seq. D. de fundo instructo, quod comprehendit non solum factus pecorum, sed & partus ancillarum, quæ in fundo erant cultus, vel ministerij causa. Quare cum huiusmodi res augeant fideicommissum fundi instructi, ita etiã, & detrimenta fatalia minuunt, si suo fato deperierint pecora, vel mancipia: secundum quæ grauatus tenebitur dare augmentum, et si acciderit ut minuat, ita accipiet fideicommissarius. Quam interpretatione firmat Cuiac. lib. 1. resp. Nerat. in l. 22. §. sed enim D. ad Trebell. & lib. 8. resp. Pap. in d. l. 3. (& reiiciendus est Oinasius d. lib. 7. Donelli cap. 26. lit. D. in fin. illam generaliter, & indistincte accipiens.)

26 † Ratio huius traditionis est,

quoniam ut inquirunt Accurs. & Bart. in d. l. 3. *fundus instructus* est ius vniuersale, & collectiuum, ut dot, peculium, grex, & equitum (de quare videndus Barbof. in Rub. D. sol matr. 3. p. ex num. 3. post Accurs. in l. quod dicitur verbo dotis D. de impensis. & in l. 4. §. si are. D. de peculio verbo manent) quæ res ex sua natura accipiunt incrementum, & diminutionem leguis 39. de usuris l. si ex toto 8. l. grex 22. cum l. seq. de leg. 1. §. si grex 19. §. si peculium 21. Instit. eod. cum trad. ab Accurs. in d. l. pen. de fundo instructo Cuiac. 7. resp. Pap. in l. 8. de usuris, & lib. 9. different. Modestini circa medium. Mantie. de coniect. lib. 3. tit. 11. n. 13. Vnde siue fundus augmentum habuit ex partibus ancillarum, vel alijs incrementis ita ad fideicommissarium pertinebit, arg. l. plerumque 11. §. 1. de iur. dot. l. quod in rerum 24. §. si quis de leg. 1. l. sepe 16. de leg. 2. l. si mancipia 19. de fun. inst. & eodem modo si damnis aliquibus fatalibus diminutus sit, de quibus videt. cum duobus 52. §. damna D. pro socio l. 3. §. nisi forte D. nauis & caupones. l. 4. §. quod vero D. commodati l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis l. si merces 25. §. vis maior D. locati l. contractus 25. ver. animalium de reg. iur. vbi Petrus Fab. Donell. lib. 16. cap. 7. Hotmanus lib. 4. obser. cap. 16. Cuiac. lib. 15. obser. cap. 27.

Rursus ex supradictis explicandus est idem Pap. in d. l. cum pater. 77. §. pater filie. 17. de leg. 2. quo in loco pater cum filia nubenti dedisset ancillas, heredem grauauit per fideicommissum, ut eas præstaret filie: quæstio fuit de partibus, præstandi quoque essent cum ancillis, & ait Papin. partus præstandos ex causa fideicommissi, et si matres ante testamentum mortuæ es-

sent. Cui difficultati occurrit Castren. num. 1. & 2. post Dynum, & alios ibidem, & Cuiac. lib. 8. resp. Pap. in d. §. *pater filia*, docens in specie illa partem donasse prius eas ancillas nubenti filie in ministerium, ut sit plerumq; *l. prospexit 12. per totam D. qui & a quibus*; quæ donatio cum filiazam, esset facta, iure Civili non valuit *l. 2. §. fin. D. pro herede l. 1. §. 1. D. pro donato*, & ideo eam confirmasse testamento herede rogato per fideicommissum, ut filiam linearet habere illas ancillas: quo casu quando eas dedit nubenti, nulla fuit donatio, sed potius concessio ancillarum in usum, post testamentum vero est fideicommissum, vel saltem confirmatio donationis inutilis facta verbis fideicommissi. Questum est an partus ancillarum ea in specie debeantur; & respondet I. Consultus deberi. † Ratio est, quia quemadmodum ancilla si precario rogetur, id etiam agitur, ut & partus, si quem ediderit, censetur quoque precario datus, *l. quamuis 10. D. de precario*, & ancilla empta, & partus emptus intelligatur, *l. si quid ex Pamphila 73. cum alijs de leg. 2. iuxta ea quæ dicemus infra §. 2. n. 32. & seqq.* ita etiam & in ancilla donata id agitur, ut & partus donatus videatur, qui per fideicommissum, confirmata donatione, relictus videntur, cum sint portio donationis, sicut partus dicuntur portio dotis, *l. cum post 69. §. fin. de iure dotium*. Id autem adstruit Papin. similitudine rei donatæ inter virum, & uxorem, ut quamvis non valeat donatio, *l. 1. & per totum D. de donat. inter. oratione* tamen D. Severi, & Antonini, morte confirmatur & in eadem voluntate donator perseveravit *l. cum hic status 32. l. nam & Imperator 4. cum l. seq. de*

donat. inter. diximus late supra lib. 2. c. 10. Quod in casu supradicto dicendum erit, ut donatio inutilis confirmetur: quam inutilem fuisse ipsa comparatio demonstrat, si quidem pater eas non dedit in dotem (tunc enim valida erat donatio *l. Pomponius 35. de famul. ercisc. l. pater 71. de emptione l. pater 14. D. ad legem Falcid. cum traditis à Barbosa in l. 2. §. quod si in patris num. 1. D. sol. matr. Cuiac. lib. 12. resp. Pap. in d. l. Pompon. Fachin. lib. 13. controuers. cap. 59. & 60. quicquid reclamet Ant. Fabr. relatus ab Osuald. lib. 9. Donelli cap. 5. lit. K.) sed simpliciter dedit aut donauit. Si vero in dotem darentur, non erat necessaria confirmatio per fideicommissum, quia res erat propria filiaz, ut in d. iuribus *l. 3. §. ergo. de minoribus*, & rei propriæ inutile est fideicommissum *l. proprias 13. C. de legatis*.*

Quibus ex similitudine adiunges interpretationem Proculi in *l. Licinius 48. de leg. 2.* cuius species est, uxorem dedisse in dotem mancipia æstimata, quo casu electio est mariti, an velit, soluto matrimonio res ipsas reddere, vel æstimationem *l. plerumque 11. §. si res D. de iure dotium*, & cum æstimatio talis faciat emptionem, d. l. plerumque in princ. *l. unica §. cumque vers. æstimatarum C. de rei vxor. act.* notat Barbosa in l. æstimationis §. n. 1. cum seq. & n. 29. D. sol. matr. Cuiac. lib. 17. obli. c. 1. si ancilla æstimata in dotem data sint, partus earum ad matrem pertinet, quia sicut periculum rerum æstimatarum ad eum spectat *l. cum dorem 10. C. de iure dot.* Barbo. supra n. 4. in fin. & n. 12. Ita etiam argumentum earum d. l. plerumque §. 1. & consequenter partus (cum res sint in dominio mariti *l. cum post. 69. §. in dotem D. de iure dot. l. quætitæ 7. C. eod.*) ad eum

ad eum pertinebunt, *l. unica §. cum-
que 9. C. de rei vxor. alt. l. 20. tit. 11. p. 4.*
Contra erit quando res fuerint in-
æstimata, vel pactum intercessit, vt
post matrimonium ad mulierem

30 pertinerent. † Quomodo proce-
dit *l. 1. C. solut. matr.* cui non obstat
*l. pen. §. mancipia D. cod. & l. si man-
cipia 17. D. de iure dot.* Nam respon-
dendum est, cum Accursio ibi, quem
sequitur Cuiac. in paraphrasi ad tit.
C. solut. matr. aliquando in dote
æstimata periculum pertinere ad
maritum, aliquando ad vxorem)
quod ex pacto, vel stipulatione co-
gnoscitur) eius autem cuius peri-
culum est dos, in eius commodum
cedunt partus ancillarum editi con-
stante matrimonio, sicut cedit om-
ne damnus. Vnde si post æstima-
tionem nihil actum sit inter coniu-
ges, partus sequuntur maritum, cū
ad eum pertineat periculum, *d. l. u-
nica §. cumque in fine d. l. Licinius*, sic-
ut si actum sit, vt reddat maritus
ancillas neque deteriores, neque
viliores, sed tandem æstimatas,
quantum fuerit ab initio; tunc pericu-
lum ad eum quoque spectat, *d. l. si
mancipia d. pen. §. mancipia*. At cum
in *d. l. 1. C. solut. matr.* periculum do-
tis æstimatæ sit mulieris, quoniam
pactum fuit vt res, si extarent, resti-
tuerentur, cum eo modo res, quæ
non extrahunt, vel peremptæ sint,
non reddantur mulieri, & ei pec-
cant, consequenter partus ancilla-
rum mulierem sequuntur ad quam
eo casu periculum spectat.

31 † Vnde cum in *d. l. Licinius* vici
sit electio, vt diximus, an reddat
mancipia, vel æstimationem, hanc
electionem reliquit vxori in relega-
tione dotis, & vxor elegit manci-
pia. Queritur an debeantur par-
tus. Proculus ait non deberi, quia
marito cuius fuit dominium & pe-

riculum, quæriti sunt, neque murat
remissio illius electionis naturam
dotis æstimatæ, cuius est ea, vt ma-
ritus non solum factus, sed & par-
tus lucretur.

Disputauimus iam, & vera cōcor-
dia donauimus Papinianum & Pau-
lum in *d. l. 14. de vsu fructus*, & in *d. l. deduc-
ta §. hereditatem*, ad Trebellian.
† Nunc iterum contra à nobis re-
ceptam traditionem ex alio capite
obstant non minores difficultates,
quas mouet Vlp. in *l. qui vas 48. §.
ancilla, vers. idem & in pecudibus D. de
furtis*. Qui cum dixisset in partu
ancillæ furtiuæ concepto & edito a-
pud bonæ fidei possessorem, pro-
cedere vfucapionem: adiecit postea,
idem esse obseruandum in pecudi-
bus, quod in partu: ergo eadem v-
fucapio, quæ datur in partibus, e-
tiam in fœtu pecorum locum habe-
bit. Secundum quæ non distin-
guuntur: neque etiam appellatione
fructuum veniunt fœtus pecorum.
† Quod etiam videtur comprobare 33
Paul. in *l. 4. §. fructus. D. de vsu cap.*
docens vfucapi posse fructus, & par-
tus ancillarum, & fœtus pecorum,
& in eadem *l. 4. §. lana* affirmat ag-
nosci ita fieri sine vfucapione bonæ
fidei possessoris; si consumpti sint:
in eamque sententiam videtur con-
spirare idem Vlp. *l. fœtulentio. §. Sea-
nola D. de vsu cap.* disputans de vfu-
capiione iuuentus ex boue furtiuæ
nati. † Quibus difficultatibus ita 34
confunditur supradicta assertio, vt
vix ab eis euadere possit incolumis;
sed sigillatim operæ pretium erit re-
spondere. Et in primis anxie veram
interpretationem inuestigantur. In-
terpretes d. vers. idem & in pecudi-
bus, eos refert Genoa in eius anti-
no. pag. 300. videndi Donel. libr. 6.
com. c. 26. vbi Osuald. lit. Z. Bened.
Pinel. lib. 2. sect. 4. cap. 1. n. 64. & seq.

M m

Cuiacius autem in *in d. l. 4. §. lana*, legit *nō idem*, quem sequitur Gotofr. in d. vers. & Ant. Fabr. in l. si ego n. §. 4. de Publicia. sed repugnante omnīū librorū fide. Item Connan. 3. com. cap. 15. n. 3. receptus à Donello d. cap. 26. ait interrogatiue esse legendum, quos respuit contextus series. Necnon & Pichar. in d. §. in pecudum n. 2. ea ratione vsucapionem requirit, vt dominium irrevocabile acquiratur, quod etsi ante eum præsenserit Accurs. in d. §. fructus, sequutus ibi à Bart. n. 3. in fin. Castrenf. n. 1. vers. *nec obstat*, Baldo in l. ancillæ. C. de furtis: falsum est, vt notat Pinelus supra nu. 71.

35 † Quare illud responsum ad vers. *idem & in pecudibus* in nostris scholis receptum est, quod ante omnes tradidit Accurs. ibi, verbo *idem* in fin. & sibi vsurpatunt Cuiac. lib. 15. obseru. cap. 20. in fin. & Pinelus supra n. 85. scilicet Vlp. in d. §. ancilla duos casus proposuisse, primum, vt partus conceptus, & editus apud bonæ fidei possessorem, non sit furtivus. Secundum, vt possit vsucapi; quibus postea adiicit, *idem & in pecudibus seruandum est, quod in partu*. Quæ verba non sunt referenda ad vsucapionem, sed ad effectum, ne sit factus furtivus, si apud bonæ fidei possessorem concipitur, & edatur, quemadmodum partus eodem casu furtivus non est. Hanc interpretationem veram esse docet Consultus in vers. *ex furtivis* statim sequenti, vbi factus ex furtivis equis natos, statim scribit esse bonæ fidei possessoris, ea ratione, quia in fructu sunt, non vero partus. Qui versus ad rem ineptus videretur si differentiam supradictam non denotaret. Et confirmatur hæc expositio ex l. peto 69. in princ. D. de leg. 2. vbi cum l. Consultus propo-

fuisset questionem, an fideicommissum ita relictum: *Contentus sit decem anreis*, valeat, adiicit vers. *sine dubio*, in quo diuersum constituit. Deinde ait *idem dicemus*, quod si ad primum vers. non referatur, ineptus est sensus.

Verum hæc interpretatio multas patitur difficultates, quæ Vlp. longe obscurum reddunt, nec mirum erit circa eius explanationē ita decertasse Cuiacium, & Robertum, vt constat ex illo supra, & sub nomine Mercatoris lib. 1. notatorum cap. 22. & ex Roberto lib. 1. lectio. cap. 6. & lib. 1. animadu. cap. 22. & in notis ad Mercatorem lib. 1. ca. 12. nam quomodo admitti potest, vt versus *idem & in pecudibus*, referatur tantum ad illam questionem, an partus furtivus sit, cum etiam si pecudes concepissent apud furem, factus acquireretur statim bonæ fidei possessori l. bona fidei 48. §. fin. de acquir. rer. dom. d. §. lana, neque inspicitur an sint concepti apud furem, vel plenis vberibus pecudes venierint (vt lac suum faciat) vel adduxerint lanam, vt eā acquirat, quod in partu contra est. Deinde quomodo ait *idem esse seruandum in pecudibus*, quod in partu, cū pecudes vere fuerint furtivæ, & iam in potestate bonæ fidei possessoris, licet factus tanquam fructus acquirat? † Vltimo constat, non proposuisse Vlp. duos casus, an esset partus furtivus, & an vsucapi posset, de vsucapione incidenter tractat, non principaliter; casus vero fuerunt, quando ancilla prægnans subrepta est, vel quando apud furem concepit, sed edidit apud bonæ fidei possessorem, vt indicant illa verba: *sed in hoc posteriori casu*. Neque difficultatem euades, si cum Roberto d. lib. 1. notatorum cap. 22. asseras, similitudinem partus, &

tus, & fœtus in eo esse, quod cum non statim partus fiat bonæ fidei possessoris, sed necessaria sit vsucapio eius, qui in fructu non sit, fœtusque aliorum animalium apud bonæ fidei possessorem statim ac editi sunt eius fiant, quia tamen sic eius fieri intelliguntur, ut exstantes domino restituere teneantur, vsucapi possunt. Quam sententiam respicit satis contextus in *d. vers. idem*, ubi minime de vsucapione tractatur, sed an furtivus sit, vel nō, & in *vers. seq.* de eius fœtus acquisitione tractetur.

38 Quare in hac difficultate, retinenda est supradicta interpretatio, quam non evertit prima consideratio deducta ex *d. l. bona fidei. §. fin.* Cui respondendum est, quod cum in *d. vers. idem* dicatur quantum ad articulum furtivitatis attineret, idem esse in fœtu ac in partu, semper est dicendum apud furem conceptum, vel editum excludere acquisitionem in bonæ fidei possessore; nec repugnat *d. §. fin.* qui intelligendus est in fœtu conceptio, & nato apud bonæ fidei emptorem, non apud furem. Ratio est, quoniam Iure Consultus in §. antecedenti tractabat de acquisitione fructuum facta à bonæ fidei possessore, ut possit quis fructus capere ex re, quæ propter sui vitiū vsucapi nō potest, iuxta quem tractatum ait, ovium quoque fœtus, cū sint in fructu, ad bonæ fidei emptorem pertinere; etiam si quando eas oves emit pręgnantes erant, hoc tamen non accipias de ovibus furtivis, sed de alienis, quæ propter aliquod vitiū non poterant ipsæ vsucapi iuxta casus præcedentis positionem; forte, quia erant pupilli, aut Pręsidi donatę, ut in eadem lege suprà in §. ii. vel cum alienę essent, venditę sunt à malę fidei possessore.

Deinde subiicit, *vel si subrepta essent*, quæ in re cum diuersum casum adaperit (aliās superfluous esset Consultus) in eo non ait, *vel pręgnantes sint*, hoc est, ut apud furem concepserint, sed solum casum magis dubitabilem proposuit, in quo etiam ex re furtiva possint fructus acquiri. An vero si concepti sint fœtus, vel non apud furem, hoc non aperit, nec de eo loquutus est, atque ita debet procedere secundum distinctionem *d. §. ancilla*, ubi cum idem admeatur in fœtu quod in partu, & partus sit furtivus quoties apud furem coconceptus est, etiam & fœtus eo casu censetur furtivus. Vnde cum proposuerit Consultus in *d. §. fin.* casum, quando à malę fidei possessore pręgnantes venditę sint oves, postea id extendit ad alium, quando scilicet furtivę erant, tuncque nihil de conceptione dixit, sicut in altero, quod aperte indicat in furtivis ovibus, quo ad conceptionem contrarium observari, quæ fuit sententia Greg. in *l. §. tit. 29. p. 5. glo. 2.* contra Angelum, qui contrarium asseruit in *l. §. ego. 11. §. fin. de publician.* & sic reiicienda est emendatio Cuiacii in *d. §. lana*, & *d. lib. 15. obser. cap. 20.* qui legebat in *d. §. fin. vel pręgnantes venerint*, quæ subrepta sint, quam lectionem non reiiciunt relati ab Osualdo *d. cap. 26. lit. A.* Neque etiam admittit Ant. Fabr. aliam emendationem in *l. §. ego. 11. §. 4. in fin. D. de publiciana*, qui legebat *Etia si pręgnantes venerint, & subrepta sint.* Quæ non minus est delenda, quàm quod ad *d. vers. idem & in pecudibus* addendum esse existimavit ex sua penu. † Sed obstat *d. §. lana*, ubi si lana fuerit apud bonæ fidei possessorem deponsa, eius sit: quod idem de lacte probatur in *d. §. fin.* & tamen certum est nasci cepisse

apud furem. Cui difficultati respondendum est, lac, & lanam, & similes fructus diuersim obtinere naturam, ac fetus. Fetus ad sui essentiam certum tempus requirunt, & dum maturescunt, idem sunt; at lac & lana singulis diebus efformantur, & quodidie erumpunt, ita ut non possit aliquo modo discerni, an hæc lana fuerit nata apud furem, aut illa non: ac proinde vsq; dum detondeatur, & lac mulgeatur, non dicuntur fructus, argum. *l. si fur. 13. alias est, l. arboribus 12. §. si fur. D. de usufructu l. si apes 26. §. fin. D. de furto*, & cum hæc res habeant aliquam partem, quæ in bonæ fidei possessoris potestate sit nata, dubium nō est, quin ad illum pertineant, ut docet Pinel, supra num. 81. Idque suadetur ex *d. §. lana*, ubi necessarium est, ut tondeatur apud furem, ad hoc ut furtiuu dici possit, ergo antea non erat, & cum apud bonæ fidei possessorem detonsa est, ait eius fieri cum in fructu sit. Neque obstat in *d. §. lana, vers. idem in agnis*. Qui cum nihil exprimat de conceptione agnorum, procedere intelligendus est, quando non sunt concepti apud furem, præcipueque ille non tractabat, nisi de eorum acquisitione, an scilicet fiant bonæ fidei possessoris, vel non. Neque obstat altera consideratio de qua supra n. 36. quomodo Ulpian. ait in *d. vers. idem*, in pecudibus seruandum esse, quod in partu, nam respondeo id intelligendum esse, ut secundum earum conceptionem apud furem, vel bonæ fidei possessoris euenientem fetus eius fiat, vel non, sicut in ancilla dicemus bonæ fidei possessorem adquirere posse partum per vsucapionem, si apud se conceperit, non apud furem. Denique vltima difficultas potius pro nobis

facit, cum casus principalis sit de partu, an sit, vel non furtiuus. † Ex 40 quibus consequitur, quoad vitium furtiuitatis attinet, inspiciendum esse, an fetus concepti sint apud furem, sicut de partu dictum est, ad hoc ut adquirantur, vel non, & licet id aliqui negent, nescio quo pacto satisfacere possint *d. §. ancilla vers. idem*, ubi quoad furtiuitatis virium æquiparantur fetus & partus. Vnde si furtiuus dicitur conceptus apud furem, impossibile est quod bonæ fidei possessori acquiratur *l. qui bona 23. de acquirendo rer. dom.* Pinelus supra n. 79. † Rursus 41 non obstat *d. l. 4. §. fructus de vsucap.* ubi probatur fructus vsucapi posse. Cui satisfaciant præter Accursium Barr. Castrenf. & reliqui ibi, qui ad dominium irrevocabiliter acquirendum necessarium esse vsucapionem docent, quod non admittunt verba illa *qui defuncti non fuerunt*, quæ nec revocabiliter dominium acquisitum denotant. Faciunt notata à Pinelo supra nu. 71. qui n. 75. rectissime docet cum Donel. d. c. 26. ubi Osual. lit. D. fructus ibi non fuisse perceptos à bonæ fidei possessore, sed fuisse inventos in hereditate, quia defunctus ex re commodata, vel deposita percepit eos, quos ut hereditarios indicavit heres, & bonæ fidei possessori vendidit, in cuius persona procedit vsucapio, non vero in persona heredis (ut perperam existimavit Osuald.) qui sicut defunctus non potuit, ita nec ipse *l. cum heres 11. de diuersis præscript.* neque obstat lex 2. *D. pro suo*, cui satisfacit Pinel. supra num. 86. & de ea agemus infra §. 4. † Vltreius intelligendus venit *d. §. lana vers. idem, & agnis*, ubi quod prius dixerat de lanæ acquisitione, ait idem dicendum esse in agnis, si sint consum-

consumpti, ergo contrarium erit si extant. Omittis ergo aliis, qui ad irreuocabilitatem dominij vsucapionem desiderabant, quod reijcitur, cum quod meum est amplius non possit meum fieri l. in bello 12. §. si quis seruum D. de capitis, respondendum est, ideo consumptionem esse necessariam, quia ita bonæ fidei possessor fructus suos facit, si eos petcepit, quos tunc non tenebitur restituere si consumpserit, unde quocumque tempore, quo restituit rem ipsam, fructus ex ea perceptos similiter restituere tenetur si extant, non vero si sint consumpti, l. certum 22. C. de rei vindicatione, l. 4. §. post litem. D. finium regund. l. quæsitum 40. in fin. de acquir. rer. dom. Atque ita dominium elargitur bonæ fidei possessori fructuum, si iuste eos consumpserit, & sola consumptione liberatur ab eorum restitutione, si quando rem restitueret: notat Donel. libr. 4. comment. cap. 26. Pinel. num. 72. supra Balduin. & Pich. in §. si quis à non domino Instit. de rerum diuisione vterque num. 15. Gotofred. in d. l. certum lit. N.

43 Ultimo ad difficultates d. l. si aliena. §. Scauola de vsucap. respondebimus infra suo loco in eius explicatione §. 3. ex num. 30.

44 Hinc iam (vt filum nostræ disputationis recolligamus) constat satis, foetus & partus distingui: adquirendo quoad partus cum in fructu non sint, necessaria est vsucapio, & ideo non statim acquiruntur bonæ fidei possessori sicut fru-

ctus, ancillæ quippe non emuntur, vt pariant, l. ancillarum 27. de petit. hered. & ideo fructus earum sunt operæ l. 4. de operis serui. iusta l. si serui 21. cum legibus seq. l. versus 68. D. de vsu fructu l. pen. D. de opi. leg. vet. fin. ad pecudes, vt loboles, & procreationem faciant, & ideo earum foetus sunt in fructu. Osuald lib. 4. Donel. cap. 25. lit. B. quos acquirit statim, vt diximus, bonæ fidei possessor. † Licet hodie de iure nostro regio æqualis sit facta conditio, & partus, & fructuum, & in eis acquirendis necessaria est vsucapio ex l. 5. tit. 29. part. 4. vbi notat Gregor. verbo ganar. † Vnde illa quæstio 46 nosteratam dissolui potest, an partus ancillarum dotalium constante matrimonio editi, communicari debeant inter coniuges, iuxta leges nostras. quæ lucra omnia inter coniuges diuidenda statuunt l. 25. filii. l. 1. tit. 3. lib. 3. fori l. 4. tit. 4. lib. 5. ordina. l. 14. & seq. T. au. de qua re vide relatos à Rodrig. de redditi- bus libr. 1. quæst. 1. num. 7. Spino de testam. gl. 13. ex num. 69. Gregor. in l. 20. tit. 11. partit. 4. verbo erro si. † Ergo cum euenire soleat, vt quis 47 ancillam furtiuam bonæ fidei possideat, si apud se enixa sit, & partum eadem bonæ fidei possidere cœperit, quæsitum est de vsucapione an procedere possit, quia tamen potest ancilla prægnans subripi, vel apud furem concipere, & parere, vel apud bonæ fidei possessorem, de his casibus disputandum erit.

S. I L.

De ancilla prægnante subrepta, vel apud furem concipiente, aut enixa, discutitur late an partus sit pars matris.

SYMMARIVM.

- 1 Partus ancilla fortius poterit vscapari, si apud bona fides possessorem concipimus sit, & edimus.
- 2 An huius traditionis ratio sit, quod partus est pars matris, iuxta Marcelli sententiam.
- 3 Remissus conciliatur l. si mulier 8. D. ad leg. Cor. de sic. cum l. si quis 38. §. qui abortionis, de pœn.
- 4 Apud Consultos partus dum in utero est, dicitur pars viscerum matris, & spes animalis, quamvis apud Medicos animal dicatur.
- 5 Marcelli I.C. opinio multis iuribus adstruitur, qua probant partum esse matris partem, & num. 6. 7. 8. 9. & 10.
- 11 Marcelli, & Scaula contentio circa hanc questionem ortum habuit ex Bruti sententia, de qua §. 1. & n. 62.
- 12 Scaula sententia, qui asseruit partum non esse matris partem multis fundamentis stabilita. & numero 13. 16. 17. & 18. & 19.
- 14 Quomodo homo propter humanam naturam dignitatem non est in fructu, ita neque venit in alicuius rei accessionem.
- 15 Vendita ancilla si cuincatur partus, venditor non tenetur de cessione.
- 20 Filij dicuntur pars ipsius patris.

- 21 Confirmatur Scaula opinio ratione naturali.
- 22 Questio hec, an partus sit matris pars, summe difficilis, etiam apud ipsos Consultos.
- 23 Opinio Scaula præfertur, ut verior.
- 24 Quando, & quomodo valeat argumentum de toto ad partem.
- 25 Quo sensu dicitur partus portio viscerum matris in l. 1. §. ex hoc rescripto. D. de ventre inspic. & num. 26. & 27.
- 28 Quare puniatur tanquam infanticida mater in l. Cicero D. de pœnis.
- 29 Explicatur l. si quis 7. §. si ancillam. D. de excep. rei iud. & n. 30. & 31.
- 32 Precario concessa ancilla, vel pignori data, vel deposita, aut commodata, an etiam & partus in eadem causa sit, ad explicationem l. quamvis 10. D. de Precario, cum alijs plurib. & n. 33.
- 34 L. 4. §. Viuianus D. nauar. & c. l. 1. §. si cista. D. de pos. l. sed ad des §. si quis mulierem. D. locati. explic. & num. 35.
- 36 L. 1. §. quæ depositis. D. de pos. l. eius qui. 14. §. non solum, de furt. & n. 38.
- 37 Equo vendito, ancilla & fructum cedant venditioni.
- 39 Differentia inter precarium, & depositum, circa questionem, an partus habeatur in eadem causa cum matre?
- 40 Quare ancilla pignori data partus sit in eadem causa, ad explicationem l. 1. C. de partu pign. l. Paulus 29. §. 1. de Pignor. l. 1. de Saluan. inferd. cum alijs, & num. 42. 43. 44. 45. & 47.
- 41 Fructus, qui ex prædio pignoriato percipiuntur, recte intelliguntur pignori esse.

- 45 *Salvianum interdictum quando competat. & ad quid.*
 46 *Explicatur Pauli sententiarum locum.*
 49 *De intellectu. l. fin. §. Proculus D. quæ in fraud. cred. & 13.*
 50 *Quæ alienantur in fraudem creditorum, rescinduntur actione Pauliana.*
 52 *Quomodo intelligatur quod dicitur fructus pendentes esse fundi partem.*
 53 *L. videamus 38. §. in Fauiana de vsur. & l. ait Prætor 10. §. per hanc. & §. Præterea. D. quæ in fraud. cred. & 54.*
 55 *Explicantur l. 1. de vsur. & l. fin. C. de liber. caus. & numero 56.*
 57 *Declaratio ad l. si id quod 73. de legat. 2.*
 58 *L. si prægnans 42. l. Vaccæ de cunctis. & de natura cunctis. & 59. & 60.*
 91 *De interpretatione l. iusto 44. §. et si possessionis, de vsucapion.*
 63 *Falluntur Cum. & Fab. existimantes Scauolam contra Brutum tenuisse partum esse in fructu.*



HUIUS quæstionis resolutione proponit nobis Vlp. in l. qui vas 48. §. ancilla D. de furtis, & in l. si ego 11. §. partus D. de publiciana. ubi asserit, ut partus possit vsucapi a bonæ fidei possessore, necesse esse apud eum concipi & edidi, ita ut si apud furem concipiatur, quamuis apud bonæ fidei possessorem edatur, minime vsucapietur. Cuius sententiæ fuit etiam Iulianus in l. qui in viro. 26. §. præterea. D. de

statu hom. & in l. non solum 33. de vsucap. & Marcellus testante eodem Vlp. in l. si aliena. 10. §. Scauola D. cod. Imp. quoque in l. ancilla 12. C. de furtis. Explicant Gæddeus, Robet. Hotm. Connan. & alij quos laudat Osuald. ad Donel. lib. 5. cap. 25. Cuiac. lib. 44. & 69. Dig. Iulian. in d. l. non solū, & in d. l. qui in viro, & lib. 1. notat. Mercatoris cap. 22. in fin. (in quibus locis etiam Robet.) Adrianus Pulueus ad legem Attiniam cap. 6. Benedic. Pinell. lib. 2. selet. cap. 1. ex nu. 1. Genoa in antinomia d. l. si aliena §. Scauola, pag. 300. Ant. Fab. in rationali ad d. l. si ego §. partus. Gregor. in l. §. tit. 29. part. 3. De ratione autem vsque adhuc dubitatum est. Eam videtur Marcellus reddere in d. §. Scauola, quod partus censetur ancillæ pars, ut quemadmodum furtiua ancilla, ita & partus reputatur furtiuis, arg. l. quæ de tota 76. D. de rei vindicat. l. qui scit. 21. vers. quemadmodum. D. de vsuris l. dotale 13. §. prædij de fund. dotal. l. si duo. 51. in fin. D. de administ. tut. cum aliis adductis ab Accur. in d. vers. quemadmodum, atque sicut ancilla non potest vsucapi, ita neque partus, qui eius pars videtur fuisse: quomodo Vlp. ratiocinator in d. §. ancilla, dum ex eo ait, furtiuum esse partum, quod mater prægnas subrepta fuit. Hoc vero non alia ratione est, nisi quia sit pars matris, & dum in viro est, portio viscerum eius indicatur l. 1. §. ex hoc rescripto. D. de ventre inspic. l. 5. D. de ventre in possessionem mittendo, facit l. partum 11. D. famil. ercisc. l. partum 10. l. respondit 14. de vsuris l. 3. §. vtrique, de suis, & legit. ubi partus mentio fit postquam editus est, quasi antea maternorum viscerum pars sit. Quæ fuit Stoicorum sententia, ut ex Plutarcho refert Metillus lib. 1. obser. cap. 16. Cui frater

Seneca Epist. fin. ibi: *Atqui quantum interest inter eum qui cum maxime viam accepit, & illum qui maternorum viscerum latens onus est?* Quod pertinet l. si mulier 8. D. ad legem Corneliam de sicariis, l. 4. D. de extraordin. crim. l. Cicero 39. D. de poenis, vbi mulier quæ partum abegit dicitur suis visceribus vim inferre.

3 († De quarum legum difficultate cum l. siquis 38. §. qui abortionis. de penis, consulendi sunt præter Gotofredum ibi P. Gregor. & alij relati à Solorzano de Parricidijs libr. 2. cap. 12. Menochius de arbitrarijs casu 357. Panciroll. lib. 2. var. cap. 141. Pich. in §. item lex num. 23. de publicis iudic. & in manuduc. 3. p. §. 4. lic. A. n. 2. Farinac. tom. 4. criminal. quæst. 121. nu. 131.) † Vnde et si apud Medicos in quæstione, an partus dum in vtero est, sit animal & homo, obtrinnerit esse hominem, vt docet Hippocrates de pueri natura, & Galen. in proprio de hac re libello; Iuris Consulti tamen non propriè hominem esse arbitrantur, sed partem viscerum matris l. in Falcidia 9. in fin. D. ad leg. Falcid. & spem animantis l. 2. de mortuo inferendo, tradunt Tiraq. in l. si vnquam verbo suscipere liberos num. 149. Petr. Gregor. lib. 7. Syntag. cap. 1. num. 10. Gotofred. in d. l. in Falcidia.

4

5 † Neque Marcelli opinio destituta est iuris autoritate, nam eam videtur probasse Vlpian. in l. siquis 7. §. si ancillam. D. de except. rei iudic. vbi ei qui ancillam petit, & non obtinuit, si postea partum petierit, rei iudicata exceptio nocebit, quæ semper obstat illi, qui in iudicio cōdemnatus, vel eandem rem, vel eiusdem rei partem iterum in iudicium deducit, l. 3. d. l. siquis in princ. de exceptione rei iudicata, quod non procederet nisi partus esset matris

pars. † Accedit & Pomp. in l. quamuis 10. D. de precario, qui ait, ancilla data precario, si postea sit enixa, & partum etiam precario cōcessum videti: sicut cum ancilla pignorata est etiam & partus in eadem causa habetur, l. 1. c. de partu pignorum. l. siue iussor 26. §. fin. l. Paulus 29. §. si mancipia de pignor. l. si comenerit. 18. §. si fundus, de pignoratis act. l. 1. D. de Saluiano interdicto, facit l. in ciuile 12. C. de rei vindicat. † Cui etiam sententiæ calculum præbet Proculus apud Venuleium in l. fin. §. Proculus. D. qua in fraudem creditor. Si prius supponas ex sententia ipsius Venulei in §§. antecedent. quod si fundus alienatus fuerit in fraudem creditorum, rescissa alienatione, fructus medio tempore percepti non veniunt in restitutionem, d. l. fin. §. medio, sed qui post iudicium inchoatum percepti sunt, vel alienationis tempore terræ cohærebant; vnde partus ancillæ medio tempore editus, non venit in restitutionem, sed ille qui editus est post inceptum iudicium, vel si prægnans erat cum alienaretur, quo in casu fructus, qui solo cohærebant, & partus, qui in vtero existerant, æquiparantur. At fructus sunt pars ipsius rei, l. fructus 44. de rei vindicatione l. si pendentes 27. in princ. de usufruct. l. si seruus 61. §. locus. D. de furt. Ergo & partus ancillæ pars censetur, vt æquiparatio procedat. † Suffragatur quoque Papin. huius parti duobus in locis. Primo in l. si id quod. 73. de leg. 2. vbi si mihi legetur id, quod ex Pamphila nasceretur, & ego illam eniero, si apud me enixa sit, partus eius ex causa onerosa, id est, ex venditione meus efficitur, non vero ex causa lucrativa, vnde ex testamento petere possum partus æstimationem, tanquam si illum

illam emissem. *l. in bello* 12. §. *final. de captiv. l. non quocumque* 82. §. *Julianus, de leg. 1.* quia secundum iuris regulas, etsi dux causæ lucrativæ cōcurrere non possint circa eandem rem, *l. Manius* 66. §. *duorum vers. non idem de leg. 2.* vna tamen lucrativa, & altera onerosa recte concurrunt §. *si res aliena, Inst. de leg. l. omnes* 17. *de obligat.* & ideo partus regulatur secundum matrem, cuius pars est. †

- 9 Alter Papin. locus est in specie *l. inf. fo. 44. §. c. si possessionis D. de vscap.* in quo scribit, quod si quis bona fide ancillam emerit alienam, si apud ipsum concipiat, licet antequam pariat, cognoscat alienam esse, poterit vscupere partum, quoniam sufficit bona fides, quam habuit tempore traditionis ancillæ; quæ aperte denotant partum esse matris partem, cum bona fides tunc inspicitur tempore traditionis matris, cuius naturam tanquam principalem partus accessorius sequitur. *l. cum principalis* 178. *de reg. iur. cap. accessorium cod. tit. in 6.* † Nec ab hac sententia recessit Iulian. in *l. non solum* 33. *in prin. de vscap.* asserens posse illum, qui furtivam ancillam ignoranter emit, vscupere partum, ex causa qua posset vscupere matrem, si furtiva non esset, ita ut si ex titulo emptio- nis aut legiti matrem habuit, ex eo etiam possit & partum habere; idem repetitur apud Vlpianum in *l. si ego* 9. *idem Iulianus D. de publiciana*, ubi expendenda est particula *ex*, quæ denotat causam immediatam, ut latet tradit Cenedo singulari 30. quod minime posset procedere, nisi partus esset matris pars. † Et ut hanc sententiam ultimo fundemus argu- mento, expendenda est Bruti opi- nio, qui ut superiori §. diximus, par- tum in fructu esse negabat, ex quo deducitur esse partem matris, alias

autem si esset in fructu, arguere pos- semus, ergo non est pars eius, cum eadem res sui ipsius fructus esse non possit, ut notat Cuiacius in *l. partum* 26. *de verb. sign. & Ant. Fab. in d. l. si ego §. interdum, circa finem*, qui avertit quæstionem illam Biui peperisse Marcelli & Scævolæ conventionem circa hunc articulum. Idque agnos- cit iterum Cuiac. in *d. l. si aliena §. Scævola*, & Gæddeus in *d. l. partum numero 3.* ubi etiam Albericus Gen- tilis. Quibus & aliis argumentis huic Marcelli sententiæ adhaeret Pet. de Bellapert. in *l. ancilla* 12. *C. de furtis col. 2.* Castren. in *dict. §. Scævola in princ.* Iason in *l. inter stipulā- tem* 83. §. *final. de verborum obligat.* Cuiacius lib. 15. observat. capite 20. & in dict. §. Scævola, Hotmanus lib. 7. observat. capite 18. Connan. libro 3. comm. capite 15. numero 3. Donel. libro 4. capite 23. & lib. 5. capite 25. & sensus Merillus libro 1. observat. ca- pite 16.

Verum licet hæc & iuris autho- ritate, & DD. assensu fulciatur opi- nio, tamen contraria (scilicet partum non esse rei furtivæ partem) non minorem habet auctoritatem. Eius author fuit Scævola lib. 12. quæst. ut refert Vlpian. in *dict. l. partum* 26. *de verbor. signific. & in dict. l. si aliena §. Scævola*, quem videtur sequens idem Vlpian. cum ibi ultimo loco opi- nionem hanc apposuerit, & in *d. l. qui vas §. ancilla. vers. sed si concepit* eandem insinuare videtur, dum ait, quod si ancilla concepit apud bonæ fidei possessorem, partus furtivus non est, atque ita non erit pars ma- tris, qui si ita censeretur, esset quo- que eo casu furtivus partus, sicut mater. † Scævolæ item adhaeret Celsus in *l. si ancillas* 63. *de leg. 1.* ubi si cum ancillis legetur, quod ex his natum erit, vna mortua partum de-

beri Seruius negabat, quia accessio-
nis loco erat legatus, at hoc reicitur
tanquam falsum, ac proinde conse-
quitur partum nō esse accessionem,
nec partem matris, vt in simili spe-
cie probat l. 4. §. si res (aliās est l. 5.)
de in diem adit. & Paul. in l. si ancilla
62. de leg. 1. & in l. 3. Digest. de pecul.
leg. vbi ancilla cum liberis legata
14 duo legata sunt separata. † Cu-
ius ratio est, omisso Pichard. in §. si
quis ancillas, Inst. de leg. quia (vt di-
ximus §. 1.) sicut partus non est in
fructu, ita neque accessionis loco
debet haberi propter humanæ natu-
ræ dignitatem, l. iustissime 44. de
adil. edit. cum itaque Vlpianus do-
ceat in l. proinde 33. §. fin. D. de illo it. cū
re quæ redhibetur simul redhibere
seruū, qui eite accrescit, & si nullū
sit in eo vitium, explicuit Paulus in
d. l. 44. quando possit seruus accede-
re, dicens propter humanæ naturæ
dignitatem non temere intelligi ser-
uum alteri rei accedere, ideoque si
qua res cum homine simpliciter ve-
nietit, nō intelligi hominem acces-
sionis loco venire, vt nisi ipse vicio-
sus sit, non possit redhiberi. At agi
posse docet nominatim, vt homo
fundo accedat, contempta & veluti
oppressa natura humana (quia non
minus habet iuris dominus in ser-
uum quam in pecudē, cuius nomi-
ne continentur sæpe sapius l. 2. D. ad
l. Aquil. probat Dorleaus ad Tacitū
lib. 2. annal. pag. 233.) quæ conuentio
rara est l. si in emptione 34. de contra-
hend. empr. l. quod si nolit. 31. §. fin. cum
l. seq. de adil. edit. docet Balduin. in
d. §. si quis ancillas † Ex quibus, con-
stat partum matris non censeri par-
tem, quod & in euictione admisit
Paul. in l. si prægnans 42. de euictioni-
bus, vbi si prægnans ancilla vendita
sit & partus euincatur, venditor nō
tenetur de euictione, quia scilicet

partus non est venditus, qui non est
pars matris, aliās si esset actio, locū
haberet l. 1. de euictionibus, & ideo si
vacca emptori euincatur vitulus,
post venditionem natus, non potest
agere ex stipulatione duplæ, quia
non euincitur vacca, neque vltus fru-
ctus; quod denotat non euinci an-
cillam nec partem eius, l. si ab empre-
re 49 de euictionibus, & compro-
batur ex l. vacca 43. D. de illo it. † Vite-
rius facit Paul. in l. 2. D. pro suo. vbi
partus ancillæ hereditariæ aut em-
ptæ, titulo pro suo possideretur, quod
nō admitteretur si esset pars matris,
nam ex ea causa ex qua mater possi-
debat & ipse possideretur, in quā
rem inclinatur Pomp. in l. 4. D. pro suo
inquiens partum esse ancilla futuri
susceptum pro suo posse vsucapi, et-
go si esset pars matris non posset (de
qua te agemus infra §. 4.) Et id qui-
dem confirmatur in l. inter stipulan-
tem 83. §. fin. de verb. oblig. si præsup-
ponas, promissorem hominis sistēdi
in eodē statu, & causa sistere debere
l. 1. & pen. D. si ex noxali causa l. si quis
quendam 11. D. si quis cautionibus, at
si quis ancillam prægnantem in ali-
quo loco sistere promittat, in eadem
causa eam sistere videtur, quamuis
sine partu eam sistat. † Neque ab-
horret ab hac sententia Papin. in l.
4. D. de vsuris, docens quod si quis
rem tradere promittit, non tenetur
tradere partum rei: ex quo colligi-
mus non esse partem, quoniam si
esset, ex illa obligatione teneretur
tradere rem & partem, si dixit vacuā
possessionem tradi, at Papin. tenet
air, quoniam illa stipulatio continet
quoque rei causam, & ideo compre-
henditur partus. † Rursus & id pro-
bate videtur D. Aug. libro 6. contra
Iulianum cap. 4. relatus in cap. si ad
matris 114. de consecratione dist. 4. his
verbis: si ad matris corpus id quod in
ea

ea cōcipitur, pertineret, ita ut eius pars deputaretur, non baptizaretur infans, cuius mater baptizata est, non itaque ad maternum corpus cum esset in utero pertinebat. Cui adde Tiraquel. in l. si vnquam verbo *susceperit*, numer. 13.

- 19 † Similiterque considerabis, quod si pars matris censeretur filius, etiam & pars patris dici potuisset, vt in l. si. *C. de impuberum. §. ei vero, Inst. de inutilib. l. quod dicitur 130. de ver. obl. l. cum scimus. 22. §. final. C. de agricolis lib. 1. ubi: cum enim pars quodammodo corporis eius in fundo remanebat. Confess. Amstot. relatus à Petr. Gregor. l. b. 11. Syntag. cap. 8. numer. 6. †*
- 20 Vnde nec cum filio agere potest furti pater non magis quam cum seipso, *l. nec cum 16. de iuris*, ad quam identitatem alludit Nero apud Senecam in Octauia. act. 2. in fine.

Cum portet utero pignus, & partem mei.

Et Ouid. in epist. 7. Didonis ad Aeneam,

Partisque tui latent corpore clausa meo.

Et filij dicuntur viscera parentum ab Artemidoro, quem refert Megillus lib. 3. obseruat. cap. 4. & membra parentum Saluian. lib. 3. de gubernatione Dei; at nemo sanus affirmabit filium debere regulari secundum partem, vt tanquam pars eius accipiat, ergo idem in matre dicemus.

- 21 † Neque ratione naturali deitura est Scruolæ opinio, nam foetus dum est in utero, neque est, nec dici potest pars matris, pars ita se habet ad totum, vt sine illa res mureret, vel saltem imperfectior reddatur, at foetus potest adesse vel abesse à matre sine vlla subiecti mutatione, ergo non est pars ipsius cum alijs nec mater sine filio, nec filius sine matre esse posset, sicut homo sine capite non erit, vel sine brachio, dicitur

integrum corpus & separatis corporibus quibus ædes constar, vniuersitas ædium intelligi non potest. *l. cum qui 23. D. de vscapion. Congruit Galen. lib. 1. method. cap. 1. docens animal idem esse partem & membrum: cōstare autem foetum nullum membri munus matri præstare, alioquin enixa reputaretur mutila, vt pote membro spoliata. Et vt idem Galen. supra ait, pars est quidquid totum complet & integrat. Quis autem dixit foetum complete aut integre foeminam, quæ efficitur quam foeta completum quoddam & integrum animal est. Quibus & alijs rationibus hanc partem tenentur fere omnes post Bart. in l. 4. §. lana n. 2. de vscap. Aleiatius in l. partum. vbi Gædæus num. 3. & 4. Ofual. ad Donel. lib. 4. cap. 23. lit. B. Bened. Pinell. lib. 2. select. cap. 1. n. 8. 14. & 35.*

Proposui musiam vtriusque opinionis fundamenta, quæ satisancipnem reddiderunt hanc questionem ob id vt credo, magna appellata ab Vlpian. in d. l. si quis 7. §. si ancillam de except. res indic. & cuius difficultas Interpretes in contrarias partes scidisse videtur. † Quare at-
tentius re pensata, indico veritiorem esse opinionem Scruolæ, & sic partum non esse dicendum matris partem. Nec cōtraria argumenta nos debent ab hac sententiā remouere, & nō prima cōsideratio Iupiani. 2. animadu-
uersa, nam Marcelli sententiā repro-
batur in d. §. Scruola neque ex ratio-
ne mouetur Vlpian. in d. §. ancilla,
vt infra dicemus §. 3. † Et quamuis
vera esset sententiā Marcelli, nō po-
test procedere argumentum de ro-
to ad partem, quando totius & par-
tis diuersa est ratio; notat Accor. in
l. sed si leg. 25. §. adco. verbo *simuliam*.
D. de petitione hereditatis. Tit. qu. de
retractu §. 1. gl. 7. n. 46. Et iterum in

locis legalibus loco 80. per l. cum in debito 25. §. sed hac ita. D. de probat. l. Papinianus 8. sed neque impuberis D. de inofficio. at non esse eandem rationem & ancillæ & partus certum est, cum ipsa propter vitium futuri-
 25 tatis non possit vſucapi, at partus vſucapi potest. † Neque obſtat quod portio dicatur matris in dict. l. 1. §. ex hoc reſcripto de ventre inſpiciendo, nā reſpondendum eſt, ſortum dum eſt in vtero, nihil reputari quoad effectum aliquem faciendi, d. l. in Falci- dia 7. D. ad l. Falci. & quamuis pro-
 natu habeatur l. qui in vtero 7. & 26. de ſtat. hom. l. intelligendum 153. de ver. ſignific. hoc tamen receptum eſt ſi-
 ctione quadam iuris, quæ eum ha-
 bet pro nato, cum de commodis ip-
 ſius agitur. Verum tamen ei ita om-
 nia iura integra reſeruantur ſi na-
 tus fuerit, l. antiqui 2. ibi: In tempus
 naſcendi D. ſi pars hereditatis peratur
 l. 3. ex his. ibi: ſi naſcantur. de inſtro-
 rupto. l. vtrum 7. in princ. de rebus du-
 biis: antea verò quam naſcatur nihil
 eſſe intelligitur, ſed quandoque
 portio matris, quandoque venter
 nuncupatur, l. cum quidam 32. §. 1. l.
 ventre 84. de acquir. heredit. dict.
 titul. de ventre inſpic. cum ſequent. l. 1.
 §. ſocius. & §. generaliter 15. de ventre
 in poſſeſſ. mittend. iuncta l. fin. de collat.
 & l. fin. de aſſignat. liber. Quibus ad-
 iicies Ant. Fab lib. 9. coniect. cap. 2.
 Pichard. in princ. Inſtit. de pupillari
 num. 67. & in §. poſthumi, Inſtit. de
 exheredatione num. 9. Tiraq. in l. ſi
 vnquam verbo ſuſceperit num. 144.
 & ſeq. & alios reſclaros à Gutierrez.
 in §. ſui numer. 18. de hered. qualir.
 Sarmien. in l. in ſuis num. 6. de liber.
 26 & poſthum. † Vnde cum ſecundum
 veritatem portio conſeſcat eſſe ma-
 tris, ſi non ſit natus, nihil erit diſpo-
 ſitum, & ideo ante natiuitatem ni-
 hil erit, l. 2. §. qui autem 6. de excuſat.

L. quod dicimus. 231. de verb. ſignific. vbi
 qui in vtero eſt, non prodeſt patri
 ad excuſationem tutelæ, & confe-
 quenter recte dicitur portio homi-
 nis, quia portio hominis non eſt
 homo. Quare Stoici negabant hem-
 brionem eſſe animal, non tamen ne-
 gabant eſſe portionem matris, vt
 ait Galenus lib. de hiſt. Philoſoph.
 & hoc ſenſu dicitur ſpes animantis
 in dict. l. 2. de mortuo inferendo: atque
 ideo quoad interdictum & Senatus
 Conſultum de liberis exhibendis de
 quo agitur dict. §. ex hoc reſcripto, cē-
 ſetur pars matris, cum non appareat
 quid exhibere debeat vel agnoſci:
 ita inſinuat Accuſ. ſibi verbo portio.
 Gæddes in dict. l. partum num. 4.
 Oſuald. dict. cap. 25. littera B. Pinell.
 d. cap. 1. num. 35. & latius Cuiac libro
 19. quæſt. Papin. in dict. l. 9. ad l. Fal-
 cid. & in d. l. 2. de excuſat. verſ. alie-
 ra cauſa. † Et hoc modo accipien-
 27 dæ ſunt reliquæ leges & loca Philo-
 ſophorum, vt ad tempus quo in v-
 tero eſt ſortus referantur, in quo nō
 conſideratur à Iure Conſultis par-
 tus, tanquam quid exiſtens in rerū
 natura, ſed tanquem corporis ma-
 terni pars, vt conſtat ex dict. l. ſiquis.
 7. §. de fruct. bus ibi, hac enim nondum
 erant in rebus humanis Dig. de except.
 rei indic. Quod minime proficiet
 ad vſucapionem, nam aliud eſt poſ-
 ſidere partum tanquam partem ma-
 tris in vtero exiſtente, aliud tan-
 quam quid ſeparatum per natiuita-
 tem, hæc poſſeſſio prodeſt, illa ve-
 ro minime l. eum qui 23. in fin. de vſu-
 cap. & ideo non incipitur partus
 poſſeſſio vſque dum natus eſt, dict.
 l. ſi ergo 11. §. partus de Publiciana, ibi:
 & iam ſi ab eo poſſeſſus non eſt. obſer-
 28 uat Pinel. ſupra. † Hincque dicitur
 mulier, quæ ſibi partum abegit, ſuis
 viſceribus manus inferre in d. Cicero
 de parit. 2. cum aliis, vbi punitur
 quali

quasi infanticida, non quod animal seu infantera occidisset, sed spem animantis d. l. 2. de mortuo inferend. Iva eleganter ait Teitullianus in Apologetico cap. 9. num. 130. Nobis vero homicidio interdicto etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet, homicidij festinatio est prohibere nasci, nec re- fert natam quis eripiat animam. an na- scentem disturbet, homo est, & qui est futurus & fructus omnis tam in semi- ne est.

29 Sequitur ut explicemus d. l. si quis 7. §. si ancillam, pro Marcello addu- ctam num. 5. ubi qui petit ancillam prægnantem, si postea partum pe- tat, exceptione rei iudicatæ submo- uetur. In qua traditione videtur si- bi repugnare eadem lex in §. de fru- ctibus. in cuius specie cum docuisset Vlpian. eandem esse quæstionem de fructibus ac de partu, adiecit, quod si partum post ancillam petie- rit, exceptio non nocebit, tanquam si quid diuersum petiisset. Quæ dif- ficultas coercuit Accurs. in dict. §. de fructibus. illa verba ut ista exceptio non noccat mutare & sine negatione legere exceptio noccat. Quam lectio- nem sequutus est Barr. in dict. §. an- cillam, & Grotius. in d. §. de fructibus littera P. & videtur eam amplecti Donell. lib. 22. comment. cap. 5. Co- rondasibi, & Zangerus de except. 3. part. cap. 17. num. 30. Iuxta quam li- teram sensus Vlpian. erit, quod si fundum petij sine fructibus & post petitione in eotu seuisti, si in peti- tione succubui, & postea voluero nouo iudicio fructus petere, non potero hoc facere, quia obstat mihi exceptio, cum ex eadem causa petam, neque interesse aiunt, an fru- ctus vel partus nati fuerint tempo- re, quo lis tractabatur circa petiti- onem ancillæ vel fundi, an postea, nã

ex eo quod petiit fundum vel ancil- lam, nõ petiit rem diuersam, sed rem ad illud corpus pertinentem. † Hæc 30 tamen interpretatio apta non est, & ei repugnat Florentina & vulgata lectio: quare recte eam improbat Osualdus ad Donell. dict. lib. 22. ca- pit. 5. lit. G. siquidem cõtextus ipsius §. de fructibus, negationem necessa- rio exposcit, ut patet ex illius verbis, hæc enim nondum erant in rebus hu- manis. in quibus sic arguit I. C. si post iudicium prius nati sint fructus, nõ possunt videri petiti, quia eo tem- pore non erant, ergo exceptio non nocebit, cū de illis non fuerit actum nec cogitatum. Secundo id compro- batur in vers. plane. ubi cum ponatur casus omnino diuersus, indicatur in principio dixisse exceptione non nocere. † Quare omisso Cumano 31 in d. l. 7. n. 3. idem Osual. rectius do- cebat ob stare exceptionem rei iudi- catæ partum petenti, in d. §. si ancil- lam, non quod sit pars matris, in cuius petitione succubuit, sed quod ancillam prægnantem petiit, quo casu cū semel partum in iudiciū deduxerit, si postea eum petat repelle- tur, quia eandem rem petit. d. l. 7. §. & generaliter. Quod idẽ & in fructi- bus eueniet, si quis fundū cum fru- ctibus petierit, & postea post litem contestatam fructus nascantur, tunc exceptio rei iudicatæ nocebit peti- tori. At quia in d. §. de fructibus res simpliciter petita est, scilicet ancilla sine eo quod peteretur prægnans, vel fundus cū fructibus, tunc si post litem contestatā ancilla conceperit, & pepererit vel fructus nascantur, non nocebit exceptio petitori. Ne- que obstat dict. §. si ancilla, ibi, & post litem contestatam conceperit. Qui indi- cat partum tempore contestatio- nis non fuisse in rerum natura (si- quidem mater non erat prægnans)

& consequenter non debuisset ob-
stare exceptionem, vt in d. §. de fru-
ctibus, vbi non obstat exceptio, quia
fructus non erant satis tempore litis
contestate. Respondendum itaque
est in d. §. si ancillam petiū esse par-
tum, quia intelligebatur mater esse
prægnans, & sufficit si postea concipiat
& pariat, argum. l. si quo 41. de pe-
titione hered. l. si autem 27. §. 1. de
rei vindic. iuncto Osual. lib. 2. cap.
3. littera B. At vero in d. §. de fructi-
bus, petitos non fuisse fructus, vt dixi:
vnde non ea ratione in d. §. si an-
cillam exceptio nocet, quod sit par-
tus pars matris, sed quia fuit iam in
iudicium deductus; & vt noceat
exceptio sufficit, vt ait l. Consultus,
apud iudicem posteriorem de eo
queri, de quo actum est in priori iu-
dicio; quare cum fuerit in eo de par-
tu actum, in secundo nocet exce-
ptio.

³² Secundo non obstat pro Marcel-
lo adductus Pomponius in l. quam-
uis 10. de precario cum similibus, vbi
precatio concessa ancilla, vel pignori
data, etiam & partus in eadem cau-
sa censetur. Pro quibus facit l. sed ad-
est. 19. §. si quis mulierem D. locat, vbi
si pro vehenda muliere in nauē datū
sit aliquid, si ibi pepererit pro in-
fante nihil debetur, ergo quia eius
partus est. In cuius confirmationem
adduci potest Vlpian. in l. 1. §. si cista.
D. de positi. l. 1. §. inde apud. D. nauis
caupones. Verum ex contrario est iure
Consultus in d. l. 1. §. qua de positi. D.
de positi. l. si vi certo. §. vique adeo D.
de commodati. l. eius qui 14. §. non so. in.
D. de furtis. Vbi quæ accedunt rebus
depositis, vel quæ nascuntur ex re-
bus commodatis, neque deposita,
neque commodata censentur. Quā
difficultatem prætermisit Accur. qui
corruptè litteram dicit. l. quamuis ex-
plicat, vt ex positione casus ani-

maduertitur, & ex concordantibus
ab eo adductis iuribus, & addita ne-
gatione, partum in causa precarij nō
esse existimabat; quæ lectio abest ab
omnibus codicibus. & in Florenti-
nis affirmatiue scriptum est, in eadem
causa haberetur, vt notauit Albencus
ibi, quem sequitur etiam Gotofre-
dus. ¶ Vnde dicendum est in specie ³³
dicit. l. quamuis, ideo ancilla precario
concessa, partum quoque concessum
videri, quia id actum est inter
cōtrahentes (ait Pomp.) vt id quod
inde natum erit, in eadem causa ha-
beretur. Sed quare id precario pro-
cedat, à nemine (quod sciam) expli-
catum vidi. Non ea est ratio, quia
partus sit matris, vt Marcelli assertores
dicebant, sed vt existimo, quoniam
precarij rogatio sua natura transfert
possessionem, l. 4. §. 1. certe 6. §. si
qui l. & habet 15. §. an is quoque D. de
precario, l. 3. §. ex contrario, l. interdum
2. §. si l. qui pignoris 36. de acquirē-
da possessione. Notat Ant. Gomez in
l. 45. Taurin. 100. vers. dubium tamen
est Suarez in notis ad eundem tom.
2. var. cap. 7. Duar. ad tit. de precario
cap. 3. Pet. Gregor. lib. 23. Syntagm.
cap. 1. mu. 7. & 8. Pichardo in §. item
is cui. ex num. 30. Instit. quib. modis
recontrahitur, Tiraqu. de iure con-
stituti. part. num. 4. & seq. Cum er-
go effectus hu. us possessionis sit, vt
fructus suos faciat & lucretur acces-
siones & causas illius rei, quæ preca-
rio concessa est, arg. l. qui fecit 25. §. in
alieno D. de vsuris, obiteruat Gomez
in d. l. 45. numer. 106. inde videbatur
quoque comprehensus partus. Ve-
rum, quia ipse neque est in fructu,
vt diximus §. 1. neque accessio ma-
tris, non est credendum voluisse
eum, qui precario concessit, vt par-
tum acquireret, sed quod in eadem
causa precarij haberetur, & quam-
uis precarium sit species liberalita-
tis

tis l. l. inter dum 14. D. de precario. d. l. cum qui. §. is qui. n. de furtis. non ita accipiendum est, ut etiam partus concessi & donati videantur, sed magis id actum videtur, ut in eadem causa maneat partus, in qua manet ipsa mater, non vero ut libi lucretur, qui precario eadem rogauerat.

- 34 † Quomodo procedit d. l. 1. §. inde apud cum l. 4. §. P. in ian. Dig. nauta caupones, ubi si nauta merces receperit vehendas, cum saluas eas teneatur reddere ex illo edicto, id locum habet, ut non solum res quas accepit restituere debeat, verum & quæ fuerint mercium accessoria, adeo verba edicti ibi, quod cuiusque saluum fore receperis, sunt generalia, ut non tantum merces comprehendant, sed & omnia quæ eisdem accedunt. Sic in d. l. 1. §. si cista. agitur & pro his rebus, quæ in cista etiam signata continebantur, quoniam ut contra Trebatium Labeo censebatur, qui cistam deponit non solum eam deponit, verum etiam & res in ea contentas, cista est vas in quo vestes asseruantur, Cuiac. libr. 8. obseruat. cap. 1. & ideo non tam deponitur ipsa quam species, quæ in ea continetur, vnde depositarius de eis tenetur, notat ibi Castren. nu. 2. † Ad d. l. sed ades §. si quis mulierem, ultra Castrensem ibi. num. 3. respondendum est, pro infante non solui veduram, quia quousque lactatur cum in matris sinu semper sit & sub vberibus, nullum aliud occupat locum in navi, nisi quem mater occupat, atque ideo tanquam vestis ipsius matris censeatur d. l. 4. §. P. in ian. in fin. addit etiam I. Consultus, quia eius vestitura magna non est, id est, tam modici ponderis est, ita paruum infans locum occupat, ut de eo curandum non sit, arg. l. in modici 24. de contrahenda empt. l. omnia

12. D. de impensis in rebus dotal. iunctis traditis à Menochio de arbitrariis, casu 52. & casu 135. Tiraqu. in l. si vnaquam verbo omnia ex n. 6. & 31.

Neque his negotium facit d. l. 1. 36 §. que deposita, cum similibus. Cui solet responderi idem in commodato & deposito considerandum esse, quod in precario, ut scilicet commodata vel deposita ancilla, id quod ex ea natum est, censeatur depositum vel commodatum ex eo quod fuit mater deposita aut commodata. Ita docet Connanus libr. 7. comment. cap. 40. numer. 14. Iulius Pacius de contractibus tractatu 4. de deposito cap. 8. in fin. Hæc tamen sententia mihi minus arridet, vetiusque autumo cum Accurs. in d. l. quamuis, verbo haberetur, commodata re aut deposita, accessorium non videri in eadem causa habitam. Cui sententiæ subscripsit etiam Fulgosius in d. l. si ut certo §. vsque ad eod. & clare probatur in d. l. eius qui. §. non solum, ubi si equa fuerit commodata, equuleus qui eam sequebatur, commodatus non est. Neque enervat difficultatem, si adhibeas distinctionem inter ea, quæ ex re commodata agnata sunt, veluti partus ancillæ; & inter ea quæ rem ipsam comitabantur, cum commodata fuit, veluti vestes quibus induebatur ancilla, vel capistrum equæ vel equuleus matris sequela; ut quæ agnata sunt commodata videantur, non vero reliquæ, quæ rei depositæ accessoria erant, cum contractus factus est. Nam eam doctrinam respuunt verba d. §. non solum. Vbi ea ratione conceditur actio furti ei, qui rem commodatam accepit in re agnata ex eadem, quia & huius custodia ad eum pertinet. Quæ ratio aperte insinuat non contineri rem agnatam commodato rei principalis,

licet adhuc custodia eius ad cōmodarium pertineat, & in confirmationem adducit exemplum I. Consultus in veris. *nam uis*, ut scilicet possit agi in casu precedenti vestis eius nomine, quamuis non censeatur commodata: ergo ratio dubitandi in primo casu fuit, quoniā non censebatur agnata ex re commodata in eadem causa esse, aliās si essent, neque similitudo illa necessaria erat, & vestis serui & equulei equam sequentis. † Secundo facit pro nostra sententia, nullam differentiae rationē reddi inter res quæ agnatæ sunt ex rebus commodatis & inter eas quæ cum eis traduntur, cum magis capistrum cum equo, equuleus cum matre, vestis cum seruo deposita vel commodata videantur, arg. l. *ediles* 38. in princ. & §. *vendendi*. 11. D. de ad. ed. 12. ubi equo vendito, sella & frænum venditioni cedunt. ut recte post Accurs. ibi notauit Fulgosius num. 1. & reliqui DD. quos late recenset Ant. Gomez. 2. tom. variar. cap. 2. num. 15. Acebedo in l. 34. num. 24. tit. 18. lib. 9. recop. Gutierrez de

38 Gabellis lib. 7. quæst. 77. num. 14. † Ultimo considero maiorem dubitationem versari, an accessorium rei depositæ vel commodatæ in eadem causa habendum sit, quā an ex rebus eiusdem, quod agnatum est, sequi deberet earumdem conditionē. Cum deponit depositarius equum cum capistro vel seruum vestitum, videbatur illam rem tanquam accessoriam deponere, & eo ipso quod equum tradit, etiam tradit & capistrum: at vero cum equam vel ancillam deponit, tunc cum nō sit agnatus pullus vel partus, in consideratione non est, dum in vtero permanet, ut diximus supra; post natiuitatem vero cum iam celebratus contractus sit, omnia remanent in eo

statu, quo fuerant antea, atque ita minime censeatur tunc deposito vel commodato accedere, quia inter contrahentes actum non videtur, nec de nouo nunc aliquid agunt.

Quare differentiam constituen- 39 dam existimo inter precarium & depositum seu commodatum, ut in precario id actum videatur inter contrahentes ut partus habeatur in eadem causa ac mater, quod non in deposito vel commodato procedit. Ratio meo iudicio dependet ex dictis supra num. 33. & sequent. nam in deposito custodia tantum transferatur, l. 1. in princ. D. depositi. l. 3. C. eod. in cōmodo vero vltimum tantum. Vnde in eis cōtractibus nō trāsferatur possessio l. officiu 9. vers. deniq; de rei vindicat. l. rei 8. D. commodati. (de quorum iurium explicatione videndus Donel. lib. 20. com. cap. 3. ubi Ofualdus lit. G.) l. licet 17. §. rei. D. depositi l. interesse 39. Dig. de acquirend. possess. (cum interpretatione Donell. libr. 5. comment. capite 13. & ibi Ofualdus littera F. Castillo libro 3. controuerf. capite 16. à numero 15.) notant in proposito hanc differentiam constituentes Anton. Gomez tom. variar. capite 7. numero 1. Pacius de contractibus tractat. 3. capite 2. numero 7. in fin. & tractat. 4. capite 2. numero 8. Pichard in dict. §. item is cui. ex numer. 25. & in §. præterea numero 14. Infit. quibus modis re contrah. Quod recte suaderetur ex natura depositi cui repugnat rem custodiæ causa ponere, & hanc nos amittere, & ideo deficit ratio, ob quam in precario habetur partus sicut mater, nam eius causa fuit possessio in precarium translata: in illis vero contractibus solum inspicitur persona deponentis, vel commodantis, cui tanquam domino & possessoris, quæ postea accedunt, acqui-

acquiruntur, & cum sui animi destinatione attendatur, & natura contractus, certum est non voluisse aliud commodare, vel deponere preter ipsam rem, quam ita dedit, licet ad custodiam teneatur qui acceperit, etiam & rei accessoriae d. §. vsque ad eo. cum similibus.

40 Sed quam ob rem in pignorata ancilla, partus quoque in eadem obligatione habeantur in l. i. C. de partu pignoris l. 16. tit. 13. part. 5. cum aliis propositis supra in princ. cognitu difficile est, ut patet ex Donel. & Cuiac. ibi, & l. b. respons. Pauli in d. l. 29. §. 1. de pignoribus, & lib. 29. ad edictum in d. l. 18. §. 1. de pignor. act. & lib. 49. Digestorum Iuliani in d. l. 1. de Saluiano interd. Pacio de contractib. tract. 5. c. 6. n. 72. Gotofred. in d. l. 1. Molina de iust. & iur. 2. tom. disp. 329. Ant. Fabr. de err. dec. 19. err. 8. & seq. In qua re, constituenda est distinctio, quam tradit Paul. in d. l. 1. Paulus 29. §. 1. de pignor. ut partus nati ex ancilla pignorata, qui penes ipsum debitorem eduntur, vel nascuntur, vel apud eius heredem, tacite pignori esse credantur, d. l. fiducissor 26. §. fin. l. grege 13. l. si fundus 16 de pignoribus. d. l. 1. C. de partu. quod ea ratione videtur, non quia ancillae pars censetur partus, ut perperam existimant Donel. & Cuiac. ibi, sed quia id tacite videtur inter contrahentes ac-

41 tum. † Quemadmodum fructus, qui ex praedio pignorato percipiuntur, tacite intelliguntur pignori esse *Lin praedy 7. D. an quibus caus. pignus l. quamuis 3. Cod. l. si in lege 24. §. si colonus D. locati.* Observant Connan. lib. 4. comm. cap. 16 n. 5. Menochius de adipisc. remed. 3. ex n. 114. Pancorbinus lib. singulari obseru. c. 50. pag. 248. Morla in empt. tit. de locato. q. 3. per totam Pichar. in §. item

Seruiana nu. 16. Inst. de action. Ant. Fabr. de error. decad. 1. err. 1. ex numer. 31.

Adhuc superest disquisitio de 42 partu rei pignoratae, quare dicatur inter contrahentes actum, ut in eadem causa pignoris sit, nullus discossit; ea tamen mihi videtur ratio, quod cum per pignoris constitutionem creditor ius in re habeat l. pignoris 18. C. de pignoribus. l. si fundus 16. §. in vindicatione. l. pignoris 17. D. cod. l. eos 9. C. qui posteriores, actum creditur inter contrahentes, ut idem ius sit etiam & in accessoriis, siue in illis, quae ex rebus pignoratis prouenerunt, quod erat in principali, nam etsi nulla res pignori sit, nisi quae generaliter aut specialiter obligata est, l. quamuis 17. C. de pignor. tamen cum in bonis debitoris sit pignus, omnia quae ex eis nascuntur, intelliguntur affecta cum illa causa, arg. d. l. si conueneris. 18. §. si fundus, de pignorat. act. l. 1. §. cum praedium in fin. l. & quae in 15. §. quod dicitur de pignor. l. potior. 11. §. si de futura D. qui posteriores. l. fin. §. non solum cum seq. D. quae in fraud. cred. Idque multo magis erit, quando possessio pignoris in creditorem translata est, l. si pignus 37. de pignorat. act. l. res 37. de acquir. poss. Quod alia pars distinctionis à Paul. tradita in d. §. 1. confirmat, dum ait, id non procedere quando ancilla peperit apud alium dominum, quae tunc non erat in bonis debitoris. † Cui traditioni obstat d. l. 1. de Saluiano. d. l. si conueneris 18. §. si fundus, inuncta l. a senaria. 67. de contrab. empt. ubi etiam si in potestate emptoris natus sit partus, adhuc quoque videtur obligatus. In qua difficultate Cuiac. in d. l. 1. de Saluiano, & in d. l. 1. C. de partu, existimabat rem ita componendam esse, ut partus ancillae pignoratae editus apud emptor-

rem, non veniat in pignoris obligationem proprio iure taciti pignoris, quia nunquam fuit in bonis debitoris, licet sit apud eum conceptus, quo tempore non est in consideratione, vt diximus supra, & quo ad hunc articulum non inspicitur nisi tempus natiuitatis. At quo ad actionem hypothecariam, qua persequitur creditor rem pignoratam, recte dicemus venire fructus, & partus edictos apud emptorem, vel iure expressi pignoris, si ita nominatim conuenit d. l. i. §. cum pradium. l. debitor 32. de pignoribus, aut venire officio iudicis tanquam obligatos, si etiam extent, & res principalis non sufficiat creditori, argum. d. l. si fundus. §. in vindicatione in fine. Quæ sententia mihi non placet, quia si conceptus est partus cum vendita fuerit ancilla, tunc verius arbitror ad creditorem iure pignoris pertinere, licet apud emptorem edatur, & cum vendita est ancilla, in bonis quoque debitoris fuisse creditur partus d. l. fin. §. non solum D. qua in fraud. credit. ancilla l. vel vino. 7. D. de suis & legit. Secundo, illa iura minime conueniunt cum hac interpretatione, quæ de officio iudicis non loquuntur, sed indistincte aiunt, non remanere obligata, quæ apud emptorem nata sunt. Neque item acquiescere possum diuinatoriæ Ant. Fabr. interpretationi, qui d. dec. 39. err. 9. procedere ait Iul. in d. l. i. de Salu. iuxta terminos l. quod si 31. §. si ancilla de adil. edit. ad quos nescio quomodo Iul. respexerit, qui tractabat an contra emptorem ancillæ pro partu locatori daretur interdictum Saluianum. Quid hoc eominus habet cum redhibitoria actione? in qua si agatur ad resoluendum contractum, ita sit resolutio tanquam si non fuisset cele-

bratus l. 3. de contrahend. empt. l. si hominem 19. de vsucap. & ita non est mirum si omnia restituantur l. cum autem 23. §. fin. de adil. ed. quomodo procedit d. §. si ancilla.

Retinere itaque cogor, licet re 44
fragante Ant. Fabr. sup. & err. 4. dec. 60. Accursij solutione in d. l. Paulus §. i. verbo peperit, & in dictis iuribus, quam sequitur Gotofr. ibi lit. E. & Menoch. d. remed. 3. num. 53. Donel. tract. de pignor. cap. de pignore conuention. Qui distinguunt inter partum conceptum apud debitorem, edictum tamen apud emptorem; & inter partum conceptum, & edictum apud emptorem. Primo casu obligatus manebit, quia in bonis debitoris fuit d. l. vel vino. d. §. non solum. In qua specie loquitur d. l. i. de Saluiano, & d. l. si conuenierit. 18. §. si fundum. Secundo vero casu non erit obligatus partus d. l. Paulus §. i. quod indubitatum est iure nostro regio ex l. 16. tit. 13. p. 5. Et ego ex eo probari præter laudatos existimo, quia in d. §. si fundus, ait Consultus; transire fundum pignorum cum sua causa, sicut transit partus ancillæ natus post venditionem, ac hoc exemplum non potest adaptari præcedenti casui, nisi dicamus partum iam esse conceptum ante venditionem, alias non diceretur transire, quod nondum erat in rerum natura, argum. l. Titius 6. §. fin. cum l. seq. de suis & legit. partus quippe conceptus iam tunc censetur esse in rebus humanis l. i. §. sciendum §. ver. idem. in fin. D. de suis & legit. l. i. §. si quis proximior 8. D. unde cognati. Quibus diluitur difficultas, quæ cõegit Fabrum d. err. 4. emendare d. §. si fundus, & loco vocis sicut legere fecus. Nec minus 45
in d. l. i. de Saluiano, cõstat conceptum fuisse ante venditionem partum cum reddatur

reddatur ibi utile Saluiantum interd-
dictum, quod tunc competit, quan-
do quis experitur de rebus coloni
iure taciti pignoris pro mercede
fundi, docet Cuiac. lib. 5. obseruat.
ca. 24. Menoch. & alij relati à Pich.
in d. §. item Seruiana nu. 30. Bald. &
reliqui in §. sequens nu. 23. Instit. de
interdictis late Ang. Fabr. de error.
dec. 5. et. 8. quod interdictū nihil
aliud requirit nisi probationē sim-
plicis possessionis coloni, utile vero
datur contra extraneum possessore
earum rerum, quæ locatori tacite
sunt obligatæ l. 1. *de precario* Pich.
supra n. 31. in quare sufficit proba-
re eam possessionem fuisse à colono,
quod tamen non potest fieri, nisi
partus saltem conceptus esset, cum
dicat expresse Iulian. natum fuisse
apud emptorem. Conducunt iura
supra adducta. ¶ Neque existimet
quis diuinationem esse accipere d.
46 *Paulus* §. 1. eo casu quando con-
cepit, & peperit ancilla apud emp-
torem, in quo non est obligatus
partus, id eundem euineitur ex eo,
quod dominus fuit, qui obligauit,
tamen dicitur ibi partus esse obli-
gatus, si dominium eius ad debitore
peruenit, quod tamen dominium
censetur peruenisse siue conceptus,
vel editus sit apud illū, quia, vt dixi,
in bonis est eius d. l. fin. §. non solum,
cū similibus: ergo d. §. *primus*, vers.
ceterum intelligi debet quando de-
bitor nō habuit dominū, sed emp-
tor, at hoc non potest contingere,
nisi quando conceptus, & editus est
apud eundem emptorem: ergo Paul.
de concepto, & edito penes empro-
47 rem aperte loquitur. ¶ Vt sic non ad-
mittas eorum cogitationes, quid
procedere arbitrabantur propter li-
bertatem pignoris, cuius fauor effi-
cit, vt contra iuris regulas hic par-
tus nō intelligatur obligatus, quod

fane non potest adaptari dicto §. 1.
vbi non propter libertatem ait Cō-
sultus non manere obligata, quæ
nascuntur ex rebus pignoratīs, sed
quia concepta & nata apud empto-
rem, nunquam fuerunt in bonis de-
bitoris, l. in ciuili 12. *C. de rei vindica-
tione*, iuncta l. 3. l. & que 15. §. 1. d. pign.
l. ante 23. de probat. Neque est in con-
sideratione dicere posse partum sic
impediti, ne perueniat ad libertatē,
si forte velit emptor eum manu-
mittere, l. 3. *C. de seruo pignoratō*; nam
præterquam quod hoc non debet
attendi, a g. in l. cum in debito 29. de
probat. & etiam hoc efficere posset
contentiente creditore l. 4. *C. si sit*.
non debet emptor de hoc queri, cū
transeat partus, qui iam fuit in bo-
nis debitoris cum sua causa, d. l. si cō-
ueniet §. si fundus. Neque obstat d. l.
3. quæ loquitur in hypotheca expres-
sa, vbi seruus impeditur manumitti,
non vero procedit quando partus
etate tacite obligatus, vt in nostro
casu, in quo valida est manumissio
l. 2. *C. de seruo pignori dato*. ¶ Ex qui-
bus venit explicandus difficilis Pauli
locus lib. 2. sent. tit. 1. vers. actus. Qui
ait, vt partus vel foetus teneantur,
necesse esse vt inter contrahentes
ita sit tantum nominatus, quod in-
telligi de fructibus, vel partibus,
qui concepti, & editi fuerint apud
tertium possessorem, vel de ijs, qui
nati sunt ante pignoris obligationē,
vt docet ibi Cuiac. & in d. l. 1. *C. de
partu*. Vel mecum dic, inter contra-
hentes pignoris expressi iure partus
non teneri, nisi nominatim de eo a-
gatur, l. debitor 32. de pignoratibus. Vin-
de inferes, quam inanis sit doctrina
eorum, qui in hoc articulo separa-
bant fructus à partibus, cum eadem
admittantur in eis, iuxta dicta iura,
notat Cuiac. in d. l. in princ. & dixi
supra num. 40.

49 His veluti manuducimur in explicatione d.l. fin. §. Proculus D. qua in fraud. cred. quæ pro Marcello allegata est supra num. 7. vt probaret partum esse matris partem, ex eo quod si ancilla prægnantis in fraudem creditorum alienata reuocaretur alienatio eodem modo, quo in restitutionem veniunt fructus terræ coherentes, ita & partus. † Pro cuius explicatione animaduertio in fraudem creditorum alienata reuocari rescissa traditione per actionē Paulianam, perinde ac si semper in bonis debitoris mansissent, & ab eo nunquam essent alienata. §. si quis in fraudem Instir. de act. toto tit. D. qua in fraud. credit. l. i. C. de reuocandis 131, quæ in fraudem. l. videamus 34. §. in Fabiana, de vsuris. Pich. in d. §. in fraudem, & in §. et si in rem num. 5. & 71. Instir. de offic. iudic. Ant. Fab. lib. 10. coniect. ex cap. 14. Osuald. & Donel. lib. 23. com. cap. 18. Cuiac in l. 78. de reg. ior. Schfordeg. libr. 1. tract. 8. per totum. † Vnde cum partus eo tempore, quo mater alienata est, in vtero esset, in bonis debitoris alienantis fuisse censetur, & consequenter reuocata matris alienatione, & ipse in restitutionem venit, id autem non ea ratione fit, quod pars sit matris, sed quia in bonis fuisse intelligitur debitoris, vt probatur ex serie d. l. fin. non solum, vbi docet Consultus, fructus, qui tempore alienationis terræ cohærebant, restitui oportere, quia in bonis fraudatoris fuerunt. Deinde de partu subiungit, partum medio tempore editum non restitui, quia in bonis fuit. Cui coniungendus est d. §. Proculus, vers. si vero, vbi si mulier erat prægnans cum alienaretur, ait restitui partum: ergo quia in bonis erat tunc temporis debitoris, sicut fructus, qui solo cohærebant

eo tempore; qui restituendi erunt propter eam rationem. † Neque obstat fructus pendentes dici partem fundi l. fructus 44. cum similibus, de rei vindicatione. Nam respondetur, non dici partem fundi absolute, sed improprie videri partem, quoad hunc effectum, vt petita re per vindicationem fructus quoque pendentes censeantur petiti, quamuis nihil de eis sit actum, obseruat Pichar in §. actionum quest. 7. Instir. de actionibus, & Donel. in l. si filius 78. §. cum fundum, num. 11. de verb. obligat. † Si vero fructus, vel partus medio tempore fuerint percepti, tunc dicemus cum Venuleio & Proculo, non venire in restitutionem, vt in d. §. aperte statuitur. Neque contrarium probatur in d. l. videamus 38. §. in Fabiana. l. ait Prator. 10. §. per hanc 19. D. qua in fraudem, vbi fructus percepti, & qui percipi poterunt restituntur, cum sit malæ fidei possessor, cap. qui contra de regul. iur. in 6. vtpote in fraudem emens. Inter quæ iura P. Fab. in l. generaliter 78. in fin. de regul. iur. & alij relati à Pichar. in d. §. et si in rem num. 72. agnoscunt diffensionem. Quibus omittis dicendum est, reuocata alienatione in fraudem creditorum facta, fructus pendentes tempore alienationis, & perceptos post litem contestatam, item & partus venire in restitutionem, ex verbo restituias, quod plenam habet significationem, vt ait Paulus in d. §. in Fabiana, & comprehendit præter fructus statum pristinum, & possessionem l. quod si minor 24. §. restitutio. de minoribus. l. 2. §. restituias 43. D. nequid in loco publico l. plus 22. de verb. sign. l. in condemnatione 173. §. 1. de reg. iur. Notat Gotofred. in d. §. in Fabiana, vnde restituitur & quicquid post litem contesta-

contestata fructuum obuenerit, quia res talis dari debet, & restitui, qualis fuit cum perierit, l. 2. de v. fur. cum infra dicendis. At vero si medio tempore, quod fuit post alienationem, & ante litem contestationem, fructus vel patris sunt percepti, vel editi, cum non essent tempore alienationis, non restituantur.

† Cuius rei rationem eam reddit ex Cumano, & Fulgos. Pichar. supra n. 74. quoniam eos fructus medio tempore tanquam bonæ fidei possessor percepit, quod falsum est, cum enim patris non sit in fructu, ut probauimus supra §. 1. non potest effici statim bonæ fidei possessoris, sed necessaria est usucapio, & tamen Consultus ibi nec de usucapione, nec de bonæ fidei possessore aliquid tractauit. imo superfluum esset, cum ille qui emit per alienationem dominus efficiatur, l. traditio 20. de acquir. rer. dom. unde non ea ratione pactus sit illius qui emerat, sed quia non fuerat in bonis debitoris, v. diximus ex d. §. non solum, & ideo cum non fraudentur creditores, non est mirum, si non restituantur. Dicta vero iura in d. §. per hanc, & in d. §. in Fabiana, quæ aiunt indistincte fructus, & patris restituendos esse, debent intelligi iuxta distinctionem temporum d. §. non solum, idque restitui debet in quo fraudatur creditor d. l. ait Prator, in prin. d. §. item si quis in fraudem. Insti. de act. creditor autem contra eam alienationem agens, ita rescindit quasi illa res tradita nō sit, quod in rebus medio tempore perceptis minime locum potest habere, & ita procedit l. 1. tit. 35. part. 5. in fin. Neque obstat d. l. ait Prator. §. preterea. 22. ubi medio tempore percepta restituantur: Cui respondendum est, loqui de illis bonis, quæ consiste-

bant non solum in re, verum etiam in actionibus, quæ eodem modo reuocabantur l. hac in factum 14. D. quæ in fraud. credit. unde cum ex eis nominibus usura præstarentur debitori, quæ commodum erant medij temporis, ratio expostulat, ut etiam hæc debeant restitui rescissa alienatione, cum in bonis esse censeantur, argum. l. 3. D. de usufructu earum rerum. l. fin. D. de usufruct. leg. iuncta l. rem. 52. de acquir. rer. dom. & eis fraudaretur quoque creditor. Quam interpretationem indicant expresse illa verba propter quod medij temporis commodum.

Inde accipit explicationem Papin. in l. 2. D. de v. furis, quo loci ait, quod etsi in personam actum sit, possit etiam causa præstari post litem contestatam, quoniam qualis est res cum petitur, talis dari debet, ex eoque subinfert, fructus & patris postea captos restituendos esse cum omnia illa restituantur, quæ post inchoatum iudicium percepta sint d. §. non solum, & post litem contestatam omnes possessores fiant prædones l. sed et si 25. §. si ante de petiti. hered. l. Iulianus 27. §. idem l. præterea 20. de rei vindicatione, & ideo tenentur rem restituere, quemadmodum fuit quando cœptum est iudicium, neque enim reus debet lucrum facere ex re, quæ in lite esse cœpit, d. l. Iulianus. §. idem l. partium 10. l. videamus 35. §. si actionem. D. de v. furis, notat Cuiac. lib. 6. quæst. Pap. in d. l. 1. & lib. 1. quæst. Paul. in d. l. partium. Am. Fab. in rationali ad d. §. idem. † Eodemque modo accipienda est l. fin. C. de liberali causa, ubi matre petita in seruitutem, patris restituantur post litem editi, quod non est, quia sunt pars matris, sed quia res qualis fuerit tempore contestationis, talis debet restitui,

& cum reus omnem causam teneatur prestare, partus etiam sunt causa. *l. quis 8. D. de usuris d. §. idem. d. l. praterea.* At si partus ante litem sunt nati non veniunt in restitutionem, tunc enim non temeretur causa, & ideo necessitatem est, ut ipsi in lite nominatim petantur, & vocentur. Notat Cuiac supra, & iuxta hanc doctrinam procedit *l. Iulianus. 9. §. quia tamen. D. ad exhibendum. l. sedet. 12. de eo quod metus caus.*

57 Deinde non facit pro opinione Marcelli Papinianus, supra adductus num. 3. in *l. si id quod ex Pamphila. 73. de leg. 2.* cum simil. Vbi non dicitur esse matris pars, qui eodem titulo acquisitus censeatur, ex quo mater acquisita est, sed potius dicitur, non videri partum habitum ex causa lucrativa, ad effectum petendæ æstimationis, si partus eiusdem ancillæ fuisset legatus, cum emendo mulierem, & partum emisit videat, qui accessionis vice fuit emptus, sicut de ancilla precario rogata diximus supra num. 32. Indeque in eadem causa partus erit. Docet Cuiacius lib. 13. quaest. Pap. in *d. l. si id quod.* In cuius rei comprobationem adducit Iulian. (cuius auctoritatem Papin. tacite retulit) in *d. l. non quocumque. 8. §. Iulianus. de leg. 1. & in l. venditor. 8. D. de emptionibus,* adeo partum eo casu non haberi ex causa lucrativa, ut etiā euictio eo actio ex empto competat, & venditor teneatur prestare emptori quanti eius interest, partum non esse euictum. Ratio est, quia cū accessio sit in illo casu matris, quæcumque per occasionem rei venditæ obtinere poterunt, quibus caret emptor, in hanc actionem veniunt. *l. Titius 43. vers. non enim pretium. de act. empt. l. sed et si 15. & seq. D. de euict.* notat

58 Ant. Fabr. dec. 60. err. 4. in fin. ¶ Qui-

bus ob stare videtur Pauli locus in *l. si pragnans 42. D. de emptionibus,* quod doceatur ancillæ prægnantis venditæ partu euicto, venditorem euictionis nomine conveniri non posse, quod in vacca vitulo apud emptorem nato & euicto, Iulianus respondet in *vacca 43. D. eod.* Quorum iurium nodus inextricabilis visus est Interpretibus, ut constat ex traditis ab Eguinario lib. 4. Manualium tit. 2. Cauallino de euictionibus in addit. ad §. 4. lit. Y. n. 3. Donel. in eod. tract. pag. 338. Mudæo de act. empt. pag. 153. n. 40. Bened. Pinel. d. lib. 2. cap. 1. n. 36. Cuiac. in *d. l. si quid & lib. 58. Digestorum,* Iuliani in *d. l. vacca,* Caldas de emptione cap. 31. n. 53. Ant. Fabr. dec. 60. err. 4. ad fin. sed extraillos pro eorum iurium interpretatione præsuppono, quod cū emptionis contractus ultro citroque sit obligatorius *l. iuris gentium 7. de pactis. l. Labeo 19. §. contractum, de verb. signif. receptum est,* ut sicut emptor tenetur facere pretium emptoris *l. i. de rer. permutat.:* ita venditor rem tradere. *l. i. lex empto. 11. de act. empt. & illius defensionem actione ex empto suscipere l. si plus 74. §. mora. de euict. vel euictione sequuta emptori, & rei pretium, & id omne quod eius interesse potuit, rem non fuisse euictam restituere, d. l. ex empto l. super 16. C. de euict. l. si tu venditione l. euicta 70. D. eod.* quæ actio ex empto competit, quando nominatim nihil stipulati sunt euictionis nomine contrahentes, at si stipulatio intercesserit vel duplæ, vel simplæ, tunc ex stipulatu certi conditione agere potest *l. fratribus 25. C. de euict. iuncto princ. Insist. de verb. duplum stipulatione contentum erat,* cum duplum pretij conuenienti à venditore stipulabatur emptor, *l. cum fundum 48. l. si fundo 53. de euic.*

de euctionibus, iunctis traditis à Cuia. in paratita C. de euction. damnato Wesenbech. D. eod. Cabillino supra in additionibus ad §. 1. (quem allego, etsi prohibitum, quia hic tractatus nō recensetur inter eos, qui impij illius non nominandi tacito nomine prodierunt.) Donello in d.l. si tibi n. 2. & Pich. in tract. de diuidis obligat. sub titul.

19 Inst. de offic. iudic. c. 10. ex n. 12. ¶ Ex quibus dimanat interpretatio ad d. l. si pragnans, nam ibi, cum non de tur actio de euctione, euctio partu intelligi debet de actione ex duplæ stipulatione, de qua loquitur ibi Paulus, quia partus nō est venditus vendita ancilla, si inspicitur stipulationis natura stricta, probat discrete Paul. in l. si dicitur § 6. in stipulatione. D. de euct. vbi non intelligitur homo euctus si pars euincatur, vt committatur duplæ stipulatio: facit l. quidquid 99. de ver. obl. Ideo nō datur stipulatio duplæ, sed actio ex empto, quæ est bonæ fidei, & fauorabilis (l. quia tantundem 7. de neg. gest. cum adductis à Pich. in §. actionum q. 1. ex n. 11. de actionibus) quæ etiā admittit, vt quod emptioni accedit, venditionis pars censeatur, l. quod si 31. §. fin. cum l. seq. D. de adil. edict.

60 ¶ Eodem modo procedit d. l. vacca, in qua si vitulus euincatur, non agitur ex duplæ stipulatione: quia vacca eucta non est, de qua fuit interposita stipulatio, neq; vsusfructus eius, quæ pars rei censetur, l. Mauius 66. §. fundo l. cum filius 76. §. dominus de leg. 2. (¶ q; ita stipulatione continebatur sed tantum fuit euctus fortis, qui cum fructus dicitur vacce, non ius (qualis est vsusfructus eius) & corpus quoddam sit, vt frumentum, & similia, quæ non sunt vsusfructus, id est iura, sed fructus, id est corpora; ideo euctio vitulo, non e-

uincitur vsusfructus, cessatq; actio ex duplæ stipulatione, cum pars non euincatur rei principalis, sed accessio, & ideo cōpetit actio ex empto, si quid interest, l. emptorem 2. §. si quis de act. empt. cum aliis supra, notat Cuia. in d. l. vacca.

Rursus non obstat alter Papinia- 61 ni locus adductus supra num. 9. ex d. l. iusto 44 §. et si possessionis. D. de vsucap. cui respondendum est, non e ratione partum vsucapi in specie illa, quod sit pars matris, sed quia vendita est ancilla pragnans (quomodo intelligunt Cuia. libr. 23. quæst. Papin. ibi, & Ant. Fab. in l. si ego §. interdum de publiciana) & vno eodemq; tempore ipsa, & partus traditi sunt, & cum in vsucapionibus sufficiat bonafides in principio, l. bona 28. §. in contrarium, de acquirendo verum dominio. Etiam si antequam nasceretur, mala fides superueniret, qua cognouit matrem esse alienam, adhuc tamen vsucapit partus, in quo inspicitur traditionis tempus, quando bonā fidem habenti tradita est ancilla, atq; ita fingitur puerū esse possessū cū matre, quod tamē intellige de ancilla, quæ aliena erat (vt post Fulg. n. 4. in l. ancilla C. de fur. notauit Bene. Pinel. d. lib. 2. cap. 1. n. 51. & antea dixerat Castren. in d. l. ancilla num. fin. vers. aut scilicet) non vero de furtiua, quia tunc bona fides exigitur, vt partus vsucapio procedat etiam natiuitatis tempore, l. 4. §. si antequam de vsucap. de qua re latius agemus §. 3. n. 25. & §. 4. n. 29. Vltcrius nō facit pro Marcello d. l. non solum 33. in princ. de vsucap. de cuius explicatione agemus infra §. 4. n. 8.

Vltimo non obstat consideratio 62 proposita n. 34. nam credendū est ex Bruti sententia dimanasse hanc de partus vsucapione controuersiam,

quicum non sit in fructu, necessaria fuit vsucapio, aliteracquiri non potuisset *l. in pecudum 28. de vsuris*, cum aliis adductis supra §. 1. non tamen recte sequitur, quod si admit-
 65 tamus partum non esse in fructu, admitte-
 re quoque debeamus, esse partem matris, vt voluerunt Cuiac. & Ant. Fabr. supra allegati num. 11.
 qui sine causa adiecerunt: † Scauolam partum matris partem esse negauisse, quod gentilis fuerit Q. Mutij Scauolæ, & sic contra Brutum sententia contrariæ adhæsisse, existimasseque partum in fructu esse, ex qua deducebat non esse partem, cum res non possit esse fructus sui ipsius. Quæ opinio falsa est cum Ceruidij Scauolæ tempore (quod fuit sub Marco Antonio Philosopho, vt in eius vita indicat Capitolinus num. 11. in fine) sententia Bruti obtinuerat, vt ipse Cuiac. fatetur lib. 9. resp. Pap. in *l. deducta §. hereditatem D. ad Trebell. ex l. uxorem 41. §. forori de leg. 3.* (iuncta interpretatione propolita supra §. 1. num. 22.) quæ Scauolam habet authorem. Idque etiam euidenter probatur in *l. si aliena §. Scauola, de vsucap. vbi idem l. Consultus tractat de vsucapione partus*, quæ disputatio inutilis esset, si contra Brutum teneret partum esse in fructu, aliter enim ad quid necessaria erat vsucapio? vt diximus §. 1. in fin. Ita etiam Scauolæ discipulus fuit Iulius Paulus, vt ait Ant. Fabr. supra, qui tamen sensit partum non esse partem matris, vt constat ex *d. l. si pregnant, & l. 2. D. pro suo*. & tamen pro certo habuit Bruti opinionem verio-
 rem esse, vt constat ex *d. l. Falcidia 24. D. ad l. Falcid. l. respondet 14. §. 1. de vsuris*, iunctis iis quæ circa earum explicationem adduxi supra §. 1. num. 6. & seq.

§. III.

Præcedentium continuatio.

De vera ratione disquisitum, cur bonæ fidei possessor vsucapere non possit partum ancillæ apud furem conceptum.

SUMMARIUM.

- 1 *Inquisitum de ratione cur necesse sit, vt parius ancilla furina possit vsucapi quod edatur, & concipiatur apud bona fidei possisorem.*
- 2 *Adducitur ratio in Academia nostra recepta, quam à Bart. tacito eius nomine mutauit Donellus.*
- 3 *Si in navi aliquid illicite imponitur, & nautis quoque confiscatur, Quod habet locum, & in rebus prohibitis extrahi de Regno, & n. 6.*
- 4 *Ratio Donelli pluribus argumentis destruitur, & n. 7.*
- 5 *Separatorum separata debet esse natura.*
- 8 *Alia ratio adducitur deducta ex l. Qui in vtero 26. de statu hom. & repudiatur, & n. 9.*
- 10 *An aliquid commodum perueniat ad partum in d. l. Qui in vtero, ex eo quod dominum non mutet, & n. 15 & 17.*
- 11 *Educationis vis affectionum generat.*
- 12 *Explicatur l. 1. §. fin. D. de obsequiis, &c.*
- 13 *Interdum cognati præferuntur matri in educatione filiorum.*
- 15 *Amor maternus carceris aliis maior.*
- 16 *Pluribus seruis venditi, reddibit*

- to uno, omnes reddibuntur, nisi
equitas contrarium statuat.
- 18 Offenditur vera ratio, quare partus
ancilla pregnantis subrepta non
vucapiatur, & n. 19.
- 20 Expenditur pro ea ratione l. Non
iusto 4. §. et si possessionis de
vfuap. & n. 21. 22. & 23.
- 24 Examinatur Bened. Pinelli opinio
iuxta d. §. et si possessionis.
- 25 Explicatur Paul. & Ulp. in l. 4. §.
si antequam de vfuap. & l. si
ego 1. §. Partus. D. de Publi-
cia remissione & n. 26.
- 27 Interpretatur l. Qui vas §. ancilla,
vers. idem D. de furt. & de si-
militudine, & differentia par-
tus & fetus & n. 28.
- 29 Quid significet res esse in bonis.
- 30 Dissertatio inscripta de l. si aliena
12. §. Sczuola. D. gest. de vfu-
cap.
- 31 Qui egerint de aperiendo hoc obscu-
ro responso.
- 32 Dubium maximum, An in dict. §.
Sczuola Ulpianus sequatur
Marcelli aut Scaula senten-
tiam.
- 33 Probatur verius, Ulpianum appro-
basse Scaula sententiam.
- 34 Quam speciem proponat Marcellus
in d. §. Sczuola.
- 35 Ostenditur Scaulam reprehendere
Marcellum, & quomodo hoc in-
tellegatur.
- 36 Diverse Auctorum sententia & in-
terpretationis ad dict. §. Sc-
zuola.
- 37 Alia adducitur qua Scaulam ac-
cipit de ancilla non concipiente
apud furem, sed apud eum herede-
dem, & n. 38. 39. & 40.
- 41 Reijcitur aliquibus fundamentis ex
ipomet §. Sczuola deductis, &
num. 42.
- 43 Inuestigatur Scaula mens, qua ma-
gis litem a congruuntur viden-
tur, & n. 44. 45. & 46.
- 47 Intellectus ad l. Ancilla 60. de fur-
tis. Tractatur de furis fugiti-
nis, & n. 49.
- 48 Qua ratione Instituitur inter res
que vucapi non possunt, connu-
meret seruum fugitivum, &
quid circa eos servos lege Fabia
de plagio fuerit admissum.
- 50 Interpretatio ad l. 1. §. fugitivum.
D. de fugitiuis, & notantur al-
liqua de seruo errone, & nume-
ro 51.
- 52 Quomodo accipiat quod solet di-
ci, appellatione fugitivi non com-
prehendi natum ex eadem.
- 53 L. fin. D. de Acquir. rer. dom. ex-
penditur eius decisio, & argu-
mentis redditur inaccessa.
- 54 Partus perfectus quot menses debeat
habere.
- 55 Cuius ad dict. l. final. emendatio
rite fit.
- 56 Vera proponitur ad eandem legem
expositio. & numero 57. 58.
& 59.
- 60 Partus conceptus & editus apud
furem ita servitus est, ut non
possit vfuca, i. n. si reuertatur in
potestatem domini.



Idem vsiam no
ea ratione moue-
ti Ulpianum in d.
liqui vas 48. §. an-
cilla D. de furtis
eum alijs propo-
itis §. preceden-
ti num. 1. vt doceret partum conce-
ptum apud furem non posse vfuca-
pi a possessore bonæ fidei, quoniam
sit pars matris. Nunc autem ea o-
pinione recta, operæ pretium erit
inuestigare rationem, cur necesse sit
ad vfucaptionem, vt partus conce-
piatur & edatur apud bonæ fidei
possessorem, ita vt si ancilla subre-

praest, est pragnans vel apud furem vel eius heredem concepit, tunc et si pariat apud bonae fidei possessorem vñcupio non procedat. † In quo dubio recepta fuit in Academia illa ratio, quam assignauit damnatus Hugo Donell lib. 5. comment. cap. 25. & ante eum praesentit Bartol. in l. 4. §. lana num. 2. de vñcup. vt scilicet quemadmodum qui saccum nummariarum contrectat furti faciendi causa, intelligitur totum contrectare & saccum & nummos, qui in eo sunt, eorumque furtum facere, *l. qui saccum 77. iuncta l. vulgaris. 21. §. 1. l. inficiando. 67. vbi Goro. l. r. V. D. de furtis*: sic qui ancillam furatur, omnes partes ancillae furari intelligitur, proindeque & partum conceptum, nam cum in vtero sit, portio maternorum viscerum censetur *l. 1. §. ex hoc. D. de ventre inficiendo, iunctis à nobis de ceteris supra §. 2. num. 25. & sic cum iam vitio futuriuitatis affectus sit hic partus, apud quemcumque edatur vñcupi non potest, vt notauimus lib. 2. cap. 7. cum et si non possideatur, censetur subripi, quia fur semper est in actu furandi *l. cum qui 9. D. de furtis*. † Quibus ego addo *l. eodem 11. §. Dominus. D. de publican.* vbi si dominus navis illicite aliquid in nauem vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque confiscatur. Quod in rebus extra regnum nostrum extrahi prohibitis statuitur in *l. 26. tit. 18. lib. 6. recop.* Facit etiam in damni infecti iudicio mitti solet quem in totam domum propter partem ruinolam, *l. si finita 15. §. ex hoc edito. 1. vers. an vero. D. de damno infecto.* Quorum iurium argumento tenet Dynus & Iacobus de Arenis, quos sequitur Castillo in l. 1. Tauri col. 4. & Bobadilla lib. 4. Politicæ c. 5. numer. 32. & alij relati ab Azebedo in l. 25. tit. 18. lib. 6. recop. ex n. 16. Gu-*

tierrez lib. 4. practice. quaest. 40. nu. 2. Cened. 9. canon. q. 33. n. 27. Bobadilla lib. 1. Politicæ c. 13. n. 106. Salgado de regia professione 4. cap. 10. num. 106. Caballus resol. crim. casu 129. n. 7. in frumento extrahi vetito, confiscari etiam saccum in quo exportabatur sicut confiscatur ipsum frumentum.

Verum, et si hæc ratio præter omnes à me exornata communis sit, mihi tamen non placet. Primo non parificatur exemplum ancillae cum exemplo sacci, in nostro casu ancilla, quæ est veluti partus, saccus principaliter subripitur, non vero partus in quem nulla affectio furantis cadere potest, at in *d. l. qui saccum* nummus est, qui principaliter furatur, inclusus in sacco, ad quem non se extendit intentio furis. In quam rem expendo *l. 2. §. 4. in princ. D. de penul. leg. vbi si penus legetur, vasa in quibus consistit, non sunt legata*: ergo eodem modo subrepta ancilla, non videtur subreptus partus in vtero existens. Deinde facit quod notavi sup. §. 2. n. 4. partum, dum in vtero est, nihil reputari, neque in consideratione esse, post natiuitatem vero quid separatum esse à matre. † Atque ita separatorem debere separatam esse ratione *l. fin. D. de calumniat. l. 4. §. 1. ibi: vt si quid amplius D. de publicanis*, confert eleganter *l. 1. §. si due. D. quod legatorum*, vbi si legata sit vnates & pars eius ex voluntate heredis sit occupata, pars vero altera non ex voluntate, hæc pars per interdictionem illud aufertur. † Per quæ iura contrarium tenet Azebedo & Gutierrez supra, vt scilicet confiscatis rebus vetitis, non confiscetur saccus, nisi lex id aperte constituat, vt in *d. l. 26. recop.* cum aliis. Quibus non obstat *d. l. 1. si finita §. ex hoc edito*, vbi sit missio, quia aliter non erat profutura possessio, vt ibi Sabinus notauit. † Vltimo expedo *l. si*

1. si feruus 14. §. boue. D. de cond. furt. in qua boue subrepto & occiso, furi dominus cōdicere potest & corium & carnem, si fur ipsa contrectauerit, ergo eodē modo partus fiet furtum, si detur in eo cōtrectatio, quæ tamen non datur cum sit in vtero, in facco tamen ideo committitur furtum, quia et si defuit animus illum furandi, tamen contrectatio interuenit: quando ancilla subripitur prægnans, non est animus partum contrectandi, sed ancillam, & tunc cum partus nihil censeatur, cum sit in vtero, non potest contrectari seu loco amoueri, unde deficiente animo & contrectatione, effici furtius non poterat, neque contagio furtiuitatis materno pollui, vt aliqui loquuntur, quia cum est in vtero nihil censeatur, postquam vero est natus, quid separatum est à matre, & cum eius nunquam censeatur pars, vt diximus d. §. 2. se. c. natus nunquam pollutus fuisse vitio furtiuitatis, argumen. d. eius qui. 9. lib. me in id quod credidisset de furtis, sed per se contrectari censendus est, vt dicemus infra.

- 3 Quare receptior fuit alia ratio, quam suo nomine tradit Benedic. Pinel. dict. lib. 2. se. c. cap. 1. num. 9. & ante omnes docuit Accurs. in d. §. ancilla, verbo furtiuus, & Bartolus in d. §. lana numer. 2. & sequutus est Castren. in Lancilla nu. 9. C. de furtis. vbi Salicet. num. 11. qui aiunt huius iuris rationem petendam esse ex Iul. in l. qui in vtero 26. vers. præterea D. de statu homin. A quo regula certissima statuitur, eos qui adhuc in vtero sunt, pro natis haberi. Quod sane receptum est contra iuris regulas: nam qui in vtero est, non recte dicitur animal, vt differuimus supra dict. §. 2. numero 4. & aliquando

nondum est homo, sed hembrio, cum sorte non est animatus, de quo videndi Couarru. & relati à Lessio de iust. & iur. libro 2. cap. 9. & Andreas Laurentius lib. 8. historiz anatomice q. 29. & 30. & tamen pro animato & nato habetur, cum de commodis ipsius agitur dict. l. qui in vtero & l. qui in vtero 7. D. de statu hom. l. antiqui 3. D. si pars hereditatis. expl. cant Anton. Fab. l. iust. prod. tit. 4. princ. 3. statim & illat. 2. consutat. 3. Pichard. in lectione ad legem Galus cap. 3. numero 146. & seq. Quapropter si ancilla prægnans subrepta sit, puerus vfucapi non poterit, quia cum ab instati lux conceptionis, & pro nato habeatur, habet quoque pro contrectato à fure, & ita censeatur is partus vitio furtiuitatis affectus & pollutus, quemadmodum mater quæ vt furtiuo vfucapi nequit, l. 1. Cod. de vfucapione pro emptore, quod cum in factu pecorum non admittatur, ideo etiam si prægnantes oves venierint, adhuc bonæ fidei possessor fortis efficiet suos l. bonæ fidei 48. §. final. de adquir. rerum domin. notati supra §. 1. numer. 38. ad quod iuris principium respexisse videtur Vlpianus in dict. l. qui vas §. ancilla, dum inquit partum ancillæ furtiue apud furem conceptum, & apud bonæ fidei possessorem editum furtiuum esse, & consequenter vfucapi non posse.

Quæ tamen ratio non facit apta ad propositum videtur ex eo quod qui in vtero est, antequam nascatur habet quæ sui commodi sunt, & quoad ea pro nato habetur, secus vero quoad cōmodum alterius, d. l. qui in vtero 7. & ita cū domini ancillæ utilitas in hoc attendatur, partus non debet natus intelligi, vt domino antiquiori profit, ne per vfuca-

pionem ei subtrahatur, quod etiam notauit Fulgosius in d.l. qui in vtro 16. num. 1. † Neque difficultatem dissoluant, qui existimant cum Saliceto supra dict. num. 1. aliquod partus versari commodum, siquidem potest eius interesse, dominium non mutare, sed apud matris dominum manere; nam hæc infima sunt cum eodem modo, & potuit considerati eius interesse, si in vscapientis dominio perseveraret, & fortasse maius commodum. † Cum enim in domo eius natus sit, grandior affectio erit circa partum, propter educationis vim quæ amore generat, vt ait Arist. lib. 8. ethicor. & ita in eis seruis manumittendis ob eandem rationem communis est conditio cum fratribus in l. si minor. 11. & seq. l. lulumos 14. D. de manum. vind. ibi: *fatusque est permitti cum manumitti, in quo nutriendo propensorem animum fecerint. l. in testamento 38. de fideicommiss. libertatibus, ibi, pater dilexisset.* Et congruit Statius lib. 2. Syluarum qui in hoc argumento post multa dicta adiicit, *Quid referam altricum vltos pietate parentes?* Notat Gotofredus in l. 1. C. quæ res pignori. Merrillus in expositione ad 50. decisiones Iustin. in l. 26. C. de nuptiis num. 2. post Balduinum §. eadem lege num. 15. Instit. quibus manum. non liceat. Tiraqu. in l. si vnquam verbo *susciperis liberos* ex numer. 49. quos referre debebant. † Vnde obiter explicabis l. 1. §. fin. D. de obseq. parentibus, &c. vbi indignus est militia, qui patrem & matrem, à quibus se educatum dixerit, maleficos appellauit. Quod non est intelligendum de parentibus naturalibus, sed de nutritoribus, nam ad quiderant illa verba necessaria à quibus se educatum, cum sufficeret ad delictum, parentes esse; & de veris parentibus in

§. antecedenti loquutus fuerat I.C. Vnde intelligendus est de nutritore, qui ob educationis morem pater dicitur. Sic loquitur etiam D. Hieronym. epist. 1. ibi: *secundus post naturalem pietatem pater nutritius.* Quæ interpretatione me docuit D. Laurentius Ramirez lib. 1. ad Martial. epig. 101. fuit tamen originalis Alciati in l. fin. verbo *matris* de in ius vocando, quem sequitur Tiraqu. supra num. 50. & Costa in l. si ex cautione verbo *seu doli* numer. 5. Cod. de non numerata. licet ipse non satis ei acquiescat.

Neque quicquam proficiet dicere, quod cum mater remaneat ante qui domini, & partus acquiratur per vscapionem bonæ fidei possessori, sequitur partum fieri deterioris conditionis, cum abducatur ab educatione matris, quæ melior est omnibus l. 1. C. vbi pupillus educari, vbi Gotofred. & Menoch. de arbitrariis casu 168. † Nam hoc non est semper certum, cum cognati interdum præferantur, vt in d. l. 1. docemur, & notat Menochius supra numer. 9. & similiter præsumi potest pro domino vscapiente, vt in potestate sua commodius educari possit partus. Facit etiam si serui participationem non habent Iuris Civilis, neque ab eo cogniti sint l. quod attinet 32. l. seruitutem 209. de reg. iur. cum notatis ibi à Petro Fabro, & Gotofred. in l. 3. in fin. D. de capite minu. quomodo ad effectus Iuris Civilis debent adduci, vt commodis ipsorum leges consulant. † Non debet etiam attendi, quod ita filius separatur à matre, cuius amorem & affectum nullus vincit, vt notant relati à Tiraqu. in l. si vnquam in præfatione num. 9. Menochius libro 4. præsumpt. 89. num. 49. & Solorzano de parricidijs lib. 2. cap. 1. Quæ etiam tan-

tanquam naturalia attendi possent, argumento l. *quasi sum* 12. §. *uxores* 7. D. de fundo instr. l. *quod finolit* 31. §. *idem ait* 6. l. *plerumque* 35. D. de ad. ed. dicit. vbi propter matrem partus retinetur ob pietatis rationem. † Tamen leges illæ procedunt, quando plures serui vno pretio fuerunt venditi, vt si venierit comædorum agmen vel chorus, vt in l. *cum eiusdem* 34. l. *si plura* 36. l. *adiles* 38. §. *fin. cum legibus seq.* D. de ad. ed. dicit. quo casu cum non sint plures vditiones, sed vnica emptione vniuersi serui empti videantur, si vnus sit morbosus, omnes redhibentur d. l. *cum eiusdem*.

16 cuius rei exceptio proponitur, quando ob pietatis rationem durum videtur, vt mater à filio separetur, vt in dict. iur. explicat Cuiac. tract. 6. ad African. in d. l. *cum eiusdem*. † Attamen in aliis casibus contrarium videmus obseruari, vt in l. *si prægnans* 42. de iust. iur. vbi matre remanente penes alium euincitur partus. Et si contrarium obtineret, sequeretur ob eam rationem, nec partum vsucapi posse, qui conceptus & editus esset apud bonæ fidei possessorem, cum in eo casu à matre quoque separaretur, quod dicendum non est, vt obseruauimus §. finali.

17 18 His manet iam hæc inspectio longè obscura, ita vt sine ratione videatur l. Consulti constituisse partum, qui dum mater contrectaretur, erat in vtero, furtiuum censeri. Sed re attentius considerata cogitabam, Iulianum in d. l. *qui in vtero*, veram rationem proposuisse, quæ tamen præter omnes aliter meo videri explicanda est. Verum itaque est, partum censeri furtiuum, quando ancilla prægnans subripitur, quia tunc partus pro nato habetur, & cum per fictionem illam natus iam sit, in bonis quoque censetur fuisse eius,

qui matris dominus erat. Ita expressè docet Venuleius in l. *fin.* §. *non solum* D. *quæ in fraudem crediti*, iniquis, quod si debitor in fraudem creditorum alienauerit fundum pendentibus fructibus, & reuocata fiteri alienatio, tunc fructus restituendi sunt, quia in bonis fuisse credentur fraudatoris, quod idem & de ancilla prægnante vendita dicendum existimat, vt partus quoque restituatur, quia in bonis fuit. Congruunt notata supra §. 2. num. 49. Vnde cum iam res aliena contrectetur, recte dicemus furti vitio affici partum, & ideo non posse vsucapi. † Neque obstat d. l. *qui in vtero* 7. de stat. hom. vbi Paul. tantum ait, partum, dum non est in vtero, haberi pro nato quoad suum commodum, quod vero attinet ad commodum alterius, tunc haberi pro nato postquam iam natus est, atque ita illo tempore cum nascatur, credimus iam antea fuisse natum ex tempore conceptionis, & tunc prodesse domino retrotractione facta ad tempus illud, secundum quam in bonis suis esse existimatur & similiter contrectari, quo furtius iam erit. † Idque indicat Pap. in l. *iusto* 44. §. *et si possessionis*. D. de vsu. cap. vbi ait: quod si aliena ancilla prægnans sit vedita bonæ fidei possessori, qui tempore traditionis bonam fidem habuit, postea autem tempore natiuitatis partus, sciebat matrem esse alienam, vsucapi partum potuisset. Et reddi rationem, quia non inspicitur tempus presentis possessionis, sed antiquioris traditionis, quo erat in vtero. Quod non potest procedere, nisi dicamus ex eo tempore haberi pro nato partum, & sic ex tunc possideri, vt dixi §. 2. num. 61. & dicam §. 4. † Neque existimet aliquis ibi non fuisse prægnantem ancillam tempore contra-

Etus, siquidem expresse constat ex illis verbis, *priusquam eniteretur*, quæ denotant prægnantem fuisse tempore traditionis, aliàs si non esset tunc temporis in rerû natura, quomodo I. Consultus dixisset, attendendum esse tempus traditionis? Fingitur ergo tempore comparatæ ancillæ natus & in bonis esse, quia iam conceptus erat, & ideo non censentur duz possessiones pueri, sed vnica tantum continua, nec tamen interrupta, vt in l. 4. §. si antequam, de vscup. † Quod confirmat Papin. exemplo serui captiui, vt si eum bona fide emi, & captus sit ab hostibus, captiuitate interruptitur possessio l. denique 19. cum aliis D. ex quibus caus. maiores. deinde si antequam rediret per postliminium, habui malam fidem, adhuc tamen vscupiam, quia postliminium fingit seruum nunquam abiisse ex mea potestate, ac proinde vna possessio cõseruit, ita vt hæc quæ contingit post captiuitatem serui, retrorahatur ad primam, & vnica videatur non continuata, sed bona fides quæ principio prioris interuenit, sufficit in secunda. † Ex quo dicendum est in dist. §. & si possessionis, superuenientem malam fidem, ante natiuitatem non obesse, vt partus vscupiat, siquidem vt dixi iam in bonis censetur fuisse à tempore antea cõto, secus esset si mala fides superueniret ante conceptionem, tunc enim noceret, vt recte notauit post Accurs. Ioannes Fab. & Castren. num. fin. in l. ancilla C. de furtis, quos immetito reprehendit Pinell. d. lib. 2. sect. c. 1. num. 10. & 11. † Ex eo quod antequam edatur partus non possideatur, atque ita quilibet mala fides superueniens ante incepsam vscupationem debeat nocere, cum requiratur bona initio possessionis l. vnica vers.

hoc tantum modo C. de vscupatione trans. form. & ad d. §. et si possessionis, respondet fuisse appositâ illa verba *priusquam eniteretur*, gratia tollendæ maioris dubitationis, quali dicat, simplex scientia rei alienæ superueniens post editionem nequaquam præiudicat partus vscupationi. † Sed hoc aduertatur menti Pap. in d. §. & si possessionis, qui ait, aliquando non inspici causam præsentis possessionis, sed antiquioris, vt in exemplo serui captiui clarius apparet, ex quo probat bonam fidem antecedentis possessionis ancillæ sufficere iam concepto partu, vt quamuis nunc adsit mala fides tempore natiuitatis eiusdem, sufficiat tamen quod tempore traditionis ancillæ adesset bona fides, quod non potest procedere, nisi dicamus in bonis puerum retro intelligi, cū iam esset tempore traditionis conceptus, ac proinde illam bonam fidem, quæ tunc adfuit, sufficere. Si enim non intelligeretur puer antea in bonis, & consequenter traditus cum bona fide, quomodo poterat vscupari, siquidem tempore natiuitatis credebatur alienus, & a de rat iam mala fides? Idq; suadet exemplum subiectum serui captiui, qui antea possessus cum bona fide, si interrupta mox sit per captiuitatem possessio, quo tempore iam adesset mala fides, attenditur præcedentis possessionis bona fides, non vero illa quæ post reuersionem serui domino vscupienti contingit. † Nec obstat d. l. 4. §. si antequam, de vscup. vbi si antequam pariat ancilla cognoscat bonæ fidei possessor, alienâ esse, ait Paul. non posse vscupari partum, ergo non inspicitur tempus conceptionis. Respondendum etenim est, in illa specie ancillam fuisse furtiuam, & si apud me concepit, & antequam peperisset, cognoui esse furtiuam,

nam, tunc non datur illa retrotractio, quia cum furtiva sit eodem vitio affectus est partus, ut dicemus
 16 latius in §. fin. † Denique confirmat nostram rationem Ulpian. in d. l. si ego 11. §. partus. D. de Publiciana, qui scribit per actionem Publicianam peti partum ancillæ furtivæ apud bonæ fidei possessorem conceptum, etiam si ab eo qui emit possessus non sit. Quod procedit quando bonæ fidei possessor accepit à fure ancillā, quæ postea apud illum concepit, & huius tradidit (sic speciem fingo cū Accurs. ibi, verbo *possessus*, & Cuiac. in recitationibus ad illam legem) tunc ait, competere Publicianam huic secundo bonæ fidei possessori, quia intelligitur ex eo tempore, quo conceptus est, apud primum fuisse in bonis & sic possideri, atque ideo etiam si apud bonæ fidei possessorem concipiatur, licet nondum eum possederit.

27 Ex qua vera ratione deduco interpretationem ad d. l. qui vau. §. ancilla, vers. idem & in pecudibus, ubi secundum interpretationem de qua supra §. 1. num. 32. egimus, versus ille referendus est non ad usucapionē, sed ad furtivitatem, ut scilicet dicat Consultus, quod sicut partus furtivus est conceptus & editus apud furem, ita & fœtus apud eum conceptus & editus in bonis quoque; cōsetur, contrahenti intelligitur, d. l. fin. §. non solum, & §. Proculu. Dig. qua in fraud. iuncta l. §. idem scribis si equa, de rei vindicat. & l. §. cum pradium pignori. in ista glossa, ibi verbo nunquam de pignori, unde vitio furtivitatis affecti acquisitionem effugiunt; nam cum fœtus sint fructus, & dum pendunt fructus, dicantur pars rei l. fructus pendente 44. de rei vindic. quemadmodum oves erant in bonis, ita & similiter intelligitur

fœtus utero gestati, & sicut matres furtivæ sunt, eodem modo & fœtus.
 † Unde differentiæ hæc erit inter partum & fœt. ū, ut ille intelligatur esse in bonis, quia habetur pro nato, hic autē eodem modo intelligitur esse in bonis, quia pars sit matris, iuxta d. l. fructus 44. Quæ interpretatio in odiū furti ita accepta est, arg. l. fin. §. §. D. usufructuarius quæadmodū caveat. §. sic itaq; discretis, Inst. de act. † In bonis autē res dicitur esse, quæ aliqua ratione in patrimonio nostro sit l. 1. de rer. divisi. quæadmodū etiā res dotalis dicitur esse in bonis mariti l. dotis 7. §. si res l. quāvis 75. D. de iur. dot. l. Inst. 21. §. idē 4. D. ad municipalem, cū aliis & res alienata eius, qui vim passus est l. metum. 9. §. licet D. de eo quod metus cau. & deniq; rē in bonis habere intelligimur, quoties amittētes actionē habemus ad eius recuperationē l. rē §. 2. de acq. rer. dom. l. bonorū 49. in fi. de ver. sig. l. si qui 15. D. de reg. iur. ubi docet P. Fab. & Schard. de verbis iuris verbo in bonis.

Sed hæc omnia videtur destruere
 difficile & tenebrosū eiusdē Vlp. responsū in l. si aliena 10. §. Scauola. D. de usucap. ubi Marcelli sententiam refert ex Scauolæ autoritate, qui tenebat quod si vacca apud furē vel furis heredē conceperit, pariatq; apud furis heredē, non poterit usucapi iuvenus vēditus, quemadmodū neq; partus ancillæ. Quam sententiā Scauola reprehēdit ex eo quod partus potest usucapi, cū nō sit pars matris, nepe ancillæ furtivæ, aliās enim si esset pars, nec si apud bonæ fidei possessore peperisset, usucapi poterat. Ex quo apparet secundum Scauolæ sententiam, quam videtur Vlp. approbare non esse necessariū, ut conceptionis tempus inspiciatur, an conceptus sit partus apud furem, vel non, sufficit tamen si

nascatur apud bonæ fidei possessorem, quod etiam videtur aduersari traditis ab ipso Vlpian. in *dict. §. ancilla*, ubi Marcelli sententiam & doctrinam sequutus videtur. † Cuius rei difficultate valde torquentur omnium Interpretum ingenia, videlicet Castrensis & Cuiac. in *dict. §. Scauola*, & lib. 14. obseruat. capit. 20. Ant. Fab. in d. l. si ego §. partus cum seqq. & alij relati a Genoa in antinomia d. §. Scauola, pag. 300. Connanus lib. 3. comment. cap. 15. num. 3. DD in *Lancilla C. de furtis*, Bened. & Pinel. d. cap. 1. num. 6. & 10. cum alijs. Donell. lib. 5. commen. cap. 25. vbi Osuald. lit. C. Gæddens & alij in *l. partum* 26. de verb. sign. ex quibus, quas vero similia sunt, hauriemus. † In primis itaque certum est, Marcelli opinionem putantis partum esse matris partem, veram non esse, ut ostendimus supra toto §. 2. iuxta quæ non potest dici Vlpian. eiusdē sententiam approbasse, ut voluit Adrianus Pulueus ad legem Attiniam capite 7. Hotm. lib. 7. obseruat. cap. 18. Gotofred. in d. §. Scauola, & Cuiac. d. cap. 20. nam verius est Scauolæ sententiam fuisse expensam ab eo contra Marcellum & consequenter approbatā, quod indicat inscriptio *l. partum* 26. de verb. sign. quæ desumpta est ex eod. lib. 16. ad edictum Vlp. ubi eadem Scauolæ sententia refertur lib. 11. *questionum*, putantis partū non esse matris partem, iuxta quæ dicendum est, aut Vlpianum sententiam Scauolæ necessario approbasse, aut illā legem esse otiosam, quod non recte, difficultate oppressus asseruit Cuiac. supra, in quo non minus labitur, quā cum dixit Marcelli & Scauolæ sententias proposuisse Vlpianum, non vero quid ipse sentiat exposuisse. Quæ sententia in

obseru. cap. 18. & Ant. Fab. d. l. si ego §. interdum de publiciana, quos refellit Vultreius relatus a Genoa dict. antinomia nu. 17. & 18.

Verius ergo dicendum est Vlp. 33 Scauolæ sententiam retulisse & approbasse, nam Marcellus diuersam speciem tractauit, de boue nempe, quæ apud furem vel iuris heredem concepit vel peperit, in qua dixit furtiuum esse iuuenicum, neque vltucapi posse, quemadmodum neq; vltucapi poterit partus. Quæ species longe distat ab ea de qua in §. ancilla, ubi de herede furis nullum verbum protulit Vlp. sed totam de fure conclusit tractationem, & principaliter de partu egit, in quo vltucapionem admisit, quam indistincte negauit Marcellus, qui eam rationem suæ opinionis adiecit, quod partus sit pars matris, quem Scauola licet breuissime reprehendit & confutat non solum circa partum, verum & circa fœtum, siquidem illa verba se putare vltucapere posse & partum, non solum denotant posse partum vltucapi, sed & fœtum, cum dictio & sit coniunctiuā l. ea tamen 46. de leg. 3. vide lib. 1. cap. 7. num. 11. quod tamē de fœtu dixit, accipiendum est attēto casu, quo iuuenēs natus est apud furis heredem, qui bona fide, ut latius infra dicam, vendidit iuuenē bonæ fidei possessori. (Ita pono speciem iuxta vltima verba ibi: nec si apud bonæ fidei possessorem peperisset, quæ ostendunt illū bonæ fidei possessorem non agere ibi de fœtu acquirendo (iuxta regulas bonæ fidei possessoris de quo dixi §. 1. supra) sed de iuuenēo, quem a non domino emit vltucapiendo, arque ita secundum propositam Marcelli speciem, quæ uo fuit: † Si fur bouem subripuit prægnantē, vel quæ apud eum

dem eius, si postea iste heres iuuen-
cum suum distraxerit, quærebatur,
an vſucapi poſſet à bonæ fidei poſ-
ſeſſore, qui eum emerat, non vero
eius matrem. Marcellus docuit non
poſſe, quia eſſet pars matris, quæ cū
vicio ſurtiuitatis pollueretur, ita e-
tiam & iuuenſus eius pars, quod e-
tiam & in partu militare tandem
35 adiecit. † Scæuola tamen hoc re-
prehendit, quoniam putauit in caſu
propoſito, vſucapi poſſe & ſortum,
& partum, cum illa Marcelli ratio
vera nō eſſet, quod ab abſurdo pro-
bat, dum inquit, quod ſi eſſet pars
matris partus, vſucapi minimè poſ-
ſet, etiam ſi naſceretur apud bonæ
fidei poſſeſſorem. Quæ tamen tra-
ditio valde difficilis eſt, nam abſur-
dum quod Scæuola Marcello ob-
iecit, potius retorqueri poteſt con-
tra ipſum, cum omnino ſit certum,
partum conceptum apud ſurem, e-
tiam ſi apud bonæ fidei poſſeſſorem
edatur, ſurtiuum eſſe, neque vſu-
capi poſſe, vt ex ſupra adductis di-
ſerte patet & ex d. §. ancilla, cum ſi-
milibus, at eo caſu loquurum
Marcellum nemo eſt qui non vi-
deat.

36 Hæc difficultas cōcēgit interpre-
tes in diuerſas inſtare interpreta-
tiones, vt conſtat ex Accur. in d. §. an-
cilla, Aretino in l. ancilla C. de ſurtis,
& alijs relatis à Genoa ſupra nu. 19.
qui cum Donello d. lib. 5. cap. 21. do-
cet, Scæuolam ita eſſe accipiendū,
non vt ſemper poſſit vſucapi partus
ancillæ, quæ apud ſurem concepit,
& peperit apud bonæ fidei poſſeſſo-
rem, ſed eo caſu, quo concepit, &
peperit apud eundem bonæ fidei
poſſeſſorem, quoniam eo argumen-
to vſus eſt Scæuola, vt probaret
non eſſe partum rei ſurtiuz partem.
Quam ſolutionem tradidit ante eos
Accuſius in d. l. ancilla verbo cum

etiam, Iacobus de Arenis in d. §. Scæ-
uola, Connanus lib. 3. commen. c. 16.
Robertus lib. 1. lectionum cap. 6. &
recipit Genoa d. n. 9. (qui licet hæc
interpretationem diuinatotiā iu-
dicet, adhuc amplectendam eſſe exi-
ſtimat n. 21. tantæ ſuccumbens dif-
ficultati) ſequitur Pinel. d. lib. 2. c. 1.
num. 12. & alij quoque ei adhærent.
† Quare idem Accurſ. in d. l. ancil. 37
lex verbo cum tamē, verſ. vel loquitur
ſequutus à Bartolo, & Saliceto ibi
n. 8. Caſtienti n. 8. verſ. in vno tamen
caſu (& ſi cum allegare deberet l. ſi
aliena. §. Scæuola: allegauit. l. ſi alie-
ni D. pro emptore) & Alberic. in d. §.
Scæuola, in ea eſt ſententia, vt exiſti-
met Scæuolam in vltimis verbis in-
telligi debere eo caſu, quo ancilla
furtiua non apud ſurem concepit,
ſed apud ſuris heredem, peperitque
apud bonæ fidei poſſeſſorem, in
qua ſpecie ſi heres ſuris bonam fi-
dem habuit, neque exiſtimauit an-
cillam ſurtiuam, ſed ſuam eſſe, vſu-
capi partus poterit ab eo, qui bona
fide ab herede emit ancillam præ-
gnantem, ſi eadem bona fide perſe-
uerante apud ipſum pariat, nam cū
bona, vel mala fides non conſiſtat
in iure, ſed in facto l. bona 18. §. in cō-
trarium D. de acquir. rer. dom. & ex
opinionem eius, qui poſſidet naſca-
tur, recte conſequitur heredem ſu-
ris habere poſſe bonam fidem circa
eam ancillam, quam deſunctus, cui
ſucceſſit, ſubſtipuerit.

Vnde moti multi viri docti in eā
ſententiam inclinauerunt, vt Scæuola
accipiat de ancilla, quæ non con-
cepit apud ſurem ipſum, ſed apud
ſuris heredem, qui cum habuerit
tunc temporis bonam fidem, illam
ancillam in hereditate repertam, &
bona fide poſſeſſam, prægnantem
vendidit alij bonæ fidei poſſeſſori,
apud quem peperit. In qua quæ-
ſtione

stione, cum non conceperit apud
furem, neque vitio furtiuitatis pol-
luatur, secundum supra traditas re-
gulas, procedet eius vfucapio, inde-
que ait Scauola, quod si partus esset
pars matris, neque vfucapi posset,
et si peperisset apud bonæ fidei pos-
sessorem, & ita euenisse in d. §. *Scauola*,
coniectari licet ex eo, quod
Vlpian. in d. §. *ancilla*, retulerit om-
nes difficultates, quæ circa an-
cilla prægnantis subreptæ partum
occurrere possent, non autem tra-
ctauerit de partu concepto apud
furis heredem, an furtius esset nec
ne, & ideo videbatur dicendum in
alio loco illum articulum retulisse,
at cum nullus sit in iure locus, in
quo egerit Vlp. de partu concepto
apud furis heredem, & edito apud
bonæ fidei possessorem, nisi in d.
§. *Scauola*, affirmare non dubitabi-
mus, ibi hunc articulum explicasse,
præcipue cum ius remaneret mutilum,
si rem adeo controuersam in-
decisam reliquisset, & quæstionem
adeo principalem omisisset, quan-
do de bonæ fidei possessore, & de
fure satis tractatum esset, atque id-
eo cum in d. §. *Scauola*, Vlpian. de
herede furis loquatur, credere pos-
sumus ad eam quæstionem magis,
38 quam ad aliam respexisse. † Huic
tamen opinioni repugnat aperte
Vlpian. in d. l. si ego §. *partus*. D. de
publiciana, & in l. 4. §. *si heres*. D. de
vfucap. ubi heres furis quamuis an-
cillam fortitum bona fide possi-
deat, non potest partus eius apud
se conceptos vfucapere, cum in vi-
tia succedat authoris l. cum heres.
11. D. de diuersis, & temporal. præ-
script. quam explicat Donel. lib. 5.
comm. cap. 20. Ant. Fabr. de errori-
bus decade 76. err. 9. & 10. Fachin.
lib. 1. controuer. cap. 66. Pichar. in
§. diutina, Instit. de vfucap. Wesen-

bech. in paratit. ad tit. D. pro herede
num. 2.

Sed difficultati respondere solent 39
illius opinionis assertores, argu-
mentum hoc euincere, heredem fu-
ris non posse vfucapere partum a-
pud se conceptum, & editum, quia
cum huic vfucapioni resistat mala
fides, quam habuit defunctus, in cu-
ius locum heres succedit, & cuius
personam induit, l. cum a matre 14.
C. de rei vindicat. l. 3. C. communia de
vfuc. cum alyis, auth. de iur. iur. a mo-
riente præfiso in principio collat. §. i-
gnorantione sua vitium illud defun-
cti non excludit, d. l. cum heres, doc-
cent supra allegati, & Ant. Fab. in l. si
res 7. §. in hac actione 12. & in d. l. si ego
§. *partus* 2. de publiciana, ac pro-
inde mala fides defuncti, ipsi impe-
dimento est, ne possit vfucapere.
† Titulus pro herede tunc prodest 40
heredi cum testator vfucapere non
poterat ex ea ratione, quod nullam
titulū habuit, non vero ex eo quod
malam fidem habeat, obseruat Ant.
Fab. in d. §. *partus*, nec titulo pro suo
poterat vfucapere heres partū, quo-
niam obstat ei mala fides defuncti.
Quæ omnia non habent locum in
d. §. *Scauola*, in quo nō tractatur de
vfucapione heredis, sed alterius bo-
næ fidei possessoris, cui heres furis
vendidit ancillā a se possessam bo-
na fide, huic autē, cum sit successor
singularis, non nocet mala fides au-
thoris, docent DD. ex l. an vitium §.
D. de diuersis præscr. & cum partus
hic conceptus sit apud bonæ fidei
possessorem, scilicet furis heredem,
& natus apud emptorē atque bonæ
fidei possessorē, non impeditur
eius vfucapio.

Verum hæc mihi, et si speciosa 41
videatur, nō in totum arridet expo-
sitio, quæ in eo primum peccat, dum
ait heredem furis ancillā prægnan-
tem

tem vendidisse, quæ postea peperit apud bonæ fidei possessorem. Verius est, quæstionem fuisse de iuuenço distracto ab herede, nam si bos vel ancilla subrepta fuerit, & concepit, & peperit apud heredem furis, hoc intenditur, an hic iuuençus, vel partus ab eo venditus, vsucapi potuisset ab emptore bonæ fidei possessore, idque indicat ille versus, *vsucapi ab herede distractum iuuençum non posse, sic inquit, quemadmodum nec ancilla partum*. In qua quæstione Marcellus negabat vsucapionem dari, quoniam esset pars matris, Scævola vero ratione reprehendit, in ea specie vsucapionem admittens, tanquã non sit pars rei furtivæ. Quod non solum ad partum pertinet, vt dixi, verum & ad fœtum, qui tamen conceptus est, & editus apud furis heredem postea vendentem. † Item

42 supradicta interpretatio admitti nõ potest hac ratione, si partus apud bonæ fidei possessorem esset editus, absurdum quod Scævola notat in finalibus verbis esset ridiculum, cum ratio eadem esset cum dicto hoc sensu: Ancilla fuit prægnans vendita ab herede furis, quæ enixa est apud bonæ fidei possessorem, in hac specie potest vsucapi partus, quoniam si non vsucaperetur, illud sequeretur absurdum, quod quamvis apud bonæ fidei possessore peperisset, vsucapi non posset partus. Nonne ineptissima esset Scævole ratiocinatio? Hinc consequemur, quod cum in absurdo proposito in vicinis verbis loquatur de eo casu, quando ancilla peperit apud bonæ fidei possessorem, evidens est, in antecedenti casu diuersam speciem tractare; hæc autem est, quando apud heredem furis concepit, & peperit bos vel ancilla.

43 Quare si quid mei iudicii, est o-

pinor in hac difficultate esse dicendum, Marcellum suam speciem proposuisse iuxta dicta supra num. 33. & nullam differentiam constituisse inter bonem aut ancillam, quæ cõcepit apud furem, vel apud furis heredem concepit, & peperit, quoniam cum in sua opinione esset partus, vel fœtus pars matris, furtivos quoque esse existimauit, ita vt si heres vendiderit apud se conceptum, & editum, non posset vsucapi. Scævola autem cum notat, affirmans hoc nõ posse procedere, nam heres etsi in vitia defuncti succedat, potest habere bonam fidem, atq; ita non cõtrectat, & sic furti vitio nõ afficitur fœtus, vel partus, vt dictum est nu. 37. & 38. Deinde asserit non ob stare rationem illam, quod sit pars matris, cum si vera esset, sequeretur vt si apud bonæ fidei possessorem concepisset, & peperisset, neq; etiam eo casu vsucapi posset, nam cum pars matris cerneretur, durante vitio furtiuitatis in matre, etiam & in partu duraret, quantumvis apud bonæ fidei possessorem concepto, & edito. † Et hanc fuisse mentem ratiocinationis Scævole, quamvis tantum

44 natiuitatis fecerit mentionem, non vero conceptionis, ex eo comprobatur: Primo quoniam argumentum ab absurdo ita concludit cõtra Marcellum, quod alias erit ineptum, nã si adaptat casui, quo ancilla concepit, & peperit apud heredem, alium similem, & quæ difficiliorem ex bonæ fidei possessoris iure peritum, debuit eodem themate terento adaptare, id est, quando concepisset, & peperisset apud bonæ fidei possessorum, in quo casu Marcellus vsucapionem concederet: debuit itaque respondere iuxta casum propositum, in quo concepit, peperit apud heredem furis, ergo necessario

gitur, vt in vltimis verbis de conceptione, & natiuitate apud bonæ fidei possessorem contingente, Scæuolam intelligamus. Cum itaque Vlp. scribat Scæuolam putasse, vsucapere posse & partum, hoc debet intelligi in illo casu à Marcello proposito, quando concepit, & peperit apud furis heredem ancilla, vel bos, cuius factum vel partum ab eo emit bonæ fidei possessor. Vnde si adduxit absurdum ex bonæ fidei possessore petitum, debuit in eodemmet casu loqui Scæuola. Casus autem est de conceptione, & natiuitate, vt dixi. † Secundo adstruitur nostra interpretatio non esse nouū, vt l. Consulci de natiuitate faciant mentionem, & tamen conceptionem quoque comprehendant sub verbo parere, vel nasci. Ita probatur in l. Paulus 29. §. si mancipia in fine d. de pignoris, vbi si non diceremus cōceptum fuisse, & natum partum apud emptorem, minime procederet illa decisio de natiuitate tantum loquens. Idem videmus in l. si conueneris 18. §. si fundus d. de pignor. act. & in l. de Salmiano interdicto, de quorum explicatione egi supra §. 2. num. 40. quemadmodum Paul. in l. 4. §. de illo de vsucap. de partu concepto & edito loquens, tantum meminit cōceptionis, & eodem modo Iul. in l. qui ob passionem 9. d. pro emptore. † Sed remouendus est scrupulus, qui nascitur ex specie propoſita à Marcello, etiam & in vacca, quæ concepit apud furem. Cui responderetur illum in sua opinione æquiparasse eos casus, & quando concepit apud furem, & apud furis heredem, & ob eam rationem dixit, non posse vsucapi inuencum, quia secundum supradictam rationem non minus contrectatus uno, quam in altero casu.

Sed id reicit Scæuola ratione illa ab absurdo petita, quod si pars esset partus, etiam si conciperetur, & pareretur apud bonæ fidei possessore, non posset etiam vsucapio procedere, quæ verba aperte indicant de herede furis dumtaxat loqui. Quæ interpretatio, dum alius meliorem non attulerit, sustineri poterit.

Rursus ex supra tradita à nobis decidendi ratione infero interpretationem ad l. ancilla 60. d. de furis, quo loci Africanus scribit, ancillam fugitiuam, quemadmodum sui partum facere intelligitur, ita partum contrectando furtum facere. Quæ decisio ea ratione procedit, nam quamuis natura non patiatur, vt idem sit agens & patiens, argum. l. si plures vers. nam difficile. d. de pactis l. deposui 38. §. Stichus. d. de peculio l. Stichus 16. §. fin. de peculio legato l. pupillus. §. si eum ipse de auctoritate tutorum, c. fin. extra de insinuat. atque ita fur, & res furtiua idem esse non potest, nec Ius Civile admittat, vt qui in alterius potestate est, illi furtum faciat l. rem 15. de acquir. possess. vbi dicitur, quod sicut fugitiuus possessione rerum alterum non potest intervertere, ita nec suam quidem, id est furtum sui facere l. 1. §. per seruum 14. l. 3. §. Nerua 13. de acquir. possess. l. 1. C. de seruis fugitiuis, tamen ne fuga seruorum dominis sit damnosa, vt per vsucapionem, aut prescriptionē dominis subtrahantur, introductū est, seruos fugitiuos censerī sui furtum facere, licetque tanquam res furtiuas vsucapi non posse d. l. 1. C. de seruis fugitiuis l. fin. §. serui. d. de publican. l. serui 17. §. fin. de furtis l. fin. §. sane si seruus, ibi: scilicet furtiuus. C. de iis qui ad Ecclesiam, docent Albericus, Salicet. & reliqui antiqui in d. l. 1. vbi etiam Cuiac. & Gifan, idem Cuiac. lib. 17.

lib. 7. obser. cap. 10. Ant. Fabr. in iurisp. tit. 3. princ. 3. litat. 1. Duar. in d. l. 1. §. per se ipsum. Oñald. ad Donel. lib. 3. c. 24. lit. D.

- 48 Qua ratione attenta Iust. inter res quæ vſucapi non possunt connumerat seruum fugitiuum in §. *sed aliquando Instit. de vſucap.* quem licet reprehendat Donel. d. lib. 3. cap. 24. satis defenditur ex supradictis & ex d. l. *ancilla*. Nam lege Fabia de plagio tenetur, qui seruum in fuga constitutum vendiderit, vel donauerit l. 2. *D. de lege Fabia de Plagiarijs l. in fuga G. C. cod.* vt serui à fuga detraherentur, si nec recipi à quoquam vel celari impune intellexerint, neque alteri acquiritur titulo, vel autoritate iusta, l. *seruus* 12. C. *de agrico. lib. 11.* & ideo non est mirū, si seruum fugitiuum, qui ob vitium furti vſucapi non potest, rei sacræ & homini libero æquiparet Imperator, qui alias in lege Plagij etiam æquiparatur l. 1. & 4. *D. de lege Fabia* cum aliis. Ergo cum res furtiua censeatur, inſucapibilis erit §. *furtiua Instit. de vſucap.* quod tamen non intelligas, vt vere committatur furtum, sed vt rectissime Gifan. ait in d. l. 1. vt furti captum effectus sequantur, quibus vſucapio excludetur. † Quæ omnia locum habent, & quando ancilla fugitiua concepit, vt quemadmodum ipsa propter fugam furti vitio afficitur, eodem quoque afficitur contrectatus ab eadem partus, ipsa autem propter fugam furtiua censeatur, & partus propter contrectationem furis. Ita recte docet Cuiac. tract. 7. ad African. in d. l. *ancilla*, vnde sicut ancilla subrepta si concepisset apud furem, partus utpote furti vitio affectus nō vſucaperetur d. l. *qui vas §. ancilla de furtis*, ita & eodem modo in fugitiua procedit, vt si apud aliquem

bonæ fidei possessorem peruenirint partus, l. *serui* 17. §. *fin. de furtis*, tanquam furti vitio affectus, & à fore contrectatus non vſucapietur iuxta supradicta.

Sed præter omnes contra hæc oppono difficilem speciem l. 1. §. *fugitiuum accipe. D. de fugitiuis*, vbi Vlp. ex Labeonis sententia docet, non censi fugitiuum ex fugitiua ancilla natum, atque ita recte potuit partus etiam à matre contrectatus vſucapi Quam difficultatem Ant. Fabr. in ratio. ibi sic componit, vt seruus, qui patrem habere non potest, sequatur matris conditionem, quantum ad naturales qualitates, non quantum ad accidentales, quæ ex bonis, vel malis moribus oriuntur, indeque fugitiuos non nasci sed fieri, & cum sit causa accidentalis, nihil commune habet eum naturali, & natiuitate. Quæ interpretatio seipsam confundit, neque confutatione indiget, & literæ illius iuris minime adaptari potest. † Dicendum ergo existimo, fugitiuum non censi partum editum ex fugitiua ad hoc, vt qui eum celauit dicatur fur, & puniatur, cum alias qui celauit fugitiuum, sit fur, & teneatur furti l. 1. in princ. *D. de fugitiuis*, quia eo casu habet, qui celat, animum interuertiendæ domino possessionis, & lucrare vult seruum, de quo delicto agitur in illo rit. ob eamque causam seruus error, qui alias differt à fugitiuo l. *quis sit* 17. §. *errorum. de adul. edict. l. fugitiuus* 225. *de verb. sign.* & ob id vſucapi potest, neque dicitur res furtiua (tradit Gifan. in d. l. 1. in fin.) tamen quo ad hoc, vt non celetur, fugitiuus intelligitur in d. l. 1. §. *fugitiuum*, quia non minus improbitas celatoris in errore militat, ac in fugitiuo. At vero in nato ex fugitiua hoc non procedit. Ratio

ea mihi videtur, nam cum pœna non debeat extendi *l. cum quidam 19 de lib. & posth. cap. odia. lib. de reg. iur. in 6.* restringenda fuit illa, vt in ea non comprehenderetur, qui celauit fugitiuæ natum, si quidem in eo non datur vera contractatio, quæ est interuersio possessionis *l. 1. §. Scauola D. si is qui testamento*, iunctis à nobis adductis *lib. 2. cap. 7.* quam tamen non habuit dominus ancillæ fugitiuæ, & ideo non est cur queratur de eo, quod suum fugitiuum celauerit. ¶ Quæ ratione appellatione fugitiui non comprehenditur natus ex fugitiua, ad hoc scilicet vt qui eum celauerit puniatur tanquam fur, sed nihilominus fugitiuus censetur ne vsucapiatur, & ne domino sit damnosa fuga matris *d. Lancilla C. de furtis*. Secundo respondeo natum ex fugitiua non censeri fugitiuum, quia in tali attendi debet, quod initium fugæ mente concipiat *d. l. fugitiuus*, & quod ea mente concipiat *d. l. fugitiuus*, & quod ea mente discesserit, vt ad dominum non rediret, *d. l. quis sit*, hoc tamen in nato ex fugitiua cum non detur, fugitiuus non dicitur, quia ipse illud propositum domini derelinquendi non habuit, neque mente tale quid concepit, & ideo fugitiuus non erit, vt in ædilitio edicto *d. l. quis sit*: at vero censetur furtiuus, quia à matre contractatur, & sic effugiet vsucapionem.

¶ Vt prius ex supradicta ratione dimanat interpretatio ad Venuleiū in *l. fin. D. de acquir. rer. dom.* quo loci ita scribit: *Si prægnans ancilla vsucapta, aut legata pariat, eius fieri partus cuius est ea, cui emetur: non cuius tunc fuisset cum conciperet.* Difficilia sane verba, & quæ nondum apertam reddunt Consulti mentem, nam promodo ancillæ partus, in

quo attenditur conceptionis tempus *l. iusto 44. §. et si possessionis, de vsucap. d. l. qui vult §. ancilla. d. §. Scauola*, cum vulgatis, non sit eius cuius eo tempore fuit ancilla, sed eius qui tempore natiuitatis iam dominus erat? Secundo, dici non potest vsucaptâ esse ancillam prægnantem, siquid veteri iure ad vsucapionem requirebatur annus *princ. Inst. de vsucap.* prægnans tamen nulla tandiu esse potest, vt post vndecimum mensem partum extendat. ¶ Et absoluti atque perfecti partus tempus est septem mensium, nouem, vel decem atque etiam vndecim, vt eleganter ex Plinio, Varrone & aliis docet Tiraq. in *l. si vnquam verbo suscepit*, num. 210. Menoch. de arbitrar. casu 89. Salomo. & alij in *l. Gallus de lib. & posth. in prin. vbi Pichar. cap. 4. ex num. 202.* Martin del Rio, ad Senec. in Theb. vers. 531. Cerda ad Virg. Egloga 4. in illo,

Matris longa decem tulerunt fastidia menses.

Et Andreas Lauren. historicæ Anatomice lib. 8. c. 9. q. 29. & 30. & eruditus admodum D. Laur. Ramirez Regius, meritissimò in rei dominicæ Senatu Consiliarius, in aut eo Pentacont. lib. cap. 3. ¶ Quo argument o motus Cuiac. lib. 4. sententiarum, Paul. tit. 9. §. septimo mense, expungit in *d. l. fid. verbum vsucapta*, & reponit verbum *alienata*, similiterq; loco illius verbi cui emetur, legendum censet *cum emittitur*, quas lectiones sequitur Gotofr. in *d. l. fin.* & vltimam probat Hotman. lib. 9. obser. cap. 9. post Haloandrium, verū primam lectionem recte reprehendit Hotmanus supra & Giphani. in *d. l. fin.* & merito, quoniam sine ea commendatione recte potest mens I. Consulti subintelligi.

Quare ad primam difficultatem respon-

respondendum est, partum ante conditionem nihil censeri, dum in utero existit, ut diximus §. 2. nu. 4. cum aliis. Quapropter non potest ratione conceptionis sibi eum vindicare dominus, qui eo tempore fuit ancillæ, id enim tempus expectatur, quo nascitur, & est in rebus humanis, quo potest dominium eius acquiri. Ratio est, in hac lege agi (iuxta titulum sub quo iacet) de modo acquirendi dominij, an quoad dominium partus expectari debeat tempus conceptionis, vel natiuitatis, & cum dominium non possit acquiri, nisi eius rei quæ existat, licet conceptio attendatur in partu, quoad inchoandam vsucapionem circa bonam fidem, & quoad furtiuitatis vitium, ut in d. iuribus, non tamen habebitur pro nato, ut eius dominium intelligatur acquisitum antequam nascatur, quia ius debet fundari super aliquo ente. *I. quidam referunt, l. 4. vers. esse enim. D. de iure codicill. iuncta definitione dominij, quam docuit Bartol. & alij relati à Pich. in rub. num. fin. de rer. diuis. & Donel. libr. 9. comment. cap. 8. & 9. & ideo ut acquiratur partus vere natus esse debet, cætera autem quæ fiuntur in dictis iuribus tendunt in tempus natiuitatis, & habent illam conditionem si nascatur, ut in d. l. qui in utero l. 3. D. si pars heredit. quod in ancilla vendita, vel legata recte procedit, nam testator qui eam legat, vel dominus qui vendit prægnantem, videtur velle, ut quomodocumque sit ad emptorem, vel legatarium pertineat, argumento l. si ancilla 63. de leg. 1. l. si quid 73. de leg. 1. l. in bello 12. §. fin. de capt. iuncta l. non quocumque 82. §. Iulianus de leg. 1. & l. venditor 8. D. de conditionibus. † Quoad alteram difficultatem, quam inducit verbum *visu**

capta, omisso Cuias. & aliis qui receptam lectionem evertunt, ut respondeant Albericus & eo non relato Gifan. in d. l. fin. speciem hoc modo confingunt, ut scilicet necesse sit ponere ibi ancillam fuisse prægnantem, & per aliquot menses possessam esse à venditore, eamque postea venditam alicui, emptorem possessionem à venditore capram complevisse, mulieremque ab emptore vsucapitā postea partum edidisse, quod in herede poni potest, alijsq; accessione temporis utribus. *l. Pomponius 13. §. 1. de acquir. possess.* † Quæ interpretatio difficultate non caret, quia si ille, qui ancillam possidebat, cum concepit, petiit partum, quasi sufficeret tempus conceptionis, quod ita dubitatum fuit apud l. Consultum, quomodo poterit emptor, qui ab eo emit, contra eū allegare possessionis accessionem, quam habet ex venditoris persona, contra ea, quæ notantur in cap. 1. de probat. l. qui accusare. §. C. de edendo l. nimis graue. 7. C. de testibus. Neque in d. l. fin. agitur de accessione temporis, sed de dominio partus acquirendo, ut constat ibi *cum fiet partus*, quæ verba ex vsucapione matris dominium partus illico concedunt. Deinde, si emptor iam vsuceperat, sequitur non potuisse venditorem partum petere quasi bonæ fidei possessorem, neque quasi dominum, cum iam quoq; constabat ipsum non esse dominum, & ita non poterat ex aliquo titulo partum vendicare, præcipue cum ipse ancillam vendidit, quo casu nescio quo iure partum petat.

Vnde existimo in d. l. fin. venditorem non petiisse partum, sed dominum ancillæ, qui tempore conceptionis in dominio suo eam habuit, ut indicat verbum *cuius* genitui casus,

quod denotat dominium l. 1. §. 1. *D. de religio.* obseruat Menoch. de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 16. numer. 7. postea autem prægnantem aliquo casu amisit, ita ut ad non dominum peruenerit, quo bona fide pro emptore eam vsucapiente, partum edidit, completaque vsucapione matris, non tamen partus, dominus qui eam vindicabat, dicebat partum ad se pertinere, quia tempore conceptionis ipse dominus vere erat dominus ancillæ ipsius, & cum partus nondum esset vsucaptus, quamuis à matris vindicatione excluderetur, tamen partus ei concedendus erat. In quo casu Venuleius ait partum non pertinere ad eum, quid dominus erat tempore conceptionis, sed ad eum, qui dominus iam est ancillæ, ratio est, quia in partu nullumius vnquam habuit antiquus dominus, neque iure domini quia erat in utero, & ideo id fieri non potuit, iuxta supra traditum. §. 6. neque ratione possessionis, quia eodem modo antequam nascatur non poterat possideri, l. si ego ii. §. pater. *D. de publiciana* ibi posset non est. Et consequenter excluditur, quauis partus vsucaptus nondum esset, sufficit quippe matrem iam esse vsucaptam, & eius antiquum dominum nihil iuris in partu habuisse, atque ita ex eo quod apud eum conceperit, non admittitur ad partum. Quæ mihi videtur genuina interpretatio I. Consulti.

- 60 Ultimo inferitur adeo partum apud furem conceptum, & editum, furtiuum esse iuxta superius dicta in ratione decidendi, ut nō possit vsucapi antequam in potestatem domini reuertatur, l. ancilla 12, *C. de furtis*, ratio non est in obscuro, nam cum res furtiua sit inusucapibilis, & furtiua cum vulgatis, Inst. de

vsucap. diximus late lib. 2. cap. 7. tunc furti vitium non purgatur, nisi in potestatem domini partus perueniat l. 4. §. quod autem cum seq. *D. de vsucap. l. si abducta* 10. *C. de furtis. l. sciens* 7. *C. de vsucap. pro emptore.* Vnde cum fur partum apud se editum iam incipiat contrahere sicut matrem, non solū furti tenebitur ratione matris, sed etiam partus, cuius vsucapio non dabitur donec in potestatem domini perueniat. Cōtra autem esset si apud bonæ fidei possessorem ederetur partus, qui apud furem conceptus est, tunc enim licet furtiuus censetur quo ad impediendam vsucapionem, iuxta rationem supra traditam: furti tamen ratio cessabit, utpote deficiente in bonæ fidei possessore naturali contrahatione d. l. qui vas §. ancilla, notat Pinel. lib. 2. select. cap. 1. n. 19. & 20. & Gotofr. ibidem, & ante eos obseruat Angelus ibi num. 1. & ideo in d. ancilla, ut fur teneatur partus nomine actione furti, requiritur, ut natus sit in sua potestate, quia tunc datur eius contrahatio, quæ cum sit fraudulosa l. in fin. *D. de furtis*, actionem furti producit, ut non solum ad matrem, sed ad partum teneatur: at in bonæ fidei possessore eum fraudis & doli causa cesset, iure optimo furti actio contra eum non datur in d. §. ancilla.

§. IIII.

De ancilla quæ vacuo utero subrepta concepit, & peperit apud bonæ fidei possessorem.

SVMMARIVM.

- I. *Dissertatio de ancilla subrepta quæ apud bonæ fidei possessorem concepit,*

- cepit, & peperit, in qua specie partum vſucapī poteſt, & n.2.
- 3 Ratio huius rei.
- 4 Quo titulo vſucapiatur partus à bona fidei poſſeſſore, & num.3. & 6.
- 7 Titulu pro ſuo quo poteſt vſucapi partus, quomodo intelligatur.
- 8 L. non ſolum 33. de vſucap. & l. ſi ego 11. §. idem. D. de publiciana, interpretantur.
- 9 Explicatio l. qui ob pactionem. 9. & l. ſeruus. 10. D. pro emptore.
- 10 Introducitur tractatio l. 4. §. de illo. D. de vſucap. cum diſtis legibus.
- 11 Commendatur eorum iurium diſcultas.
- 12 Proponitur Ben. Pinellius ad ea inra ſolutio, & reſellitur, & n.13. & 14.
- 15 Adducitur declaratio ad d.l. 4. §. de illo, qua magis videatur plauſibilior & n.16.
- 17 Confirmatur ea interpretatio fundamentis petitis ex d.l. qui ob pactionem. & n.18.19. & 20.
- 21 Explicatio ad d.l. qui ob pactionem, iuncta vera dubitandi, & decia. ratione. & numer. 22. & 23.
- 24 Obſcura ſpecies l. ſeruus. 10. D. pro emptore, aperitur & n. 25. 26. 27. & 28.
- 29 Cur in d. l. ſeruus, & in d.l. 4. §. ſi antequam. de vſucap. emptio dicatur celebrata. & n.31.
- 30 Permutatio generaliter omnes cōtractū comprehendit, & cum emptione multa habet affinia.
- 32 De altera difficultate tractatur, qua eſt inter d.l. 4. §. ſed etſi, & §. ſi antequam pariat cum l. iuſto. 44. §. etſi poſſeſſionis,
- de vſucap. & 33.34. & 35.
- 36 Quare ind. §. etſi poſſeſſionis, inſpiciatur ad vſucapionem partus non initium poſſeſſionis, ſed cauſa antiqua traditionis.
- 37 An de lure Canonico procedat decifio d. §. etſi poſſeſſionis.
- 38 Difficile Pomponij reſponſum in l. 4. D. pro ſuo varie ornatur, & interpretatur.
- 39 Varijs argumentis conuelliſſur Pomponius, & n.40.
- 41 Pomponij doctrina ibidem inepta videtur, & Tribonianus negligēs, quod eam in libris Pandectarum intexuerit. & num. 43.
- 42 l. Quod autem 42. de ſeruit. Verban.
- 44 Adducuntur explicationes ad dict. l. 4. D. pro ſuo.
- 45 Reſellitur Bened. Pinel. ad dict. l. 4. interpretatio.
- 46 Communis alia Antiquorum traditur interpretatio, & num. 47. 49. & 50.
- 48 Declaratur l. Clam poſſidere de adq. poſſ. & num. 54.
- 51 Supradicta Antiquorum interpretatio aliquibus conſiderationibus difficilius redditur.
- 52 Donelli ſententia ad dict. l. 4. reijcitur.
- 53 In deſperata hac l. 4. retinetur Antiquorum ſolutio, & ſatisfic difficultatibus in contrarium propoſitis, & numer. 56. & 57.
- 55 Reſpondetur ad l. ſi de eo, §. ſeruum. D. de adq. poſſ.
- 58 Explicatio ad l. ſi ego 11. §. interdictum. D. de Publiciana in rem act.
- 59 Retinetur vulgaris Florentinorum Pandectarum lectio illius.
- 60 Clauſula huius tractatus.



HVCVSQVE egimus de partu, qui propter furtiuitatis vitium, vel cōceptione, aut natiuitate apud furem contingente vsucapi non potest. † Nunc autem remanet inspectio, quando fuit ipse ancillam subripuit nō pręgnantem, quę post venditionem ab eo factam, apud emptorem, vel alium quempiam bonę fidei possessorem concepit, & peperit. † Quo casu certissima est iuris regula vsucapi partum, et si ex ancilla furtiua natum, potuisse. Quam regulam præter l. 3. C. de vsucap. pro empt. probat l. qui vas 48. §. ancilla. de furtis. l. ancilla 12. C. od. l. si aliena. §. Scano-la, l. non solum 33. de vsucap. l. si ego 11. §. partus. de publiciana. lib. 5. tit. 29. part. 3. explicant sæpius allegati in superioribus capitibus Albericus, & Salicetus in dict. l. ancilla. Cuiac. lib. 4. 4. Digestorum Iulian. in dict. l. non solum. Bened. Pinel. dict. lib. 2. cap. 1. num. 23. Ratio autem dependet ex dictis supra, quod partus ancillę furtiue non est pars matris. † Vnde licet mater sit illo vitio affecta, partus qui non existit in potestate furis, nullo vitio furti afficitur, vitpote à fure non contractatus, neque postea bonę fidei possessor eum contractat, neque ab alio contractatum accepit, atq; ita alienus tantum censetur, & ob id recte vsucapi poterit, docet Cynus n. 7. Albericus num. 2. in d. l. ancilla. Cuiac. & Bened. Pinel. supra.

4 Sed quo titulo partus vsucapiatur à bonę fidei possessore dubium est maximum, quod iura ipsa in hac parte satis contraria videantur, necnon etiam & DD. vt constat ex Cy-

no. n. 10. vers. quaro ergo. Baldo nu. 11. & 12. Alberico num. 6. & 7. vers. sed quaro, Saliceto num. 15. & seq. in d. l. ancilla, Pinello d. cap. 1. num. 43. Plures eo casu sine titulo partum vsucapi voluerunt, moti ex l. quod vulgo 11. D. pro emptore. Quem errorem damnat Petrus de Bellapertica in d. l. ancilla, qui similiter fallitur, dum ait ex duplici causa partum vsucapi, quem reprehendit Pinel. supra num. 42. † Dicendum itaque est cum Accurf. in d. l. si ego §. partus. vers. partum, non vsucapi partum eo titulo quo mater vsucaperetur, si furtiua non esset, sed titulo pro suo eo in casu, quo vsucapibilis est l. 2. & l. 4. D. pro suo. vbi docemur vsucapi posse partum ancillę furtiue titulo pro suo, non tamen pro herede vel emptore, quo titulo mater quę sita fuerat. † Ratio est: nam ad vsucapionem non nisi titulus immediatus potest proficere, ille autem, quo mater quę sita est, non est immediatus vsucapioni, imo neque mediatus, quia nemo dicet partum conceptum, & editum apud bonę fidei possessorem post tempus, quo mater est acquisita possideri eo titulo, quo mater possidetur, vt docet Pinel. supra num. 39. circa finem. † Titulus autem pro suo est, quando ad nos pertinere existimamus alienius rei dominium l. 1. D. pro suo. Hic autem est generalis, aut particularis. Generalis titulus solet concurrere cum aliis specialibus v.g. quando tractatur de vna, eademque re vsucapienda; puta ancilla, quę furtiua non erat, vel alia qualibet re, tunc enim si res illa ex titulo emptionis, vel alio titulo sit habita cum titulo quo habita est, concurrat ille titulus pro suo generalis, vt in d. l. 1. Specialis autem titulus est, quando tractatur de vsucapiendo eo, quod ex rebus alienis

alienis à nobis possessis natum est, quia tunc non potest concurrere alius titulus, nisi *pro suo* specialis, qui datur ad partum vsucapiendum, quem ex causa possidemus, & nostrum esse existimamus, occasione videlicet maris, cuius dominium nobis acquisitū esse putamus. Atq; ita titulus *pro suo* (vt recte aduertit Pinel supra n. 46.) non est quid extrinsecū, sed qualitas quædam possessionis à nobis ipsis, id est, opinione nostra orta, quæ si præcedat iusta aliqua causa, redditur ad legitimū titulum, & vsucapioni ansam præstat, & ob id à Paulo dicitur species possessionis in l. 2. *D. pro suo*.

8 Neq; in contrarium nos ire compellunt Iulian. in l. non solum 33. de vsucap. & eius alleitor Vlp. in d. l. si ego 11. §. idem Iulian. de Publiciana. qui docent partum ancillæ furtivæ ex eodē titulo vsucapi debere, ex quo vsucaperetur mater si furtiva non esset. Quod etiam adstruitur ex l. nō quocumque 82. §. Iulianus de leg. 1. & l. si id quod 73. de leg. 2. vbi partus ancillæ emptæ videtur habitus ex causa emptionis: Nam respondeti solet cum Accurs. in d. §. idem Iulia. verbo vsucapere, quem sequitur Bald. & Castr. in l. ancilla, & Pin. d. c. l. n. 39. & 41. illa verba ex qua causa vsucapere possem, ex ea causa me vsucapere partum, intelligenda esse, id est, quod ex causa ex qua posset matrem vsucapere, posset etiam vsucapere & partum, non vt tituli, ex quo mater habita est, sed occasione illius. Exemplum sit: Emisti ancillam furtivam bona fide, statim illam pro tua possidere cœpisti, cum putares per emptionem fuisse tibi quæsitum dominiū eius, inde si postea ancilla apud te conceperit, & pepererit, partum titulo *pro suo* possidere incipies, occasione tituli emptionis, quo ma-

ter habita est, quæ occasio si deficeret, non posses titulo *pro suo* possidere, & vsucapere partum, cum ille titulus *pro suo* non poterat proficere ad vsucapionem, si non præcedat aliqua causa, vel tolerabilis ignorantia l. 3. & 4. §. fin. & l. fin. D. pro suo, iuncta l. apud antiquos 21. §. cum igitur. C. de furtis. vbi bonæ fidei possessor domini cogitatione forem possidet: præcedente ergo legitima, vel iusta causa vel tolerabili errore, quo partum tuum esse existimes, ex eo quod matrem eius bona fide emeris, merito dicitur partum hunc à te vsucapione acquiri posse, ex qua causa, id est occasione tituli emptionis, quo mater est emptā. Ita interpretatur Accurs. illa verba ex causa argumento l. 1. §. ex incendio. D. de incendio, & ruina, vbi notat Bart. in princ. quod quamvis dictio ex denotet causam proximam, aliquando etiam significat causam remotam, itaq; titulus *pro suo* nascitur ex altero titulo *pro emptore* tanquā à causa immediata, quia certum est occasione ipsius emptionis partum haberi, quæ emptio si non interuenisset, neq; vsucapio procederet, vt partus acquireretur. ¶ Quomodo etiam interpretandū est, quod idem Iulianus ait in l. Qui ob pactionem. 9. & l. seq. D. pro emp. posse dominum, qui à seruo ancillam pro libertate accepit, eius partum quasi emptorē vsucapere. Intelligendus est Iulianus non vt quasi titulo *pro emptore* vsucapiat, sed ea occasione, & causa, quia quemadmodum emptio, & venditio inter dominum, & seruum in dicta specie contracta fuit, & termini habiles sint supponendi, dicendum est partum vsucapi titulo *pro suo*, cui causam, seu occasionem dedit illa quasi venditio inter dominum, & seruum celebrata, hocet

Pinel sup. n. 45. qui recte contra Accurs. contendit num. 44. partum ibi non acquiri titulo *pro soluto*, sed potius titulo *pro suo* ut diximus. Neque nostra doctrina enervatur ex dict. l. non quocunque §. Iuliano cum similibus. Quibus respondebis cum eodem Pinello num. 38. illa iura loqui in parte ancillæ prægnantis venditæ, ut diximus §. 2. n. 57. quæ nõ dicunt partum eodem titulo oneroso matris acquisitum censeretur, sed potius dicunt non videri habitum ex causa lucratiua ad effectum petendæ æstimationis, si partus eiusdem ancillæ legatus est, iuxta regulam §. si res aliena. Infit. de legatis: unde manifeste ostendunt titulum matris non extendi ad partum.

- 10 Sed aduersus supra propositam conclusionem obstat Pauli locus difficilis in l. 4 §. de illo D. de vsucap. vbi etiam si sum bonæ fidei possessor, & apud me concipiat, & pariat ancilla; adhuc tamen furtius censetur partus, ita ut eum vsucapere non possim: species ea fuit: Seruus meus pro libertate sua ancillam, quam subripuerat, mihi dedit, ea apud me concepit, & peperit. Quæsitum est an vsucapere possim? Sabinus, & Cassius non putarunt, quoniam vitiosa serui possessio domino nocet. Quæ sententia cum à paulo recipiatur tanquam vera, in contrariam partem habet Iulianum in d. l. qui ob passionem. §. & l. seruus. 10. D. pro empt. vbi disertis verbis in eodem casu vsucapionem concedit; cui parti fauere quoque videtur ipse Paul. in l. 2 §. & siquid non bona. 14. D. pro emptore. † Quorum iurium difficultas maxima est, & in ea Interpretes defatigantur, ut constat ex adductis ab Otualdo ad Donel lib. 5. c. 25. lit. G. & Genoa in eorum iurium antinomia pag. 295. qui om-

nes magis diuinant, quam explicat. ideo nos eorum omittimus & referre, & refellere interpretationes. Neque audiendus est Ant. Fab. in d. l. si ego §. interdum de publiciana pag. 531. suo more receptam lectionem infuistra secans, & iam in hoc, iam in illo verbo carnificinam exercens, putat Sabinus, & Cassij rationem ineptam esse, & tollenda esse illa verba & hoc verum est; & verbum diximus. † Quare verius rem attigisse videtur Pinel. d. c. 1. n. 24. dum credit illa verba, quia possessio, quam seruus vitiose natus sit domino noceret, ea ratione apposuisse Paulum, quia scientia serui subtrahentis ancillam, & domino pro sua libertate dantis, præiudicat vsucapioni, per dominum, licet ignorantem, & bona fide possidentem inchoanda, argumento l. cum mancipium. §. 1. D. de adil. edict. liberos 43. §. 1. de vsucap. iuncta d. l. 2 §. & siquid non bona D. pro empt. † Verum hæc traditio sustineri non potest, & hoc recte procederetur, si de vsucapione ancillæ tractaretur, quo casu certum est; serui scientiam domino præiudicare, at cum ipse furtiuam non esse senserit, recte potuit dubitari, an partus apud eum cõceptus vsucapi posset. Rursus videtur non ob illam causam in d. §. de illo partum nõ potuisse vsucapi: quoniam idem admittit Paul. in §. sed si ut seruum statim sequenti, vbi etiam si non dederit seruus ancillam, sed alius, ut seruus manumitteretur, eaq; apud dominum conceperit, & pepererit, eodem modo ait Paul. dominum non posse vsucapere, ergo non ob eam rationem fuit, quia serui scientia domino noceret. † Neque similiter sustineri poterit, quod ipse Pinellus ab aliquibus receptus d. c. 1. n. 19. docet, accipiendū esse d. §. de illo eoin casu

12

13

14

casu quādo quis ancillā à seruo pro libertate accepit, sed cum ipsa ab eo bona fide possideretur, apud dominum concepit, & antequam pareret cognouit alienam esse; tunc vero vsucapio partus merito denegatur, quia cū voluit incipere vsucapere, iā habebat malā fidem, quæ obstat initio vsucapionis §. diuina, Inst. de vsucap. & inepte subiungeret Paul. infra in vers. si antequam pariat, se dixisse possessorē bonæ fidei non posse vsucapere partiū, quando ante natiuitatem eius sciebat alienam esse matrem, nisi intelligeret in præcedentibus dari malā fidem de nouo ortam ante partum editum, cum integer ille versus sit solū de claratius præcedentiū, vt recte intellexit post Accurs. ibi verbo *concepit*. Imola ibidē, & Cuiac. in d. l. 4. §. heres. Quæ interpretatio, & si adaptanda sit ad d. §. sed si vsu seruum, qui immediate sequitur, tamen ad §. de illo nescio quomodo adaptare queat, neq; Sabini, & Cassij rationi, quæ longe diuersa est: qui vsucapionem negant, quoniam possessorio, quam seruus vixisse natus sit, domino noceret, ergo propter serui possessionem vitiosam, magis quā, quod propter malā fidem domini alienam postea ancillā esse cognoscens, vsucapio impeditur. Vterius, cum in d. §. de illo propositus sit ille casus iam dictus, sequitur §. sed & si, in quo cum aduersatiua illa sed proponatur, diuersum casum ac in §. de illo præsupponere debet, hæc tamen diuersitas non potest esse, nisi quia in vna parte dedit seruus, in altera liber, & in prima parte seruus possidere cæperat, in altera vero cognouit dominus esse alienam ancillam.

Quare dicendum est in d. §. de illo ancillam subreptam à seruo, ab eodem que possessam, apud dominum

habuisse, dum pactio intercederet de libertate serui, quo tempore ipsa concepit, & postea translatā in dominum peperisse, quo casu apud dominum concepisse ait Consultus, quoniam cum seruus quicquid acquirit, acquirit domino princ. Inst. per quas pers. nobis acquirit l. placet 79. de acquir. her. videtur in potestate etiam domini, & apud eū concepisse, & etiā fuisse quoq; in potestate serui, qui videtur adhuc eam possidere, & non tradidisse domino, & quāuis esset seruus, adhuc eam in bonis videtur habere ex l. 4. D. de manumiss. si tuus. 7. C. de oper. libert. † Sed vt clarius id explicetur aduerte, quod cum seruus subripuit ancillam, in eo casu nihil est, quod domino tunc potuit acquirere, non dominium quod erat apud dominū ancillæ, neque item possessionē, quæ iniusta cū sit, domino per seruū nō acquiritur, l. quod seruus 24. D. de acquir. poss. atq; ita quamuis ancilla fuit apud dominum serui, quando libertatem seruo imponebat, adhuc tamen non possidebat dominus ex supradicta ratione. Vnde & si dicat Consultus apud eum concepisse, intelligendus est dum seruus esset in eius potestate, qui ante acquisitam libertatem, nondum eam desineret possidere, hocque significat verbum apud, vt non plenam possessionem significet l. penes 68. de verb. sign. vbi notat Gotfr. † Quæ opinio etiam eo fundamento cōstipatur, nam cum Iulian. docet in d. l. qui ob pactiōē cum l. seq. in ea specie si ancilla concipiat, & pariat apud dominū, vsucapi posse partum, quod in d. §. de illo, negatur propter vitiosam serui possessionē; coacta ratione dicendū est, adhuc in §. de illo non desisse seruum possidere tempore cōceptionis (quæ fuit ratio præcipua Sabini) & in d. l. qui ob

18 *pactionem* iam eo tempore seruum
 non possidere. † Neq; respondebit
 qui dixerit esse in eadem specie di-
 uersas l. Consultorum sententia: nā
 praterquam quod dici hoc nō po-
 19 test, videntur eorum rationes diuer-
 sam significare speciem. † Alterum
 fundamentum est in d. §. *sed & si*, v-
 bi dicitur concepissee apud dominū,
 verū ea ratione impediri vsucapio-
 nem, quoniā ante natiuitatē cogno-
 uit ancillam esse furtiuam, hæc ratio
 non militat in §. *de illo*: ergo alia ra-
 tio assignanda fuit, quæ ut diuersa
 ab ista, nulla alia assignatur nisi illa
 Sabini, ergo loquitur in eo casu,
 quādo seruus fur attingit possessio-
 nē partus, & non solū matris, al. ās
 si fuisset ob vitiosam matris posses-
 sionē tantum, etiam in d. §. *sed & si*,
 propter eam impediretur vsucapio,
 propter vitiosam datis serui posses-
 sionem, & in d. §. *sed & si* propter
 20 malam fidē accipientis. † Constat er-
 go in d. §. *de illo* cum apud seruū furi
 concepisset, non esse mirum si ā do-
 mino vsucapi partus nō possit. Ra-
 tio autem dubitandi fuit, nam cum
 seruus quicquid acquirit, acquirit
 domino d. *princ. Inst. per quas perso-
 nas*, & ipse ancillam per furtum ha-
 buisse videbatur dominus, & non
 seruus ancillā possidere, si quidem
 nondum acceperat libertatē, & cum
 dominus esset bonæ fidei possessor,
 & partum vsucapere potuisse dicere
 quis posset, verum vt cum dixi non
 potueris acquirere dominium nec
 possessionem, licet apud se tempore
 conceptionis esset ancilla, adhuc ta-
 men partus cum ā seruo possideatur
 contrectatus est, cuius vitiosa pos-
 sessio domino nocet: vnde quod di-
 cit ad dominum concepisse intelli-
 gendum est, id est, dū seruus adhuc
 esset in potestate domini, qui cum
 ipse nihil suum habere possit, quan-

uis possidebat ancillam, videbatur
 quoq; esse apud dominum. Quæ in-
 terpretatio licet non ita ornata atq;
 defensa tradita fuit ab Osualdo d.
 lib. 5. Donel. ca. 2. lit. G. in fin. & fuit
 de mente Ioannis antiqui Glossa-
 toris, quem refert Accursius in d. l. *ser-
 uum* 10. d. *pro emptore* verbo *vsucape-
 re*, & Bart. in dict. §. *de illo*, dum ait
 fuisse furem in potestate vsucapien-
 tis, quod tanquam speciale in illo
 textu adnotarunt Alberic. & Angel.
 ibidem.

Quibus negotium non facit Iu-
 21 lian. in d. l. *qui ob pactionem* 9. d. *pro
 empt.* vbi videtur contrarium ita-
 tuere in d. §. *de illo*, cui solent respo-
 dere Imola, Albericus, Angel. &
 Cuman. in eisdem iuribus (quos
 & si non omnes laudauerit, sequitur
 Pinel d. cap. l. num. 17.) in illa specie
 seruū, qui domino pro capite suo
 ancillam furtiuam dedit, non furas-
 se ancillam, sed bona fide ab alio
 accepisse, & domino tradidisse, quo
 casu inquit Angelus, domino non
 nocebit vitiosa serui possessio. Sed
 hoc minime adaptari potest d. l. *qui
 ob pactionem*, vbi illa ratio possessio-
 nis vitiosæ serui aliū sensum habet,
 vt diximus, neque furis possessio vi-
 tiosa ancillæ, nocet bonæ fidei pos-
 sessori partum vsucapienti, etiam si
 seruus, ipse furasset vt in d. l. *seruus*;
 alias nunquam partus vsucapi pos-
 set, si quia mater vitiose possessa es-
 set, partus bonæ fidei possessori na-
 tus, & cōceptus, aliquid impediret
 ad vsucapionē, & iuxta eā interpre-
 rationē nulla ratio dubitandi erat,
 quod ā seruo accepisset, vel alio bo-
 næ fidei possessore, praterquā quod
 secundū tradita n. præced. minime
 hæc interpretatio admitti poterit.
 † Quare respondendū existimo, Iu-
 22 lianum tantum proponere, dominū
 posse vsucapere partum ancillæ,
 quam

quam seruus subripiens eidem pro libertate sua dedit. Hoc tamē quomodo debeat procedere, non aperit, siquidem in eo dubitatio non erat, certumque sit iuxta adducta nūm. i. supra, debere concipere, & parere ancillā apud bonæ fidei possessorem, qui vno, & altero tempore bonā fidem habeat. Ratio dubitandi fuit, quod cum seruus subripuit, videbatur domino nocere eius iniūta possessio, & scientia serui ad vfucapionem impedimentum erat, d. l. heres 43. §. 1. de vfucap. d. l. 1. §. & si non bona D. pro emp. † Ratio decidendi est, quod cum non fuerit partus à seruo contractatus, sed dominus ancillā vacuo vtero acceperit, eueniet, vt vfucapere possit. Idque Iulianus tāquam certum supponit, indistincte scribens, procedere posse vfucapionem, quemadmodum quoq; supponit, debere dominū esse bonæ fidei possessore, cū aliter vfucapio locū nō haberet d. l. non solū cum alijs: neq; scientia serui, & vitiofa eius possessio, quicquā obest, id enim obtinet in persona ancillæ, si de ea vfucapienda tractaretur d. §. et si non bona, nō vero quando tractatur de partu vfucapiendo à seruo non contractato, de quo nos loquimur.

24. Difficiliore est d. l. seruus 10. D. pro emptore, vbi vitiosa serui possessio domino non nocet, nam omiſſis antiquioribus quos sequitur Pinel. supra n. 28. qui dicebant, seruū liberum iam factum ancillam tradidisse, quod falsū esse probatur ex verbis fin. d. l. seruus, ibi: *venditio inter dominū & seruū*, quæ innūunt, illā quasi venditionem celebratam esse, cū seruus adhuc maneret. Et cōtempis alijs coniecturis Gæddi in l. partum 26. de verb. sign. n. 11. qui ait Paulum nouiorem esse Iuliano, & in veteri disſensione relicta illius

sententia adhæſiſſe Sabino, qui ait & hoc verum est, in d. §. de illo, sed d. l. seruus positam esse, vt extaret indicium aliquod illius diſſidij, quod mere est nugari, & merito reſcitur ab Oſuald. d. cap. 25. lit. G. Respondendum est igitur ex dictis supra n. 15. in d. l. seruus concepiſſe ancillam postquam venit in poteſtate domini, cum neq; serui vitioſa poſſeſſio partum attingit, vt diximus accidisse in d. §. de illo, quod ipſa litera denotat, dum poſt dationem libertatis ait concepiſſe: quo caſu cum non ſit partus à seruo contractatus, recte procedit vfucapio. † De ratione autem dubitauī, quæ non videtur cōgruere deciſioni, ſed ſeparata eſt, & diſtans ab ea, nam quid cōmune habet hæc traditio, *poteſt dominus vfucapere*, cum illa ratione quam reddit Iulian. *quia quaſi emptio celebrata eſt inter ſeruū, & dominū*: Et multo obſcurius hoc fiet, ſi cum Pinelo supra n. 25. & 45. dixeris Iulianū ibi voluiſſe assignare titulum, ex quo dominus ancillam poſſideat, vt ſcilicet poſſideat ex titulo habili ad vfucapionem, qui reſultat ex conuentione ſuper ſerua fugitiua, conuentio videtur accedere venditioni, & dum meminit tituli *pro emptore*, nō eſt ad eum eſſe cōſum, vt pro emptore vfucapiatur, ſed quia dominus habet titulū quaſi pro emptore reſpectu ancillæ, ex qua partus editur, quia videbatur non iuſto titulo habita, & conſequenter nō poſſe iuſte procedere titulū ad partum vfucapiendum, quod vt excludat, ait, *quaſi emptionē fuiſſe celebratam*. † Quæ interpretatio videtur adiutua. 25. xi ex d. l. 4. §. ſi antequam pariat. ibi: *initium vfucapionis intueri debemus, ſicut in rebus emptis placuit*, vt ſcilicet in ſupradicta ſpecie videatur cōtrahi quaſi emptio & venditio. Quæ

et si vera sint in se, non aperiunt id quod quærimus, quomodo scilicet illa ratio quasi venditionis extorqueat, posse dominum vsucapere, nam propter illam rationem *quod res est absit*, quilibet posset vsucapere, etiam malæ fidei possessor, cum ratio ita generalis sit, vt vsucapio ancillæ propter eam nō excludatur. Et altera ratio inepta videtur, si quis se posse vsucapere affirmaret, quia ex contractu emptionis accepisset, & falsum esset, si in illo casu diceremus, ex titulo emptionis vsucapere, ex dictis supra num. 2. Non latuit hæc difficultas Accurs. in d. l. *seruus* verbo *namque*, qui ait, nō esse rationem illam quare dicatur vsucapere, sed quare videatur quasi emptor, quod alto silentio omnes Interpretes reticuerunt.

- 27 Quare responderi posse ita dicebam, Iulianum satisfacere voluisse tacite obiectioni, quæ opponi poterat contra vsucapionē in illa specie, quæ est, quod cum dominus à seruo ancillam accepisset, videbatur semper eam retinuisse in potestate ex eo tempore, quo seruus eā possederit, & consequenter possessione ex persona serui in dominum continuata, non posse bonæ fidei possessorem effici, neque vsucapere, quantumuis haberet bonam fidem, quæ ei non proficiebat licet inter eos conuenisset, vt pro libertate daret ancillā, cum seruus nihil dabat ex sua parte, neque poterat habere, quod domini non esset. † Cui dubio voluit Iulian. satisfacere illa ratione, *quod res domino abesset*, id est seruus, qui per libertatis dationem ei substractus est, & sic contractus quidā emptionis interuenisset, dum seruus præstitit ancillam, & dominus libertatem. Quasi diceret, recte eum esse bonæ fidei possessorem, cum
- 28

videatur emisse, neq; possessionem, quam habet, eandem esse ac illam, quam habuit seruus, à quo (contractum celebrans) emisse videtur, vt diximus, l. 4. *de manumiss.* cum adductis supra num. 15. Cuius rei signum est, quod *ei res absit*, id est seruus, pro quo accepit ancillā, quam non possideret, nisi ita contractus ille interuenisset, antequam ei non erat acquisita ancillæ possessio, d. l. *quod seruus* 2. 4. *de acquir. posses.* ex quo deducitur esse bonæ fidei possessorem, & ideo vsucapere posse.

Sed restat inquirere circa ea iura, 29 cur quasi emptionem celebratam fuisse in illo casu asserat Iulian. & Paul. in d. l. 4. §. *si antequam*, emptis rebus assimilet eā speciem. In qua re opinor, quasi emptionem genere quodam fuisse celebratam, nō quia eo casu interuenerit, cum de nullo pretio cōuentum fuit, quod de substantia emptionis requiritur, §. *pretium autem*, de *empt. & vend.* Cōnan. lib. 7. com. cap. 6. Gomez 2. tom. var. cap. 2. num. 9. neque fuit in pecunia numerata l. 1. *de contrah. empt. l. emptionem* 7. *C. de rerum permutat.* cum alioquin constare non possit, quid pretium sit, & quid merx, neq; venditor in eo casu ab emptore discernatur, quam ob causam emptio rebus non fit l. *pen. C. de rerum permutat.* vnde dicendum est permutationem inter dominum, & seruum celebratam esse, vt pote quia vnus dedit libertatem, & alter ancillā l. *naturalis*, §. 5. *et si quidem cum seq. & §. sed si dedi. D. de præscr. verb.* † Quo casu cum permutatio sit, & hæc proprio nomine careat, & eius appellatio generaliter omnes contractus comprehendat, vt tradit Bart. & Ang. nu. 2. lafon. num. 7. in l. iuris gentium de pactis Cuiac. libr. 5. qq. Paul. in d. *si et si quidem*, vbi Meneses num. 2. 30 Wesenbech.

Wesembec. ad tit. de rer. permutat. num. 1. Vacon. lib. 1. declarat. cap. 27. numer. 8. Berengar. Fernandez in l. pacta conuenta cap. 3. numer. 43. de contrahend. emp. Quia tamen multa habet affinia cum emptione C. de rer. permutat. l. 2. D. cod. l. si. D. ex quibus cau. in poss. notant Hortman. lib. 19. epitomat. in Pandectastit. 4. nu. 7. Welen. vbi supra nu. 2. Ant. Gomez tomo 2. var. cap. 8. in fin. † Emptionem fuisse celebratam genere quodam docet Iulian. id est, quodammodo id negotium venditioni simile ac proximum est, vt explicat Cuiac. lib. 4. obseruat. cap. 8. nam in hoc casu permutatio & emptio pari passu ambulant, vt in d. l. 4. §. sed et si vers. idemque fore.

32. Nunc autem necessarium erit, vt explicemus alteram difficultatem, quæ remanserat ex d. l. 4. §. sed et si, cui ex communi placito Accursij, Cuiac. & aliorum, quos sequitur Pinel. d. c. 1. num. 29. respondendum erit procedere, quando ancilla ab aliquo fuit pro serui libertate data domino, quo bona fide possidente, ancilla concepit sed antequam pareret, cognouit eam esse alienam, quo casu denegatur vfucapio, quæ cum bona fide in initio possessionis requiritur l. unica C. de vfucap. trāsf. form. §. autina, Inst. de vf. cap. 1. tempore autem quo partus nascitur, & incipit possideri, malæ fidei possessor est, atque ita excluditur. Quæ interpretatio probatur ex d. §. si antequam, qui perperam fuit separatus à §. sed et si, cum vnâ incontinentemque habeant decisionem. Nam cum dicat si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus nō posse cum vfucapere, constat in d. §. sed et si, ita casum euenisse, ex vobula illa diximus, quam non referas ad §. de illo, sed tantum ad §. sed et si. Et quamuis

illa vox de magis separata specie videatur relationem facere, satis proprie manet relatio habita ad §. sed et si, cum interpositus versus idemque fore alios casus intromittat, quibus explicitis iterum ad emptorem, de quo fuerat loquutus, redit.

Aduersus quam veram traditionē 33 infurgit Papin. in l. inste 44 §. et si possessionu. D. de vfucap. vbi scribit, quod si quis ancillam alienam bona fide cœperit possidere, partum eius vfucapere poterit, quamuis antequam pareret, alienam esse cognouerit, cuius legis meminimus supra §. 2. nu. 6. & §. 3. num. 20. & seq. sed vltra ibi adducta, huic obstaculo responde distinguendo inter ancillam furtiuam & alienam: furtiua est quæ vitio furtiuitatis afficitur, ita vt sit in vfucapibilis, iuxta d. l. qui vas §. ancilla. D. de furtis. Aliena est, quando res non fuit à principio contrectata, sed aliquo casu peruenit in potestate non domini l. potest. 36. de vfucap. §. furtiua. vers. sed tamen, Inst. cod. in qua acquirenda necessaria est vfucapio, si ancilla furtiua est, & antequam pareret, furtiuam eam esse cognouit bonæ fidei possessor, eo iā casu non poterit partum apud se conceptum vfucapere, ex ratione de qua supra d. §. 3. num. 18. iuxta quam speciem procedit d. §. sed et si, & §. si antequam pariat. Quod idem admitendum est, quando antequam conciperet ancilla aliena, cognouit esse alienam vt obseruant DD. quos allegat Pinel. supra numer. 49. vers. & quod attinet (licet ab ea sententia immerito discedat, vt pote quia nō potuit se liberare à difficultate d. §. et si possessionis.) Si vero cognouit ancillam alienam esse postquam iam conceperat, tunc recte partus vfucapitur, et si tempore natiuitatis erat in mala fide. Quo casu procedit d.

- §. *et si possessionis*, in cuius specie ponendum est, ancillā fuisse pręgnantem emptam, nam fingitur tunc comparatę ancillę tempore natus *dist. l. pen. de statu hom.* † Neque considerantur dux possessiones pueri, vna tempore, quo fuit in vtero, altera vero tempore quo nascitur, sed tantum vna possessio, ita vt bona fides, quę in ancillę traditione interuenit, ad partum quoque porrigatur. Docuit Accurs. in d. §. *et si possessionis* verbo *quod alienam*, quem sequitur Cumanus ibi nu. 1. & eo non relato. Cuiac. lib. 23. q. Pap. in d. §. *et si*, in fine Donell. lib. 5. comment. capit. 25. vers. hic obstat. & Anton. Fab. in d. l. si ego §. interdum de Publiciana pag. 43. in fin. † Ratio autem differentię est, quia in ancilla furtiua nō tribuitur possessori, vt bona fides, qua cępit possidere matrem, profit quoque ei, ad hoc vt videatur partum eadem fide possidisse, idque factum est odio furti, quod committere iam videtur, qui adhuc retinet ancillam quam cognouit esse subreptam. argument. d. l. *qui vas* §. *ancilla*, vbi cum actio furti non habeat locum contra bonę fidei possessorē, à contrario danda est, si iam sit malę fidei possessor: at qui cognouit ancillam fuisse alienam tātum, ideo partum vsucapiet, quia eodem iure videtur eum possidere, quo & matrem, & sicut eam vsucapere potuit, quamuis iam haberet malam fidem l. bona 48. §. *in contrarium*. D. de adq. rer. dom. l. penult. D. pro empt. sic posset & partum, cuius vsucapio recte cępra non interpellatur ob superuenientem malam fidem, tradit Donell. d. c. 25. & Pinel. d. nu. 1. vers.
- 36 dum vero. † Verum ego vellem, vt ipsi explicarent illius singularitatis rationem, quare in *dist. §. et si possessionis*, non initium huius possessionis inspiciatur, sed causa antiqua traditionis. Quam difficultatem assignarunt Castren. Imol. Cuman. & Angel. ibi. non tamen explicarunt, Dicendum ergo est Papin. illic non coniungere possessionem partus cū possessione matris, sed tantum ait, bonam fidem, quę initio traditionis matris adfuit, inspicere solere, & in possessione partus, vt possit vsucapi. Ratio meo videti est, quia cum bona fides inspiciatur initio traditionis, & tunc partus esset in vtero (vt dixi) ad traditionem tunc factā videtur pertinere, eodem modo, ita vt quando mater tradebatur, & partus quoque traditus videretur, arg. l. fin. §. *non solum*. D. *quā in fraud. cred.* cum venditus cēferetur cum matre, eodēque iure quęsitus l. *si quod* 73. D. *de legat. 2.* quo casu bona fides, quę traditioni adesse necesse est l. *si is qui*. 15. §. *fin. de vsucap.* & in partus traditione adfuisse creditur cum toto illo tempore durauerit matris continua possessio, quam etiam & in partu post natiuitatem habet, unde non est necessaria bona fides, sed illa sufficiet, quę initio fuit cum partum emisset simul cum matre. † Sed quoniam hac in parte Ius Ciuile erat iniustum, bonam fidem dumtaxat exigens initio vsucapionis, non vero reliquo tempore, quoad hunc articulum non poterit procedere Pap. decisio attento Iure Canonico, quo per singula momenta bona fides requiritur in vsucapiēte, ita vt si superueniat mala fides, vsucapio interrumpatur cap. *fin. de prescript.* (explicat Fachin. lib. 1. cōtrouerf. cap. 63.) Idque etiam iure nostro probatum extat ex l. 54. tit. 5. p. 5. vbi Greg. alia familia iura allegat. videndus Molina de iust. tom. 1. disp. 66. Couar. in reg. possessor. 2. p. §. 11. per totum, & ideo non poterit
- vsu-

vsucapi partus, si ante impletam eius vsucapionem possessor ancillam furtivam vel alienam esse cognoverit, neque intererit an furtiva sit vel aliena, vt obseruat Pinel supra num. 52. & 63.

38 Sed his omnibus aduersatur Pomponij responsum in l. 4. *Dig. pro suo*. Vbi si bona fide ancilla furtiva empti sit, eaque apud bonæ fidei possessorem conceperit & pepererit, si procedente vsucapione partus, matrem eius furtivam esse cognouit, negat contra Trebatium vsucapionem procedere, nisi ea distinctio adhibita sit, vt si scierit cuius esset ancilla, certorem dominum faciat, aut si non possit, forte quia aliquo impedimento detinebatur, vel ita absenserat dominus, vt certioratio ad eum non posset peruenire, tunc poterit vsucapere: sin vero cum sciret & posset dominum certiore in facere, non fecerit, vsucapionem ait locum non habere. Quæ traditio videtur aduersari Paulo in d. l. 4. §. si antequam pariat, dum indistincte docet initium vsucapionis intuentum esse, si cum iam vsucaperet emptor, cognouerit alienam esse ancillam, atque ita valet vsucapio, cum principio habuit bonam fidem, quæ iuxta ordinarias regulas vsucapionis tunc adesse debet, vt diximus.

39 † Quæ difficultas summe grauis est, & in qua videntur I. C. aperte dissidere, & Paulus Trebatij sententiam amplecti videtur, quam reprobatur Pomponius, sine ratione, vt opinor, cum etsi clam possidere videatur, hoc procedit, & habet locum quantum ad ancillam l. si de eo 40. §. seruus. D. de acquirend. poss. non vero quoad partum, qui cum semper possessus fuit bona fide pro suo, non potest dici furtiuus, neque contractatus, & consequenter neque clā pos-

sessus l. clam possidere. 6. vers. non enim. D. de acquirend. poss. l. 3. §. fin. D. quod vi aut clam. † Deinde mihi videtur infructuosa non solum illa certioratio, verum inepta, nam quæ ratione vsucapionem inducere vult, eadem vsucapio nunquam effectum habebit, idque ex eo patet, si quidem monitus & certioratus dominus non solum ancillam recuperabit, sed etiam & partum nondum vsucaptum, quod euenire facile poterit, nondum tempore vsucapionis completo, & ita irrideri poterit possessor, qui ipse suo damno causam dedit. † Quibus ita inepta apparet Pomponij traditio, vt Tribonianus negligentie crimine coargui possit, quod libris Pandectarum hoc caput intexuerit, quinimo & ipse Pomponius ignoranter sane videtur in eodem articulo pertractando sese gessisse. † Cui non est insolens, huiusmodi responsa proponere, quæ sine ratione procedere videantur. Exemplum præstat l. quod autem. 7. Digesti de seruit. Urban. ibi, propter naturalem motum arboris. Quæ ratio inepta iudicatur à Baldo & Fulgosi. ibi, quasi nihil concludat ad id quod adducitur, & ita in eius explicatione defatigantur Castrensi. Angelus, Cuiacius & Anton. Fab. illic. Connan. lib. 4. comm. capite 2. numero 6. Radulph. Forner. lib. 2. quorid. cap. 12. Zoannet. in testit. ad Pandect. cap. 25. Donellus libro 11. comm. cap. ult. vbi Osuald. litera E. † Verum, quia dist. l. 4. in libris Digestorum collocata extat, & adhuc ipse Pomponius cum Trebatij sententiam perlegerit, nihilominus eam reprobaui, affirmare possumus hoc sine ratione iuris non fecisse, & ideo necesse nobis erit eius mentem assequi & aperire. † Et in primis Pinel. sup. ex nu. 44

46. existimat in d. l. 4. bonæ fidei possessorum postquam cognouit ancillam esse furtiuam, & tacet, contra-ctare videri, cum furtum inuoluat clandestinitas l. 1. D. de furt. l. ancilla 12. C. eod. ibi, si hanc causam non ignorent. Quod idem & ad partum producit, quando possessor clam retinet, sciens ancillam esse furtiuam, & ideo ut hoc vitium adimatur, necessarium esse certificationem, qua tollitur clandestinitatis vitium, & stat titulus *pro suo*, & consequenter procedit vsucapio, quia quem cæpi iuste possidere *pro meo*, dum titulus non remouetur, vsucapere possum, non obstante simplici mala fide. Idem est si non potuit dominum certiorare, quo casu solam malam fidem habere creditur, non autem animū clam possidendi, qui si posset, certioraret, & ita manet titulus *pro suo*: si autem sciuit & noluit, clam voluit possidere, quæ possessionis qualitas tollit qualitatem possessionis *pro suo*. † Sed hæc nescio an tollant difficultatem, qua inuoluitur Pomponius, & in effectu nihil aliud addit Pinellus, nisi litteram Pomp. paraphrasi quadam ampliorē reddere, non clariorem. Neque doctrina vera est, nam eo modo sequeretur, bonæ fidei possessorē semper ex scientia rei alienæ effici contrafactorem, ita ut nequeat vsucapere partum, quem prius bona fide possidere cæperat. Quod negat Paul. in dist. 8. §. si antequam, cui minime satisfactum est. Deinde vellem à Pinello edoceri, quomodo possit titulus *pro suo* dari in vsucapiente, certiorato iam domino ancillæ, si titulus ille iam per malam fidem euauit, qui alias est ita debilis, ut proueniat ab ipsius possessoris cogitatione. Neque si respondeat Pinel. quod etsi mala fides superueniat, dum titulus non

remouetur, locum habebit vsucapio, quidquam proderit, siquidem eo casu, quo adest scientia rei alienæ, & dominus iam est certioratus, non possum ego possidere *pro meo*, quia iste titulus consistebat in mea ignorantia cum domini cogitatione possidebam l. apud antiquos 21. §. cum igitur ibi, bona fidei possessor domini cogitatione suam possidet Cod. de furtis, quod cum iam deficiat destructo fundamento tituli, & titulus quoque non subsistit, & hæc interpretatio Pinelli non satis difficultatibus supra propositis respondet.

Quamobrem ab aliis receptior 46 fuit illa, quam primus omnium tradidit Dynus & Iacobus de Aretio, quos refert & sequitur Alberic. in l. ancilla num. 6. C. de furt. & tradit Odo. h. d. num. 5. vers. et si quæras, ubi etiam Castren. circa fin. & Salicet. n. 16. Cuman. in d. l. 4. num. 3. vers. sed tunc obstat. Qui aiunt distinguendū esse inter hos duos casus, an possessor simpliciter cognouit ancillam esse alienam, cum reuera esset furtiua, vel an cognouit esse furtiuam. Primo casu procedit vsucapio, si possessionis initium sine vitio fuit, quia tunc non intelligitur celare, neque clam possidere. Secundo vero casu quando cognouit esse furtiuam, tenebitur, ut vsucapio procedat, adhibere certificationem, de qua in d. l. 4. aliter autem contrafactore videtur matrem & partum clam possidere. † Ratio differentię est, 47 quoniam cum furtum ita odiosum sit, sequitur exinde, ut si celauerim furtiuam ancillam iam contrafactore videar dist. 1. §. de eo §. seruum, cum iniusta sit ea possessio l. communi. 7. §. inter pradones. Digest. com. diuid. & consequenter furtum committo, & mihi interdicitur vsucapio, iuxta regulam qua furtibus

rerum vsucapio interdicitur, quæ tamen ut procedat, ea solemnitas certificationis introducta est, qua clandestinitatis vitium purgatum est. † Verum tunc obstat *l. clam possidere*, ibi: *non enim ratio obtinenda possessionis, sed origo nanciscenda exquirenda est*, qua docemur eum qui cum clam non possideret, sed iustam habuit causam possidendi, se celauerit, non videtur clam possidere, quia inspicitur solum origo possessionis. Quod in specie dist. l. 4. dicendum erat, cum à principio clam non possederit. Cui difficultati respondent post Accurs. ibi verbo *obtinenda* Duatenus ibi, & Cuiacius tractat. 7. ad African. in dist. l. si de eo §. seruum, ubi Giphani. qui ex supradicta distinctione hanc rem ita temperarunt, ut dist. l. clam loquatur non de re furtiua, sed de alio vitio possessionis, veluti si cognouit possessor, vel rem ad se non pertinere, vel se aliam iustam causam possidendi non habere. Quo casu non possidet clam, nam alius sequeretur vsucapionem interrumpi ex superuenientia malæ fidei contra l. vn. Cod. de vsucap. transform. cum vulgar. † At in dist. l. 4. loquitur Pomponius de re quam cognouit possessor esse furtiuam. Differentia est, quod singulare est hoc admissum in partu ancillæ furtivæ, quæ cum non posset ab illo possessore vsucapi propter odium furti, vi admissum fuit partum eius vsucapi, aut certe admissum non fuit sine varia distinctione, & strictius admissa est vsucapio partus illius, quæ ob furtum ipsa non erat vsucapibilis, & ita si cognouerit esse ancillam furtiuam, clam possidere videbitur possessor, licet alias non videatur clam possidere, qui 30 cœperat bona fide. † Neque ob-

stat quod non videatur alicuius esse utilitatis dominum certiorari, si quidem potest (ut credibile est) partum nondum vsucapitum cum matre vindicare. Nam respondeo id esse introductum odio furti, ut dixi, propter quod strictiore iure vsi sunt Consulti, ita ut ægre admitterent illam partus vsucapionem. Et queri non debet possessor cum eo in hac re tam grauitur agi, cuius celatio malum designat animum rem alterius subtrahendi, quo possessione effecta clandestina, satis fuit, si ei concedatur acquisitio partus quando non potuit certiorare, vel quando dominus fuit negligens in repetenda ancilla & partu, quibus in casibus eum potuit acquirere & effugere furti iudicium, quod ex eius mala fide & clandestinitate procedebat l. i. in princip. Digest. de fugitiuis, in iura l. qui vras §. ancilla de furt.

Verum hæc non explent animum meum, propterea quod ea distinctio inter cognoscere rem alienam vel furtiuam esse, nullo iuris fulcro munitur, imo aperte destruitur ex distinctione à nobis supra adhibita numero 33. & sequent. ad interpretationem dist. §. et si possessionis, & d. §. si antequam. Neque verà aut saltem probabilis assignatur ratio differentię, quare cum esset furtiua, si cognouisse alienam, tunc possum vsucapere, non vero si vere cognouisse furtiuam, cum plus in vno casu debeat esse in re, quam in opinione, argument. l. regule. 9. §. qui ignorauit. de iuris & facti ignor. l. 4. §. 1. de manumiss. vind. §. si quis rem suam, de legat. vbi Pichard, & Mynsing. Donellus libro 8. comm. capite 11. in fin. Morla in emptor. titul. de iuris dist. quæstione 26. numero 8. neque malitia intrinseca furti tol-

litur aut minuitur ex eo, quod sciam rem esse alienam, cum ita in vno quam in alio casu vigeat, siquidē Paul. in ea specie non concedit vsucapionem in d. §. *si antequam*. Secundo adhuc vivit difficultas d. l. *clam*. quæ cum generaliter loquatur, nescio qua ratione rem alienam tantum comprehendere dicamus. Neque difficultatibus supra propositis numer. 38. satisfactum manet, neque iuris certo principio, quo docemur vsucapionem nō interrumpi, etiam si quis ex postfacto habeat malam fidem d. l. *vn. C. de vsucap. transform. l. bona fidei 48. §. 1. D. de adq. rer. dom. §. diutina de vsucap.* nam et si celauerit, non ex eo efficietur eius clandestina possessio d. l. *si de eo. §. seruum. D. de adq. poss.* alias autem diceremus vsucapionem non procedere, si aliquis intra constitutum tempus in malam fidē incidisset, quod est contra iuris regulas, quæ aiunt sufficere initio adfuisse bonam fidem. † Non placet Donelli sententia lib. 5. com. cap. 25. in fin. qui ait in d. l. 4. non interrumpi vsucapionem ob superuenientem malam fidem, sed quia nō perseuerat iustus titulus possessionis, nam vsucapiens prius possederat *pro suo*, qui titulus nunc desinit, cum partem suam non esse cognoscat. Sed iuxta hanc interpretationē sequeretur, nunquam posse vsucapi partem ex ancilla furtiua editum, nisi titulus adit, quod cum verum sit, impossibile est, quod titulus *pro suo* deficiat, nisi deficiat bona fides, vt dicemus.

53 Quibus ita confusum manet supradictum Pomponij responsum, vt de eius vero sensu desperauerim, cū vix possit colore aliquo difficultatibus & considerationibus iam penfatis satisfieri, nisi retineamus superiorem distinctionem supra explica-

tam, quam aliis fulcire necesse erit fundamentis, & difficultates supra consideratas placare. Itaque inter res furtiuas & alienas ea differentia admissa est, vt illæ non possint vsucapi, nisi adhibito moderamine certiorationis, quia strictius in eis vsucapio procedit, & adhuc differentiam agnoscimus inter cognoscere, an sit res aliena vel furtiua. Cum celo rem furtiuam, videor furtum approbare, & quasi coadiuuare, siquidem quantum in me est, velim ne ad dominum perueniat, qui nulla causa rem suam perdidit, nisi ex iniquitate furis. Sed cum scio rem esse alienam, et si celauero, nolō crimen intendere, sed existimo aliqua rationabili causa ab domino fuisse deperditam, & ne quod impendi in eam, vel ne nummos quos in ea comparanda consumsi, deperdam, celo, non vt erimen approbem, sed ne damno afficiar, argumen. *l. congruit. 13. D. de offic. Presid. ibi: receptoresque coercere sine quibus latro diutius latere non potest.* Vnde in relatione rei furtiue crimē approbo, et si rei alienæ cum malitia non interuenierit *l. 1. C. de vsucap. pro empt. l. si liberam 10. Cod. quod cum co.* nullum crimen foueo, & ita minor est malitia in vna quam in alia. ob idque in vna datur vsucapio, non in alia. † Neque obstat *dicit. l. clam. ibi. origo.* Cui respondeo non agi ibi de vsucapienda re, sed an quis videatur possidere clandestine vel non, cum etiam vsucapio ibi procedere non poterat, cuius initium fuerat cum mala fide, siquidem postquam docuit Iuris Consultus *clam possidere* dici de eo, qui furtiue ingreditur possessionē, sequenti versu de eo loquitur, qui non furtiue ingreditur, vt in *dicit. l. si de eo. §. 2. & 3.* Quod et si cum scientia rei alienæ, non tamen ex

eo clam possidebit, argument. l. 4. §. item si occupaueris, de vñcap. & probatur ibi, aut aliquaratione bona fidei, quæ verba comprehendunt non solum eum qui bona fide possidet, sed in antecedentibus denotant eum, qui mala fide possedit, dum tamen furtiue non ingredia-
tur, vel celet ne ei controuersia moueatur l. 4. Digest. quod vi aut clam.

Quod patet, quia mala fides mea non purgatur ex eo, quod dominus sciat me rem possidere, tamen eo casu non possideo clandestine, vt in dist. l. clam. ibi, sciente aut volente eo.

† Rursus non facit contra nos quod supra considerauimus, ex dist. l. si de eo. §. seruum. Nam cum titulus pro suo dependeat à titulo principali, quo habetur ancilla l. 1. & 2. Digest. pro suo, si cognouero ancillam esse furtiuam, & non certiorauero dominum, iam clam eam possideo, quæ possessio clandestina destruit possessionem pro suo, quæ sola cogitatione mea sustinebatur, & ita destruitur vñcapio, vt Pomponius ratiocinatur in dist. l. 4. in fin. In qua re tota specialitas huius iuris consistit. Cæteræ vñcapiiones, & titulum habent & bonam fidem, hæc autem iam per malam fidem non habent titulum pro suo, qui sola bona fide continebatur, atque ita iam possidet pro alieno, quæ possessio non producit vñcapiionem, l. pignori 13. in princip. Digest. de vñcap. Et hoc est, quod ait Pomponius in dist. l. 4. non posse quem clam, & pro suo possidere, id est titulum pro suo non posse concurrere cum clandestina possessione, & cum titulus vñcapiionis semper perpetuus esse debeat l. si hominem 19. Digest. de vñcap. & titulus pro suo dependeat à bona fide, eam continuam esse oportere cain spe-

cie constat toto tempore vñcapiionis, vt titulus quoq; ille perpetuus sit. Obseruat Ant. Fab. in l. si ego n. §. interdum D. de Publician. † Neque infructuosa est certioratio hæc ad vñcapiionem, imo aliquæ fructu habet, vt dixi nu. 50. cum præter considerata à Pinel. sup. n. 59. possit procedere casu iam considerato, & ita effugiet quoq; furti actionem, qui contra tractare videtur per relationem, vt insinuatur in d. l. qui vas 48. §. ancilla. de fur. ibi, sed in hoc posteriori casu furti actio cessat, vbi contra bonæ fidei possessorem non datur actio furti, igitur si malæ fidei possessor fuerit, & celauerit, furti tenebitur, argu. l. 1. in prin. D. de fugit. dixi sup. † Neq; violatur illud iuris principii, de quo in d. l. vn. C. de vñc. transfor. nam ita accepta est vñcapiio in rebus furtiuis, vt strictius in eis procedatur, vt propter odiū furti necessario adhibeatur certioratio d. l. 4. Præcipueque ita accepta est ea regula, quādo propter malam fidem non destruitur titulus, quo res illa possidetur, veluti cum bonæ fidei emptor cognouit rem esse alienam, tunc enim et si deficiat bona fides, manet tamen titulus pro emptore, aut alius quo sustineatur vñcapiio, at in specie d. l. 4. nō solum euauit bona fides, verum etiam & titulus, quibus deficientibus non potest sola possessione retineri vñcapiio. Hæc plausibilior in tantæ rei perplexa difficultate videntur.

Hinc infertur interpretatio ad d. l. si ego n. §. interdum. D. de Publician. vbi ad hoc, vt quis Publiciana agat pro vindicando partu, requiritur, vt actor nesciat eo tempore quo agit matrem esse furtiuam. Quem locum contorquet Cuiacius in l. 4. §. heres D. de vñcap. & pro illis verbis, Si modo eo tempore quo experiar furtiuam

matrem ignorem, legit, si modo eo tempore, quo & pariat furtiuam, &c. Quā lectionem sequitur Anto. Fab. in d. §. interdum, quasi sufficiat, vt quis experietur Publiciana, quod tēpore cōceptionis, & partus habuerit bonam fidem possessor, licet tempore actionis non habeat. l. cum qui. 7. §. pen. D. de Publicia, vbi notat Accurs. verb. sed oportere.

59 Sed adhuc tamen verior est recepta Florentiæ lectio, quam tamē tuentur Pinel. sup. num. 62. & iuris ratio, cum scientia furtiuitatis, & mala fides tollat titulum pro suo, quo mediante partus vsucapitur, sublato tamen eo titulo possessor iam vsucapere non potest: & ideo Publiciana agere nequit. Vnde quamuis eo iudicio agat postquam cōpit ab initio possidere bona fide, etiam si iam sit constitutus in mala, *dict. §. penult. iuncto Ouald. lib. 20. Donel. cap. 8. liter. R.* tamen in partu singulariter hoc admissum est in d. §. interdum, vt bona fides tempore actionis adesse debeat, quia in aliis causis, etsi aduenerit mala fides, nihilominus tamen potest quis vsucapere d. l. vn. C. de vsucap. transf. At vero in specie nostra, quando partus vsucapiebatur, Publiciana locum non habebit, si mala fides adsit, quamobrem iam non potest procedere vsucapio, iuxta notata supra. Quod licet non ita explicat Pinel. d. n. 62.

60 En iam lector optime post septē menses (tot enim in hac materia consumpsi) partus ancillæ petfecus l. septimo 12. Dig. de stat. homin. En iam ancilla, quæ per tot secula, nō solum debiles, verum & vix partus ediderat vitales, iam fructu nostro labore obstericante, perfectos & iustos enixa qui lucem aspiciunt. Bona fide eos posside, & affiduitate continua euolue: licenim

spero (habet enim ingenium suos partus) veram vsucapionem eorum, id est multorum iurium, non furtiuorum, mentem te consecuturum.

CAPVT II.

De petitione hereditatis generalia quædam. Exornatur varie tractatio l. I. C. de petit. hered. cum aliis multis ad eam rem spectantibus.

SUMMARIVM.

- 1 *Petitio hereditatis actio est, per quam hereditatem nostram petimus, & qualiter definitur.*
- 2 *An hac actio sit Pratoria, vel Civilis, & n. 18.*
- 3 *Vindicatio est actio Civilis, etsi à Pratore concedatur.*
- 4 *Petitio hereditatis dicitur vniuersalis, quia per eam petitur corpus bonorum, & n. 5.*
- 5 *An hac petitio sit actio realis, vel mixta. Ostenditur esse mixtam, & n. 7. & 8.*
- 6 *Belloni, Pich. & aliorum argumentis contra hanc opinionem satisficit, & n. 10. & 11.*
- 7 *An dentur vere mixtae actiones.*
- 8 *Quid per verba Petitionis iudicii significetur in definitione petitionis hereditatis.*
- 9 *Actio hac est bona fidei, & quid per hoc verbum intelligatur.*
- 10 *Qui hac actione petit, nullum suum ius deducit, sed tantum vitium iure defuncti.*
- 11 *An hereditas hac actione petatur tanquam hereditas iacens, vel tanquam patrimonium.*

- 17 *Differentia inter hanc actionem, & rei vindicationem.*
- 19 *An hac actio detur contra titulo possidentem.*
- 20 *Ingressus ad disputationem l. i. C. de pet. her.*
- 21 *Inscriptio legis quomodo debeat scribi.*
- 22 *Retinetur littera vulgata l. item veniunt §. prater. Digest. hoc titul.*
- 23 *Causa Senatus Consulti, quod de hereditatis petitione factum est.*
- 24 *Fiscus vititur iure priuati, nisi specialiter repertatur privilegium.*
- 25 *Quare in hac l. i. C. de pet. her. petitio data fisco, & an succedat ut heres & n. 26.*
- 27 *Quid petitione hereditatis conueniendus debeat restituere.*
- 28 *Bona fidei possessor quis dicatur iuxta communem acceptionem.*
- 29 *Fructuum diuisio in naturales, industriales & civiles.*
- 30 *An in petitione hereditatis commoverentur usura inter fructus.*
- 31 *Quare in petitione hereditatis effigatur quis mala fidei possessor ex tempore mota controversia, & in rei vindicatione ex tempore contestationis, & n. 32. & 33.*
- 34 *Examinatur Ant. Fabri sententia, an inter petitionem hereditatis, & reliquas actiones sit aliqua differentia, & adducitur pro ea ex lege nostra argumentum, & num. 35.*
- 36 *Contestationis tempus attendi debet quoad restitutionem fructuum attinet in hac petitione, licet mala fidei possessor dicatur possidens ex tempore mota controversia, & nu. 37. & 38.*
- 39 *Non est possessor mala fidei statim ille, contra quem mouetur controversia, & nu. 41.*
- 40 *Intellectus ad l. qui scit 25. §. bonæ fidei. D. de vsur.*
- 42 *Quomodo procedat l. sed si lege 25. §. si ante. D. de pet. her.*
- 43 *Bona fidei possessor illos fructus tenetur restituere ante litem, ex quibus locupletior est factus, & n. 45. 46. & 54.*
- 44 *Locupletior dicitur factus ille qui aliquid adquisit quod bona eius augeat.*
- 47 *Bona fidei possessor tenetur restituere fructus extantes, siue naturales, siue civiles, in quo reprobatum Donelli sententia, & numero 48.*
- 49 *An teneatur ad restitutionem fructuum consumptorum, siue industrialium siue civilium, & num. 51.*
- 50 *Non intelligitur assumptum, quod in patrimonium conuersum est.*
- 52 *Reprobatum qui quoad restitutionem fructuum constatuebant differentiam inter iudicium vniuersale & particulare, & n. 53.*
- 55 *Interpretatio ad l. si ipsa. 18. D. de eo quod metus caus. n. 56. 57. 58. 59.*
- 60 *Argumenta quibus A. Fab. intendit in d. l. si ipsa, Tribonianis num. inesse, & n. 61.*
- 62 *Defenditur contra eundem vulgari lectio, & probatur in actione quod metus causa, idem militare, ac in petitione hereditatis, & n. 65. & 67.*
- 93 *An pretium succedat loco rei in vniuersalibus vel in particularibus, & nu. 64.*
- 66 *L. quod autem. 7. §. vsque, & l. vxor 55. de donat. inter. explicantur.*
- 68 *L. si fructus C. de donat. inter.*
- 69 *An quis locupletior intelligatur ex consumptione fructuum, & quod tempus inspicitur remissum.*

- 70 Bona fidei possessor, qui res hereditarias vendidit, ex pretio earum collectas usuras non praestat, nisi locupletior sit factus.
- 71 Agitur de interpretatione l. 1. C. de his quibus ut indig. l. eum qui 18. D. eod. litem veniunt 20. §. hæc aduersus Dig. de petit. hered. & n. 72. & 73.
- 74 Tentatur veram consequi horum inrimmentem, & precipue d. l. 1. & n. 75. & 79.
- 76 Et ad l. item veniunt 20. §. hæc aduersus. & n. 77. 78. & 80.
- 81 Ad l. eum qui. 18. de his quib. ut indig. cum d. l. 1. & nu. 82. 84. & 85.
- 83 Reprobatur Anton. Fab. differentia inter eum, qui vindicat necem testatoris, & qui tacitam fidem dedit.
- 86 Explicatio l. Heres 11. §. 1. Dig. de pet. her. & l. neque. 15. de vsur. & 95. & 96.
- 87 Fructus ante litem percepti augent hereditatem, & eius nomine comprehenduntur. At qui post litem percipiuntur accessiones vocantur. & num. 88. 90. 91. 92. & 93.
- 89 Non potest 23. de iudiciis explicatur.
- 94 Interpretatio ad l. illud 40. §. praedo. D. de pet. her.
- 97 Iterum reuertitur ad l. 1. C. de his quib. ut indig.
- 98 Quomodo debeant computari usura in petitione hereditatis.
- 99 Usura omni iure damnata cum sint quomodo admittantur in hoc tractatu.
- 100 Explicatur lex nostra & de practica huius actionis.

PETITIO hereditatis actio est in rō. l. sed si lege 25. §. petitio. D. hoc tit. nā petitionis

nomine actiones reales significantur l. pecunia 178. §. actionis de verb. sign. docet Wesemb. in paratit. hoc tit. n. 2. Pichard. in §. actionum 28. quaest. 30. num. 2. Instit. de act. Fab. in rationi. ad dict. §. petitio. Donel. lib. 29. comment. cap. 2. Ea autem rem nostram, id est hereditatem petimus à possessorē, hoc nomine, quia rem possideat, l. regulariter 9. l. nec ullam 14. §. fin. l. seq. D. hoc tit. non quia nobis sit obligatus, sed quod possideat quod est proprium actionum realiū l. unica C. de alienatione iudicij. probat DD. in §. omnium, Instit. de action. & laſon in rub. C. de inofficioso testamen. Bald. in l. si certis num. 17. C. de pact. s. Ripa in l. 1. §. si heres D. ad Trebell. Ducas in reg. 8. Tiraqu. de retractu lignagier §. 8. gloss. 5. n. 6. & seq. Quapropter definitur ut sit *Actio civilis, vniuersalis in rem, petitorij iudicij, bona fidei, qua quis petit hereditate se declarari, hereditatemque iure ad se pertinentem, ab eo qui eam pro herede possessorēve possidet sibi restitui*. Ita Wesembec. supra num. 4. quem sequitur Pichard. dict. quaest. 30. num. 3. de cuius diffinitionis singulis particulis breuiter agere necessarium erit.

Dicitur autem *actio civilis*, quia ex iure Civili descendit, l. 1. & sequ. D. hoc tit. item etiam ex Senatus Consulto, de quo in l. item veniunt 20. §. proinde D. eod. cuius meminit l. 1. C. de petit. hered. ut infra dicemus, & licet proponatur in edicto Praetoris l. 1. D. si pars heredit. petat. nihil inde in contrarium deduces, ut sit Praetoria, cum & si à Praetore non proponeretur, absque eo valeret, & ad hoc ut Praetoria esset actio ex iurisdictione Praetoris introducenda erat §. sed ista quidem 3. Inst. de action. Datur itaque actio à Praetore in d. l. 1. à quo omnes actiones concedebantur,

tur & impetrabantur, ob eamque causam dicitur Prætor viua vox ciuilius iuris *l. nam & ipsum* 8. *d. de iust. & iur.* ¶ Ita vindicatio est actio ciuilius, Agellius lib. 20. noct. Attic. capite 19. quia non nisi domino competit *l. in rem* 23. *de rei vindic.* quem Prætor facere non potest §. *quas autem iust. de bon. poss.* & tamen à Prætorè datur. *l. Prætor* 75. *de rei vindic.* notat Anton. Fab. in *d. l. 1. Dig. si pars heredit. petat.* Wefembe. Pich. sup. & relati ab Ofuald. lib. 29. comment. Donel. c. 16. lit. A.

4 Adiicitur in definitione *vniversalis*, quia per eam petitur corpus bonorum & vnueritas in qua continentur plures species, diuersa corpora & iura, *l. in princ. D. de rei vindic.* *l. item videndum* 18. §. *fin. cum l. sequent. D. hoc tit. §. fin. Inst. per quas pers. cuique acquiritur.* Item fructus augent hereditatem, quod est proprium iuris vniversalis *l. item vniunt* 20. §. *fructus* *D. hoc tit.* quemadmodum dos est ius vnuerfale, similiter & peculium *l. quod dicitur* 5. *D. de impens. iuncta l. Quam Tuberona* 7. §. *in peculio* *D. de peculio* *l. peculium* 65. *de legat. 2. l. cogi* 16. *in princ. D. ad Trebellian. l. rerum mixtura* 30. *de vsucap.* cum notatis à Barbosa in rub. *D. solut. matr.* 3. p. a. numer. 3. cum seq. Ofuald. ad Donel. lib. 14. commen. c. 4. lit. A. Sic hereditas vnuerfalis est, quatenus est successio in vnuerfum ius defuncti *l. hereditas* 62. *de reg. iur. l. nihil* 24. *D. de verb. sign. l. h. res* 37. *de acquir. hered.* id est, corpus hoc bonorum, quod continet in se comoda & incommoda, iura & actiones *l. in princ. de bonor. poss.* explicat Donel. lib. 6. commen. cap. 1. & 2. vbi Ofuald. DD. in rub. de acquir. her. vbi Pichard. num. 4. cap. 2. ¶ Intelligitur autem hoc ius vnuerfale, vt res ipsæ sub eo contentæ, vere & rea-

liter idem sint cum ipso nomine, cui subiiciantur, si vero considerentur secundum fictionem iuris, nomen illud differt ab ipsis rebus: fingitur enim ius quoddam imaginarium, sub se tanquam superius continens omnia, quæ prædicto nomini subiiciuntur, ita Bartolus in l. aut factio §. final. numero 3. de pœnis, per l. mortuo 22. *de fideiusso. l. proponebatur* 76. *de iudicis d. l. rerum mixtura* explicat eleganter Barbosa supra num. 4. atque ita hereditas vere considerata, nihil differt à rebus ipsis hereditariis, vt Seneca assererat lib. 6. de benefic. cap. 5. irrident nostros I. Consultos (vt fuit mos Philosophis ab eis dissentire, Meritulis lib. 1. obseru. c. 1.) At vero considerata secundum iuris fictionem, id est tanquam corpus quoddam repræsentans defunctum, certum est multà à rebus ipsis hereditariis differimari Barbosa supr. nu. 9. Pichard. nu. 4. & in rub. de hered. instituend. nu. 18. & seq. de effectu autem huius inspectionis infra latius agemus.

6 Vtèrius ponitur in definitione, hanc actionem *ess. in rem d. l. sed si lege* §. *petitio*, quia tendit in ipsam hereditatem, vt ait Pap. in *l. pater* 10. *in fin. D. de captiuis* *l. fin. autè* 27. §. *sed & ius de rei vind.* atq; ita consent omnes relati sup. n. 1. sed hanc traditione nō admittunt laudati ab Ofuald. lib. 19. Donel. c. 12. lit. A. Cuiac. lib. 10. obseru. c. 1. & in paratit. ad tit. C. finium regund. & lib. 23. ad edict. Paul. in l. 1. *D. eod.* & in l. 1. *D. hoc tit.* qui contēdunt hanc actionem esse mixtā, iuxta terminos *l. actionis* 35. §. *mixta*, *de obl. & quādā* 21. *Inst. de ali. quib. fauet difficilis l. hereditatis septima inf. hoc* Secūdo familie ercisc. cū d. actio dicitur mixta in d. §. *quādā*. at hoc nulla alia ratione fit, nisi quia hæc præstationes personales sunt in petitione per

actionem familiae eriscundae, *litem Labo* 22. §. pen. D. *fam. erisc.* & idem in petitione hereditatis contingit d. §. *petitio*: ergo mixta est actio. † In qua difficultate sequuta est frequens traditio Consultorum, actionem realem hanc petitionem appellantium, ut constat ex d. *iuribus*. Si in sua natura consideretur, vere realis est, sed quod personales praestationes habeat, id est pretiorum redactorum ex rebus distractis à possessoribus, & quæ à debitoribus exacta sunt, d. §. *petitio*, personalis dicenda non est, & consequenter mixta, quoniam ad hoc necessarium erat, ut participaret de substantialibus utriusque actionis, tam realis quam personalis, quod non contingit in hac petitione, cui per accidens est, ut habeat has praestationes personales, cum principalis actio in rem sit, accessoria autem in personam. Ratio est, quia specialibus in rem actionibus res certae petuntur *l. 6. de rei vindic.* hac tamen petitur genus, id est hereditas, exempli gratia: Qui percepit centum aureos non debet ipsam speciem nummorum, quam accepit, sed centum in genere, centum denique non possunt perire, debentur ut genus, *l. 2. §. 1. D. si certum per. licet* neque de finere possideri, atque ita qui hac actione tenebatur, eas res à se nunquam amittit. Vnde ex natura ipsius petitionis hae praestationes non descendunt, sed magis ex natura ipsarum rerum. Ita Donel. d. lib. 9. c. 12. in princ. Pichar. d. q. 30. n. 10. & seq. Osuald. d. liter. A. qui etiam multis modis conantur respondere ad d. *l. hereditatis*. ibi: cum mixta actionis personalis ratio statuere nullas mixtas dari actiones, sed omnes aut personales esse aut reales, de qua traditione agunt Pichar. d. §. quaedam n. 1. Anton. Fab. lib. 20.

coniect. cap. 10. & laudari ab Osuald. d. lib. 19. c. 2. lit. G. † Sed ego multis hinc inde considerationibus vexatus, difficultate huius legis oppressus, cum nulla meo iudicio possit adaptari congrua solutio, cogor ire in contrariam sententiam & affirmare hanc actionem esse mixtam. Quam sententiam tenet Bald. nu. 3. Castrenf. Alberic. & Salicet. in *dict. l. hereditatis*. Parlador. lib. 1. rer. quotid. c. 1. §. 11. n. 6. & seq. & Fachin. lib. 11. controuers. cap. 62. & qui mouentur illius legis expressis verbis, ibi: cum mixta personalis actionis ratio, quae significant petitionem hereditatis non posse praescribi longo tempore, id est decennio vel bicennio inter absentes *l. hereditatis* 4. C. in quibus caus. cessat longi temporis. *l. licet* 8. C. de iure deliber. ea ratione, quia habet admixtam personalem actionem cum ipsa reali, idque etiam Imperator eleganter expressit ibidem vers. *à ceteris*, indicans hanc actionem hereditatis separandam esse à ceteris tantum in rem actionibus: & si expendas illam voculam tantum demonstrat hanc actionem non esse tantum realem, sed plus habere, quam ceteras, quae solum sunt reales; plus autem est, habere mixtam personalem actionem. † Vnde excluditur argumentatio Belloni lib. 2. supplicat. c. 4. qui dicebat in vers. *à ceteris* poni exceptionem regulae generalis, quae erat ut actiones reales longo tempore praescriberentur *l. fin. C. de praescript. longi temporis* *l. 3. Cod. de his quae vi.* exceptionem tamen debere esse de regula, & ita hanc actionem esse realem. Cui reiecta responsione Osuald. d. cap. 12. lit. A. in fine dicendum est, hanc actionem exceptam esse à realibus tantum actionibus, quia praeter quam quod vere realis est, hoc non est simpliciter cum

cum habeat admixtam personalem.
 10 † Neque obstat cōsideratio Pichard
 differētiis, debere, ut aliqua actio
 sit mixta, participare de substantia-
 libus utriusque actionis, quia hæc
 petitio iure participat, cum ipsa eadē
 actione petamus hereditatem,
 quam alius possidet, item & quod
 ad dandum nobis obligatus est, *l. ac-
 tionum genera 25. §. in rem D. de obli-
 g. ar. iunitat. sed si 25. §. petitio Dig. de
 petit. hered.* quod substantiale est utriusque
 actionis, ut insinuat Cuiac.
 11 in *l. i. D. cod.* † Neque negotium
 facit alia excogitatio quod res pe-
 tatur ut genus, atque ita magis ex re-
 rum natura, quam petitionis, huius-
 modi proueniunt præstationes. Cui
 responderetur hoc esse falsum, quia si
 prouenirent ex natura rerum, eadē
 actione reali peterentur, ut fructus
*l. item veniunt 20. §. fructus d. l. sed si
 §. fin. cum legibus sequen. bootit.* at hæc
 præstationes non petuntur nisi per-
 sonali *d. §. petitio*, ergo non ex natu-
 ra rerum proueniunt, neque pos-
 sunt peti ut genus, cum ad restituē-
 das res aliquas conveniatur diverso
 modo, id est reali actione, & ad re-
 stituendas alias personali, *litem La-
 bro 22. §. familia D. famil. ercisc. ibi: fa-
 milia iudicium ex duobus constat ex re-
 bus atque præstationibus, quæ sunt per-*
 12 *sonales actiones.* † Neque assentior
 iis, qui existimant nullas dari mix-
 tas actiones, cum verius sit contra-
 rium ex *d. §. quadam*, quem à vulne-
 ribus Anton. Fab. dicit. libr. 20. con-
 iect. capit. 10. defendit Osuald. d. lib.
 19. cap. 2. lit. G. hanc sententiam ita-
 biliens, ex quibus constat petitio-
 nem hereditatis vere realem esse,
 vitore principaliter in rem directa,
 sed mixtam habere personalem ac-
 tionem, propter præstationes quas
 habet, dicit. §. *petitio iunita dicit. §. fa-
 milia.*

Rursus in definitione dicitur *pe-
 titory iudicij*, quia actor petit non
 solum sibi res restitui quod habet
 commune cum cæteris possessoris
*l. i. vers. restitutoria de interd. l. sed
 pronuntiari heredem, hoc est domi-
 num, quemadmodum in rei vindi-
 catione, quod iudicium tunc com-
 petit, cum in rem actio est, & no-
 strū restitui nobis postulamus, l. qui
 petitorio 36. de rei vindic. docent DD.
 in l. naturaliter §. nihil commune
 de acquirend. possell. Menochius
 de recuperan. possell. in prælud. nu-
 mero 7.*

Apponitur etiam in definitio-
 ne *bonæ fidei*, ut scilicet hæc actio
 connumeretur inter eas quæ sunt
 bonæ fidei, quarum meminit §. *ac-
 tionum, Instit. de actionibus* quæ bo-
 næ fidei dicebātur, ut notat Pichar.
 ibi q. 1. Osuald. d. lib. 2. c. 2. lit. V. quo-
 niam in eis summa æquitas inspicit-
 ur & iudici permittitur excedere
 ab iis quæ conveniunt sunt *l. quæ tan-
 tundem 7. de negot. gestis. l. quæro 56.
 D. locati. l. 2. in fin. de obligat.* idcirco
 Prætor in eis dum causam commit-
 tebat, adiciebat clausulam *ex bonæ
 fide*, observat Doaren. in l. iuris gen.
 §. & ideo D. de pactis, Renard. de
 author. prudentum cap. 3. Conar. in
 reg. possessor 2. p. §. 6. per totū. Vnde
 cum sit vniuersale hoc iudicium
 & augmentum & diminutionē præ-
 tiatur, *d. l. item veniunt §. 1. & §. non
 solum.* cum traditis à Gomezio in l.
 45. Tauri n. 153. & quæ diximus supra
 n. 3. certa formula concludi non po-
 tuit, neque inter stricti iuris iudicia
 connumerari, uti explicat Pichard.
 d. q. 30. n. 14. ex Welsimb. sup. Sed
 quæstio est maxime controuersa, an
 hæc actio sit effecta bonæ fidei à
 Iustin. in *l. fin. de iur. & in d. §. actio-
 num*, de qua idem Pichard vbi supra
 num. 15. Ant. Fab. lib. 14. coniect. cap.

18. in l. quod si in diem 16. D. hoc tit. Ofuald. supra cap. 14. lib. 19. litt. B.

15 Vleim is itaque illis definitionis verbis qua quis petit heredem, & c. docemur nullum ius domini petentē in iudicium deducere, sed iure functi vti, peteretque res ab eo possessas quouis titulo l. & non tantum. D. hoc tit. docet ex aliis Pichard. sup. numer. 33. atque ita sunt duæ partes huius actionis, & qua quis petit heredem se declarari, & qua petit res sibi restitui. Cuius rei causa est ius hereditarium, quod agens habere intendit, siue ex testamento, siue ab intestato, l. 1. & sequens. Digest. hoc tit. quod ius potest habere etiam si sit heres heredis, vt docet eleganter Iason in d. §. actionum nu. 209. & seq. Pichard. num. 20. † Sed difficultas est, si post aditionem nulla amplius est hereditas, sed patrimonium heredis. Pichard. de acquitend. hered. cap. 29. num. 22. quomodo petitur hac actione tanquam hereditas. Cui difficultati satisfacere tentat Gomez supra num. 154. & Ofuald. cap. 12. litt. B. sed mihi eorum solutiones non placent. Quare verius existimo hereditatem iacentem esse, cum interatur hæc petitio, quoniam aditio ex parte possidentis nulla fuit, cum ei delata nunquam fuerit hereditas l. delata 151. de ver. sign. l. is qui 13. de acquir. hered. iuncto Ofuald. lib. 6. Donel. cap. 3. litt. A. Pichard. de acquit. hered. cap. 8. non item ex parte petentis cum non sit certum, an vere sit heres, & consequenter an ei delata sit necne, l. in totum 76. D. de reg. iur. iuncta l. si debitor 42. D. hoc tit. idque patet siquidem prius petit, vt declaretur heres, ergo non est certum delatam esse hereditatem, & ea ratione petitur hereditas, quæ in iure consistit, & continet sub se, vt ius vniuersale omnes res

hereditarias (quomodo intelligi potest l. hereditas 50. hoc tit. iuncta rub. sub qua iacet l. regulariter 9. ibi: qui ius possidet l. nec vllam. 13. §. fin. D. eod. iuncto Ofuald. d. cap. 12. litt. N.) Rursus cum fructus qui percipiuntur, augeant ipsam hereditatem ante litem contestatam, vt dicemus infra num. 86. & seq. ergo consequens est hereditatem esse iacentem, nam fructus eam non augēt post aditionem iuxta l. Centurio 15. de vulg. l. ita tamen. 27. §. 1. vers. sed siquid. Dig. ad Trebell. not. Castren. in l. 6. C. eod. n. 3. Alexan. & Cuiac. in l. in fideicommissaria. D. eod. & Tiraq. de retract. lignag. §. 1. glof. 7. an. 37. Mantica de coniect. lib. 7. tit. 10. qui de hac re latissime agit. Præterea hæc sententia suadetur, quod non teneatur quis in libello explicare res hereditatis, sed simpliciter petere hereditatem, vt docet Ias. in d. §. actionum nu. 115. & relati ab Ofuald. d. lib. 19. c. 14. litt. D. Paz in praxi 3. tom. c. 6. §. 11. nu. 5. Item pro herede aut pro possessore possidetis à quo petitur hereditas, vt accidit in rei vindicat. d. l. regulariter l. nec vllam §. 2. D. hoc tit. pro herede possidere dicitur, qui putat se esse heredem eius, de cuius hereditate agitur l. pro herede 11. D. hoc tit. non vt hic titulus sit pro herede qui prodest ad vfucapionem (de quo in l. 1. & per totum D. pro herede, cū verus heres possidet aliquam rem tanquam hereditariam, quæ esse non potest, quia non fuit defuncti) sed datur contra eum, qui putat se heredem esse, siue aliquā habere causam, siue nullam existimandi Anr. Fab. in d. l. pro herede Wesembec. sup. n. 10. Gomez nu. 61. Schiford. lib. 2. tract. 28. q. 6. pro possessore possidet, qui nullum titulum suæ possessionis allegare potest d. l. pro herede §. si cum legibus seq. coheret enim hic

hic titulus omnibus aliis, qui ex iure hereditario consequuntur *dist. l. nec ullam §. 1. docet Pichard. n. 20.*

- 17 Ex quibus infero primo differentiam maximā esse inter hanc actionē & rei vindicationem. Vindicatio (de qua multa Osualdus libro 20. capite 1.) non egreditur fines & terminos possessionis, quæ penes reum est, à quo nihil nisi ipsam rem potest vindicare actor: at petitio hereditatis est totius hereditatis, quæ cum in iure consistat, sitque vniuersalis, non potest demonstrari. Item nostra actio est bonæ fidei, vindicatio autem arbitraria, docet Anto. Fab. alias differentias congerens in *l. fin. autem 27. §. sed de his. de rei vindic.* Adde tamen posse heredem cumulare vindicationem cū petitione hereditatis, quod quemadmodum intelligendum sit, docet
- 18 Gomez supra num. 149. † Secundo infero petitionem hereditatis esse, & prætoriam, quæ datur bonorum possessoribus, quos Prætor non minus tuetur; quamuis Civile heredes per quam actionem tantundem cōtequantur, quantum superiori ciuili consequitur heres *l. 1. & 2. Dig. de possessoria hereditatis petitione*, vbi docet Wescembec. & Anto. Fab. Pich.
- 19 supra num. 9. † Tertio infero ad questionem, an petitio hereditatis detur contra titulo possidentem: de qua maxime controuertunt DD. vt constat ex *Parlad. lib. 1. quotid. cap. 5. Gomez supra num. 143. Couar. in practis c. 12. Osuald. d. libr. 19. cap. 12. lit. V. & lit. A. a. & Fachin. lib. 1. cōtrouer. cap. 4. & lib. 1. c. 4. frequenter tamen in eam sententiam itum est, vt non detur hæc actio contra titulo possidentē, quia agens hac actione fundat se solum ex titulo suo hereditario & possessione quā habuit defunctus, qui autem conuenitur,*

habet titulum & possessionem, ergo merito possessor conuentus potentius ius habet, & consequenter præferri debet, cum ipse dominus præsumatur donec contrarium probetur, docet Gomez & Osuald. vbi proxime.

Diximus iam quæ ad cognitionē 20
generalem naturæ huius actionis pertinebant; nunc autem lex nostra proponit alterā huius actionis principalem partem, scilicet quæ veniat in petitione hereditatis, de qua constat Senatus Consultum D. Hadriani temporibus factum, quod transcripsit Consulatus in *l. item veniunt 29. §. præter D. hoc tit. & meminit nostra lex in princ. † Cuius inscriptio sic legi debet. Marcus Ælius Antoninus*, vt ad Marcum Aurelium referatur, non verò ad Ælium Antoninum, qui alio nomine D. Pius appellatur, quod constat, quia Imperator hic auum suum Hadrianum appellabat, vt sic intelligamus D. Pium fuisse filium adoptiuum Hadriani, Marcum autem Aurelium fuisse ipsius Diui Pij Antonini, vt nos docent facti Consulares, & Spartian. in Hadrian. & Ælio Vero Iul. Capitol. in Antonino & Marco. Genebrard. lib. 3. Chronographiæ, & xuar. 3. var. c. 10. Baronius ann. Christi 160. tom. 1. annal. & Horatius Turfellin. lib. 4. epitome histor. in M. Aurelio. † Sed & ipsius Senatus Cōsulti verba in *d. §. præter. ibi. Maximus Princeps proposuit, censet esse emendanda Pithæus, & legendum esse Maximus Pontifex; pater patriæ, ne alias superflua sint sequentia verba complexus esset, sed optime ea defendit Osuald. dict. l. b. 19. capit. 14. liter. X. Cui adde eo loquendi genere vsum fuisse Consulatum in *l. qui solidi 78. §. 1. de leg. 2. Quare autem ibidem quatuor Consules nominentur, tra-**

dit Alciat. lib. 5. parerg. ca. 10. Petrus Herodius lib. 2. rer. iudicat. capite 5. titul. 19.

- 23 Causa autem huius S. Consulti fuit lex Papia de caducis, de qua DD. in l. unica C. de caducis toll. Iustus Lipsius in notis ad Tacitum libr. 3. annal. schol. 45. Baldus ad legem Iul. & Pap. & alij quos plena manu congessi in Eunuchio & supra c. 5. libr. 2. nam cum fisco Rustici hereditas peteretur, quia forte heredes scripti ex parte mortui, aut incapaces effecti essent ante apertas tabulas, ut constat ad Vlp. in fragm. tit. 17 (vbi Cuiac. docet, & Anto. Fab. in Rationali ad d. l. item veniunt §. ait Senatui) atque ita bona caduca fuerat indicata, necesse fuit aduersus eos, qui heredes se esse dicebant petitione hereditatis agere, quemadmodum eadem agitur ad bona vacantia consequenda, notat Peregrinus de iure fisci libro 4. tit. 3. num. 24. & lib. 5. tit. 1. nu. 67. Petr. Gregor. lib. 8. syntagm. cap. 12. num. 4. & probatur in d. §. ait Senatui, de quo vide Cuiac. lib. 18. obseru. cap. 24. Ant. Fab. lib. 3. coniect. cap. 16. Osiwald. supra lit. C. † Hoc tamen non ob fauorem fisci particularem introductum est, sicut alia prauilegia, quæ congerunt plures relati à Fatinae. 1. p. fragment. criminal. lit. F. num. 149. pag. 191. sed quia ita euenit, & id in priuatorum causis locum habet, ut docet Castrenf. hic num. 1. Chopus de fructibus libr. 2. cap. 5. & probat Vlp. in d. §. ait Senatui, iuncto §. in priuatorum. Ratio est, quia fiscus semper utitur iure priuati, nisi specialiter reperitur prauilegiatus, l. quod 37. de iure fisci l. 6. Cod. lib. 10. l. item 12. de compensat. cū alijs relatis à Peregr. de iure fisci lib. 6. tit. 1. num. 1. Barbosa in l. 1. 2. p. nu. 19. & 20. fol. matrim. notat Cast. nu. 3. Salicet. 2. Bellapertica in prin. hic.

Fatinae. 1. p. fragm. crimin. verbo *fiscus* num. 150. Giurb. consil. 67. num. 14. Nec obstat l. 1. & 3. C. de compensation. vbi in priuato non habent locū, quæ in fisco statuta sunt, nam respondendum est, illud verum esse, quando statuitur ut ius singulare, ita ut si de illa singularitate non constet, ad ius commune recurratur, ita Baldus hic numero 2. Decius in l. in ambiguis D. de rer. iur. unde si dubitatur, an aliquo casu prauilegiatus sit fiscus necne, in dubio contra ipsum est iudicandum l. non priuato 10. de iure fisci, cui addit Barbosa in l. 1. 2. p. num. 15. Gutierrez de iuramento confirmat. 1. p. cap. 16. nu. 68. Couatru. lib. 1. var. capit. 16. Fatinae. supra n. 255.

Ex quo inferitur ad Bartoli dictū 25 relatum à Castrenf. hic num. 2. qui ait admirari fuisse multoties, quomodo in specie nostræ legis petitio concessa fuerit fisco, cum soleat dari vero heredi. Pro cuius rei resolutione dicendum est, fiscum quasi heredem in bonis caducis, & vacantibus haberi, ut probatur in l. in pari 128. §. 1. l. qui per successionem 294. de reg. iur. l. filiusfam. 114. §. qui intestatus 2. de leg. 1. l. 2. C. ad legem Iuliam de vi publica l. unica §. hac autem fin. C. de caducis toll. ibi: *fiscum autem nostrum ad caducorum vindicationem vocari, &c.* † Quæ verba ita debent 16 intelligi, ut quemadmodum ad cōiunctum vel successorem ab intestato bona cum suo onere deferuntur, sic etiam in fisco obseruandum est, l. 3. §. cum ex causa D. de iure fisci l. cū fisco 9. D. ad S. C. Sallan. l. 3. & final. d. ex facto 17. §. ex facto D. ad S. Consulatum Trebellian. vbi Accurs. verbo *fisci alieno* hanc sententiam defendit, quam sequitur Bartol. & reliqui in l. inter eos 51. §. fin. de fideiusso. Tiraq. in tractatu de mort. 2. p. declarat. 15. nu. 10. &

20. & alij relati ab Ofualdo libr. 9. Donel. cap. 1. lit. S. Barbosa in l. si constante §. fin. num. 4. & seq. D. sol. matr. Farinac. d. lit. F. nu. 115. & 125.

- 26 † Quæ tamen intelligenda sunt, quando tanquam hereditaria bona deferuntur in fiscum, qui tunc agit petitione hereditatis, vt hic, & in l. *prædonis* 46. D. hoc tit. l. 1. C. de ijs quibus ut indignis. Secus autem si bona deferantur tanquam priuati delinquentis, tunc enim agit rei vindicatione, vt in l. *Imperator* 43. D. de iure fisci. notat Bart. in l. *defensionis facultas* num. 6. C. eodem tit. lib. 10. Corneus consilio 324. num. 8. lib. 4. quos sequitur Farinac. supra d. n. 125. Ex quibusiam patet, recte S. Consultum fiscum ad petitionem hereditatis admisisse, quæ datur ei, qui succedit, vel ex lege, vel S. Consulto l. 3. hoc erit, fisci autem ex lege Papia succedit, & ex Senatus Consulto de quo hic.

Ailex, *VSPRAS* veropencursarium.

- 27 Quid petitione hereditatis contentus restituere debeat exponit Imperator, docens possessorem bonæ fidei condemnatum ad restituendam hereditatem, non tenei restituere vsuras, quas ex pretio rei hereditarie venditæ collegit, nec item fructus, nisi quatenus locupletior est factus. † Sed quia hæc declaratione egent, ideo præsuppono bonæ fidei possessorem secundum communem acceptionem esse, qui scit rem quam possidet alienam non esse, quasi bona fides sit ignorantia rei alienæ, illæsa conscientia rei alienæ, ita fere omnes quos refert Ofuald. lib. 4. cap. 24. lit. D. Gilken. in §. si quis à non domino in princ. num. 4. de rer. diuif. Garcia de expensis cap. 23. num. 11. Ant. Fab. de

erroribus decade 24. err. 10. & decade 26. err. 9. Pich. in rub. de vsu cap. num. 4. Schiford lib. 3. ad Ant. Fab. tractu 22. quest. 7. ita hanc definitionem cōtra Cuiac. defendens, quam fouet l. C. in l. *quam rem* 38. de vsu cap. l. 2. §. *separata* D. pro empt. licet noue utramque sententiam coniungere contendant Pichar. in §. et si in rem, num. 13. institit de officio iudicis, sed ignoro an potuerit. † Secundo propono fructuum diuisionem in naturales, industriales. & ciuiles veram esse, nam et si aliqui eam negent, admittendam iudico cum ab ipsis l. Consultis non abhorreat, vt constat ex Pichardo vbi proxime num. 8. & in §. si quis omnimodo n. 7. vbi Gilken. cap. 6. Menoch. de arbitrariis casu 210. Ofuald. supra cap. 25. lit. C. quid autem appellatione fructuum veniat docet Gilken. vbi supra cap. 2. per totum. † Dubium tamen est, an vsuræ inter ipsos connumerentur, & quamuis id videatur negati in l. si vnus 67. §. 1. D. pro socio l. postulante 44. D. ad Trebell. l. vsura 121. de V. S. quoniam ex ipso corpore non proueniunt naturaliter, sed ex iure l. si nauis 61. D. de rei vindicatione, tamen in petitione hereditatis pro fructibus habentur, l. ancillarum 27. l. mercedes 29. & seq. D. hoc tit. l. vsura 34. D. de vsuris l. cum seruus 39. alias est apud Iulianum §. fructus de leg. 1. d. item veniunt §. Papin. §. redacta, iuncta hac nostra lege, docet Gaddus & reliqui in d. l. vsuræ 121. vbi Cuiac. & lib. 18. obseru. cap. 3. & lib. 7. q. Pap. in l. 2. de vsuris & lib. 10. in l. 3. & libr. 27. in l. 4. in fin. D. eod. Donel. libr. 10. comm. cap. 4. Gilk. d. cap. 2. n. 7.

Tertio sciendum est, in petitione hereditatis ex eo tempore effici quem male fidei possessorem, ex quo non solum liz. contestata est,

Vu

fed & post motam controuersiam, etiā extra iudicium, vel quancumque denuntiationem factam ab herede, vel extraneo. *l. sed si lege 25. §. si ante litem l. si quid possessor 31. §. sicut autem l. Diuus 1. litem veniunt §. prater in fin. & §. petitam D. hoc tit. litem motā dicunt cū edita est actio quæ tantum speciem futuræ litis demonstrat l. 3. C. de edendo vbi DD. nihil interest, vnde possessor hereditatem esse alienam sciat, sed tantū sufficit, vt sciat. Docet Donel. d. lib. 19. c. 14. versat q; hac aduersus. Schif. supra d. q. 7. post Castr. Angel. & reliquos in d. §. si ante litem. † In rei vindicatione, & in aliis actionibus contra est, cū ex tempore litis contestationis non antea mala fides æstimetur. *l. certum 22. C. de rei vindicat. l. 4. §. post litem D. finium regū d. d. l. & post litem 10. in princ. & legibus seq. D. famul. ercise l. 2. §. 1. l. videmus 38 §. si actionem D. de v. iuris l. si fundus 16. §. inter dū de pign. notat post Accurs. in d. §. si ante litē, verbo capit A. Fab. ibi Donel. lib. 20. comm. c. 5. in fin. Menchaca quest. illust. c. 80. n. 5. Ratione autem differentiæ DD. nō videntur assequuti Nec placent mihi adductæ ad Welsemb. hoc tit. n. 45. qui falso autumat hoc introductū esse contra verba Senatus Consultī, cum tamen clare id demonstrat d. §. prater in fine. Nec admitto aliam rationem Sighardi hīc n. 9. & 10. qui affirmat hoc admissum, quia iudicium est vniuersale, quod etsi antea decuit Accurs. schol. fin. Bald. & Castr. hīc non tollit difficultatem, adhuc enim manet interrogatio, quare in eisdem iudiciis vniuersalibus hoc à iure introductū sit, quas rationes confutat Osuald. supra d. cap. 14. lit. N. sed nullam adfert. † Quare eam esse rationem credo, quod sit debilius, & infir-**

mius ius possessoris hereditatis, id eoque facilius bona eius fides destruat, quæ solū illo muniebatur prætextu, vt pro herede aut possessore possideat. *l. regulariter 9. l. pro herede. 11. D. hoc tit. iunctis quæ diximus supra n. 15. in fin. & cum nullū titulum præstet, non est mirū, si sola denuntiatione corrumpat bona fides, cum nullo iure fieri nequeat, vt qui hereditatis petitione conuenitur, vincat nisi per non ius actoris: at in cæteris specialibus petitionibus plerumq; accidit, vt possessor titulū habeat suæ possessionis, & ideo facile eueniet, vt vincat non tantū per non ius actoris, sed etiam iure proprio. Neq; obstat si dicas posse etiā in rei vindicatione dari possessorem sine titulo *l. officium 9. de rei vindicat. atq; in eandē debere militare rationem, quæ in petitione hereditatis: quoniam respondendū est, semper ius præsumere possessorē titulū habere, & ideo non cogitur dicere pro qua parte domiquis sit, l. in speciali 73. D. de rei vindic. l. cogi 15 infra hoc tit. at in petitione hereditatis nunquam ius præsumit possessorem titulo muniri, vt diximus, & ideo facilius constituitur in mala fide iuxta supra tradita. Quam rationem præsentit A. Fab. in d. §. si ante litem, & in l. alienationis 13. D. famul. ercise. † Sed ipse hanc distinctionē non ad-**

mittit, contendens differentiā nullā esse inter petitionem hereditatis, & reliquas actiones, cuius rationes adeo graues mihi non videntur, vt à iuribus expressis recedere auiam. Sed vnum omisit argumentum quo eius opinio magis adiuuatur, quod præstat nostra lex, dum asserit ex tempore litis contestationis malā fidem æstimari debere, & sic computandos esse ex eo die fructus, & vsuras. Cui difficultati responderet Accurs.

Accurf. hic num. 4. Bald. Castrenf. 5. noſtram legem ſupplendam eſſe per dicta iura, quia plerumq; ita euenit, vt ſemper præcedat denun-
 ciatio. Sic dicimus, uſuras & fru-
 ctus legatorum deberi ex die litis
 conteſtationis, l. 1. & per totum C. de
 uſuris & fructibus l. quaſi ſum 91. §. ſin.
 deleg. 1. cum tamen certum ſit de-
 beri ex die moræ, ſi qua mora con-
 teſtationem præceſſerit. l. 3. D. de u-
 ſuris l. ſiquis bonorum 23. D. deleg. 1. l.
 ſiquis ſeruo 84. l. Titia 87. §. uſuras de
 leg. 2. l. 3. C. in quibus cauſis in integrũ
 reſtitutio. Ergo etſi aliqua denuncia-
 tio litis conteſtationem præceſſerit,
 dicendum eſt exinde poſſeſſorem
 factum malæ fidei, conſentit Of-
 uald d. cap. 14. lit. N. in fine. ¶ Verum
 hæc interpretatio, etſi latius à me
 fuerit exornata, non tollit diffi-
 cultatem, vt cuiſlibet intuenti faci-
 le conſtabit. Quare in ea cogita-
 tione eram, vt dicerem, quod atti-
 net ad fructuum reſtitutionem tem-
 pus litis conteſtationis eſſe atten-
 dendum, cum noſter Imperator
 diſerte id demonſtret ibi: *ex die
 conteſtationis computandos*, ex quo
 tempore vere efficitur quis malæ
 fidei poſſeſſor, ſi ſequatur condem-
 natio; at uero ex die moræ contro-
 uerſiæ malæ fidei poſſeſſorem quem
 cenſeri, non ad eſſe etiam reſtituen-
 di fructus, ſed ad illum, vt non poſ-
 ſit aliquid ex hereditate alienare. Ita
 aperte probat latus Conſol. in l. Di-
 uinus §. D. hoc tit. l. 2. infra. quod præci-
 puum eſt petitionis hereditatis, vt
 ad impediendam diſtractionem re-
 rum hereditariarum non ſit neceſſa-
 ria litis conteſtatio, quæ in cæteris
 iudiciis etiam vniuerſalibus neceſ-
 ſaria eſt l. C. communi diuid. l. ali-
 nationes 13. D. famileiſciſc. notat Aut.
 Fab. & Cuiac. in d. l. Diuinus. ¶ Sed ra-
 tionem nullam aliam proponunt,

nifi quod ita centumviralis iudicij
 authoritas fert (ad quod hæc actio
 pertinet. Ofuald. d. lib. 19. c. 15. lit. A.)
 in cuius præiudicium nihil fieri de-
 buit, vt in d. l. Diuinus §. ſin. indicat
 Vlp. Quod ſi querās huius rei aliam
 rationem, ad debiliorem bonam fi-
 dem poſſeſſoris hereditatis referre
 poteris, vt ſupra nu. 33. loquuti fui-
 mus, quia non eſt mirum, deſtructa
 illa bona fide, dolo cenſeatur face-
 re, ſi diſtraxerit. ¶ Quæ autem potuit
 eſſe cauſa, quare fructus inter motā
 controuerſiam, & litis conteſtatio-
 nem perceptos non reſtituat, ſed ex
 die litis conteſtationis, cum tamen
 malæ fidei poſſeſſor antea dicatur?
 Ea mihi videtur, vt negligentia pe-
 titoris puniretur, qui negligens fuit
 in proponenda actione, & cuius po-
 tuit ad litis conteſtationem perue-
 nire, argum. l. mulier 22. §. ſi heres D.
 ad Trebell. ibi: *fructus negligentis pe-
 tentis percepti videntur*. Non enim
 in iure negligentia impunita reman-
 ſit, vt patet ex rationibus introdu-
 cendæ vlucapionis in cap. vigilantis
 §. extra de præſcript. quas exornat P.
 Greg. lib. 40. ſyatag. cap. 11. num. 2.
 Ofuald. ad Donel. lib. 5. cap. 30.
 lib. C.

Nec alicui hæc noſtra ſententia
 ſcrupuloſa videbitur, ſi animadu-
 ertat, non omnem contra quem here-
 ditatis cõtrouerſia mouebatur, eſſe
 interim malæ fidei poſſeſſorem,
 nam in dubio conſcientiam, quam
 illæſam habuerit, conſeruat, &
 bonæ fidei poſſeſſor cenſetur, ita
 probatur in l. illud 40. & in l. ſi bona
 49. D. hoc tit. ubi poſt litis conteſta-
 tionem dicitur quis bonæ fidei
 poſſeſſor, etſi poſteam in diſtincte
 reſtituit fructus, id ſit vi litis con-
 teſtationis, quæ efficit, vt omnis cauſa
 reſtituatur, d. l. illud l. præterea 20. de
 rei vindicat. l. 1. D. de uſuris, atque

ita præstatio non est in pœnam malæ fidei, sed ex obligatione quasi contractus iudicij accepti. † Vnde interpretandum est respons. alias difficile in l. *quis sit* 25. §. *bonæ fidei. De usuris*, in cuius explicatione mitum est, quam anxie torqueantur Interpretes, videlicet Donel. lib. 4. com. cap. 14. vbi Ofuald. lit. H. Pichar. in d. §. si quis à non domino nu. 8. & in d. §. sed si in rem. num. 71. de officio iud. Fachin. lib. 1. controuers. cap. 99. vt bonæ fidei possessoris intelligatur, id est præsumatur (sic enim illa vox accipitur in l. 1. *Cuando libelli Principi oblatis*) quandiu fundus cuius non fuerit, id est, donec sententia contra eum dicta non euincatur. Quod debet intelligi, vt percipere possit fructus inter moras litis, tamen si victus iudicio restituere debeat, tanquam in obligatione iudicati deductos, & ex inde debitos. Explicat omnino videndus Ofuald. d. lib. 19. cap. 14. lit. O.

41 † Constat ergo separandam esse malam fidem, in quam incidere dicitur bonæ fidei possessor post contestationem, ab ea quam initio prædo habuit, nam etsi dici solear, post contestationem omnes esse prædones, d. l. *sed si lege* §. *si ante litem*, hoc intelligendum est, vt quemadmodum prædones tenentur omnia restituere, quæ perceperunt, aut percipere debuerunt, vel dolo possidere desierunt: ita bonæ fidei possessor ex tempore contestationis si condemnatur, vt diximus: qui sequuta condemnatione quoad restitutionem talem faciendam, tanquam prædo censendus est, atque ita ficta quædã datur mala fides ex eo tempore, quæ inducit fructuum restitutionem, docet Bart. in d. l. illud, & in l. in æstimatione 71. (vbi Ant. Fabr.) D. hoc tit. Ofuald. d. lit. O. & notauit

ante eos Accur. in d. §. si ante litem verbo *capit* vers. *nec quantum ad hoc*. Diximus tanquam prædo, quoniam inter possessionem malæ fidei, & prædonem maxima est differentia, quam tradit Ant. Fabr. de erroribus decade 26. errore 9. num. 20. & alij relati à Gaspare Schif. libr. 2. tractatu 28. quæst. 7. circa medium. † Ex 42 quo cognoscimus d. §. *si ante litem*, non parificare prædonem, & bonæ fidei possessorem post motam controuersiam, vt teneantur ad restitutionem fructuum, sed tantum vt non possint alienare, vel dolo delinere possidere, d. l. *sed si lege* §. *quod ait Senatus*, & §. *perinde. l. nec vllam* 13. §. *is autem*, & §. *item si quis dolo. D. hoc tit.* & id satis apertum est ex ipso §. Consulto in d. l. *item veniunt* §. *præter*, vers. *item eos*, cuius verba interpretabatur Vlp. in d. §. *si ante litem*, secundum quæ ab eo adiecta, accipienda sunt eo sensu, vt non solum post litem contestatam, si dolo desinunt possidere teneantur, vt ait S. Consultum, sed etiam & ante litem, post controuersiam motam, atque ita condemnentur, tanquam si possiderent, quia dolus intelligitur etiam præteritis, id est qui præcedit litem contestatam, l. 1. §. *non tantum D. depositi*, & sic æstimatur extempore motæ controuersię.

Cœpimus ostendere bonæ fidei 45 possessorem quomodo teneatur ad fructuum restitutionem: videamus nunc quos fructus restituat ante litem contestatam. Et nostra lex demonstrat aperte, non teneri ad restitutionem vsurarum ex rebus hereditariis venditis collectarum, nec etiam fructuum, nisi quantum ex eis locupletior est factus. Idem probat l. *item veniunt* §. *præter*, vers. *item eos* l. *verum* 23. d. l. *sed si lege* §. *consulto*. & §. *adco l. si a domino* 36. §. *quo tempore*

tempore. l. illud 40. in fine l. heres 31. D. hoc tit. l. 3. de condit. indebiti. facit l. naturaliter 13. §. fin. D. cod. l. in pupillo 47. de solut. l. 3. §. fin. l. litis 17. de negat. gestis. iunctis aliis congestis à Gilchenio in d. §. si quis a. non domino cap. 7. num. 1. & 85. & ibi Pichard. Donel. dict. lib. 4. cap. 24. & sequent. Fachin. lib. 1. controu. cap. 48. Schiford. lib. 2. tract. 28. quæ 3. & tract. 29. & 30. & à nobis supra ca. 16. lib. 2. Sed quia hic fructuum articulus latissimus in iure exiit, ego ea dumtaxat percurram, quæ ad nostræ legis materiam peculiariter spectant: neque enim cordi est extra chorum saltare, & occasione leuiter atcepta, in immentam fructuum tractationem me conicere, illudque semper attendo, vt quæ ab alijs recte sunt tractata non transcribam, nisi quatenus ad ea, quæ de nouo obseruarem conducunt, ob eamque causam has nostras elucubrationes obserua-

44 *tionum titulo inscripsi. † Locupletior itaque is dicitur factus, qui aliquid acquisierit, quod bona eius augeat, l. cum fundus 31. §. seruum D. si certum petatur. l. si seruus 24. §. seruum de act. empr. siue apud se illud habeat, vel in corpus patrimonij cõuersum sit, l. si ipsa 18. D. de eo quod metus causa l. uxor marito 55. D. de donat. inter. Donel. dict. lib. 19. cap. 14. verbi. sane si quomodo. Schiford. supra. Pinel. in l. 2. 2. part. cap. 4. nu. 64. & seq. C. de rescind. vendit. & alios referens Osuald. d. cap. 14. lit. Q. Ant. Fab. 18. coniect. cap. 2. Cuiac. lib. 64. Digest. lul. in dict. l. si ipsa.*

45 *† Si ergo locupletiores effecti non sunt bonæ fidei possessores hereditatis, id restituere non tenentur, in quo fauore speciali ab ipso S. Consulto sunt prosequuti, d. l. sed si lege §. consuluit. Ratio fuit ne in totum damno afficiantur, & in hoc saltem*

melioris essent conditionis, quam prædones, quibus exæquari certe non debuerunt, cum nihil dolo faciat, qui bona fide tanquam suis rebus vt se existimat, dict. §. consuluit verbi. quencumque l. signid 31. §. siue autem D. hoc tit. † Quod quidem 46 ante S. Consultum obtinebat, ita vt quisquis alienam hereditatem nullo iure tenuisset, siue bona fide, siue pro prædone condemnabatur ad plenissimam restitutionem omnium, quæ percepisset, siue locupletior esset factus, siue non, quia nullo iure percepit, & bona fides sola non posset sufficere bonæ fidei possessori, ad acquirendos fructus, siquidem debebat habere bonum titulum, qui ramen deest hereditatis possessori, diximus supra num. 15. in fin. & docet Schiford. dict. tract. 28. quæ 6. Quæ res cum possessoribus omnibus magnum æfferet damnum, propterea quod solerent ij quibus hereditas aliqua obuenit, lautius (vt verba Consuli vsurpem in d. l. sed si lege §. si quis re. quæ explicat Osuald. in d. cap. 14. lit. C.) rebus suis abuti, occasione hereditatis, quam putabat sibi delatam, & tanquam ditioris facti, maioribus sumptibus sese onerare, putauit S. Consultum his consulendum, obseruat Ant. Fab. in dict. §. consuluit. & in dict. l. illud. 4. §. prado. Schiford. d. lib. 2. tract. 30. quæ 1. 2. circa finem.

Sed statim duplex dubium occurrit, primum circa fructus extantes, secundum circa consumptos. Et quo ad primum dicendum est, bonæ fidei possessorem fructus extantes teneri restituere, siue sint industriales, siue naturales. Ita expressum est in l. certum 22. C. de rei vindicat. l. 4. §. post licet D. finium regund. l. quasi 40. in fin. de acquir.

rer. dom. § si vero, Instit. de officio iud. quibus probatur bonæ fidei possessorum non teneri ad restitutionem fructuum consumptorum; ergo tenebitur ad restitutionem extantium, atque ita si agatur petitione hereditatis, extantes quidem veniunt in restitutionem vi actionis, non vero officio iudicis (quoniam augent hereditatem dict. l. sed si lege §. fin. d. litem veniunt §. item non solum vers. fructus autem. vt dicemus latius infra) quod necesse non est, cum actio ipsa sufficiat, tradit Ant. Fab. in dict. §. item non solum, & lib. 4. coniect. cap. 17. Gilken. in dict. §. si quis à non domino cap. 7. num. 59. Pinel. d. 2. p. cap. 4. num. 48. & 61. Cuiac. lib. 20. ad edict. Paul. in l. si à domino §. 6. §. fin. de petitione hered. † Et fere omnium concors est sententia, vno excepto Donel. in tract. de fructibus c. 4. & lib. 4. comment. c. 26. qui hanc veram sententiam errorem appellat, & gloriatur ante se neminem illā infirmare conatum, sed illius infirmas rationes euellit Gilken. d. n. 59. Fachin. lib. 2. contro. cap. 57. vers. post hæc scripta, & alij relati ab Schiford. d. tract. 30. q. 3. quibus addes l. vxor marito §. de donat. inter. vbi si vxor marito donauerit pecuniam, ex qua rem aliquam comparauit, etiam si soluendo nō est, inquit Paulus, poterit mulier reuocare donationē si res extat: ergo pari modo idem de fructibus dici debet, cōprobat l. 4. tit. 14. part. 6. verum est enim in iure, bonæ fidei possessorem sola perceptione fructus acquirere l. in pecuniam 18. l. fructus 45. de vxoris l. bona fidei 48. cum alijs de acquirendor. rer. dom. docent supra relati; sed eum hoc discrimine, vt scilicet perceptione acquirat, at vero lucretur si consumplerit, d. §. post litem iuncto d. §. si quis à non do-

mino vers. & ideo si postea dominus, &c. & tunc sane verū est fructus lucrari, cū alteri restituendi non sunt. Bart. in l. ex diuerso D. de rei vind. Couar. lib. 1. var. c. 3. Pinel. & alij sup. Vulrei. lib. 1. scholasticarum disputationum c. 20. Pich. in d. §. si quis à non domino n. 19. Cuiac. lib. 23. q. Pap. in l. 4. in fine principij de vscap. & in l. non ideo 66. in fin. D. de rei vindic. Ex quo sequitur extantes fructus esse restituendos.

Maiores difficultates est, an fructus consumptos teneatur restituere bonæ fidei possessor hereditatis, si ex fructibus consumptis locupletatus fuerit. Quam questionem tradunt plures laudati ab Schifordeg. d. tract. 30. in princ. & q. 1. Gilken. d. c. 7. n. 78. Fachin. d. c. §. 8. & vere dicendum est, in petitione hereditatis fructus perceptos quamuis cōsumptos restituendos esse, si exinde locupletior sit factus possessor. Quod aperte probat nostra lex, vbi dicitur non esse cogendos bonæ fidei possessores fructus reddere, nisi ex his locupletiores extiterint: & I. Consultus in d. l. illud 40. §. prado D. hoc tit. qui bonæ fidei possessorem illos fructus ait restituere debere, per quos locupletior est factus. † Secundo facit regulā iuris, qua docemur non intelligi absumptū, quod in patrimonij corpore retinetur, l. idem seruandū 72. de leg. 2. vnde quod in aliam rem conuersum est, perinde est ac si in eadē specie mansisset, & cōsequenter siquid in rem nostrā cōuersū est, locupletiores nos reddit, d. l. si ipsa 8. D. de eo quod metus causa d. l. vxor marito. Atq; ita restituentur fructus tanquam si extarent, cum luctum adhuc extare videatur, quod suum non facit bonæ fidei possessor l. post. 28. D. hoc tit. † Hoc vero tam de fructibus naturalibus, quam

quam industrialibus, dictum accipi debet, quia si ex quibuscumque locupletior sit factus, ad restitutionem tenebitur, cum S. Consultum ita eadem tribuat fructus, dum tamen non fiat locupletior, firmat Schifordeg. supra quæst. 3. (vt sic non admittas Sichardum hâc num. 8. qui de naturalibus fructibus tantum teneri bonæ fidei possessorem existimat.) Ratio est, nam cum hæc bona fides titulo deficiente (vt diximus supra num. 31.) non sit iusta, sed nuda, vt pote nullo iure subnixâ, non potuit tanto gaudere priuilegio, quanto gauderet bonæ fidei possessor titulo interueniente iusto, vt puta *pro emptore, donato, aut legato d. §. si quis à non domino* cum aliis, & ideo S. Consulto modus quidam, & norma introducitur, quod attinet ad restitutionem fructuum, vt inspicatur an sit locupletior factus, vel non bonæ fidei possessor. ¶ Quæ fuit vera ratio huius iuris introducendi, non vero alia, quam tradunt DD. relati à Pinello supra n. 61. Suarez in l. 8. tit. *De las herencias* nu. 38. lib. 3. fori & Osuald. d. lib. 19. cap. 13. lit. B. constituentes differentiam inter iudicium vniuersale, quale est petitio hereditatis, & particulare, quale est rei vindicatio, l. *venditor 21. D. de heredit. vel actione vendita*, vt in illo ita sit constitutum, quia hereditas cum recipiat augmentum ex fructibus, d. §. *item nō solum* vers. *fructus*, ideo illa pars quæ cedit lucro, representatur, & includitur in hereditate, & licet consumpta sit, iudicatur idem de eius pretio, vt quodammodo hereditarium videatur, l. *Imperator 70. §. fin. D. de leg. 2. l. 1. & si rem 22. D. hoc tit.* & sic non deficit actio ad petendos fructus, quia solum fructus hereditatem augent, & ampliorem faciunt, quæ deficit in

iudicijs particularibus, cum neque habeat fructus, neque dolo desinat habere, & ideo quamuis locupletior in eis sit, adhuc restituere non tenebitur bonæ fidei possessor, ita Donel. d. lib. 19. comment. c. 13. vers. *fructus quoque*, & ibi Osual. vbi proxime. ¶ Sed hæc doctrina non potest admitti, cum in bonæ fidei possessore hi tantum fructus veniant in restitutionem quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est d. *illud §. prædo*, ergo talis restitutio nō est accepto ferenda quasi augmento hereditatis, sed ipsius locupletationi. Deinde ex ea sequeretur, bonæ fidei possessorem in hac petitione teneri omnes fructus restituere, etiâ ante litē cōtestatā, et si factus non sit locupletior, quoniâ si hereditarij sūt, & augēt hereditatē, cōsequens est, vt eos restituat, cum hereditatem restituere teneatur. Rursus id reprobatur §. *& si in rem, vers. & si hereditas*, *Insit. de officio iudicis*, vbi idem procedit in hereditate, quod in singulari rerū petitione, vt recte animaduertit Schford. supra d. q. 1. & q. 2. circa medium. ¶ Vnde constat nulla alia ratione bonæ fidei possessorē ad fructuū consumptorum restitutionem compelli, si locupletior sit, nisi quia quos percepit S. Consulto permissione factum sit, vt diximus supra nu. 43. quod cū intendat ne damnum patiatur possessor. d. §. *consultum*, ita noluit vt lucrum reportaret, d. l. *post. l. 1. D. de posui. l. idem quæro. §. sed si pecuniā* in *D. mandati*, sed vt in eo statu relinqueretur, tanquam si hereditatē nō possedisset, idest neque pauperior effectus, nec locupletior l. *ex mādato 10. D. de mādato*, nec ex hoc sequitur, prædonis, & bonæ fidei possessoris æquam esse conditionem, quia respondetur æquam esse in hoc, ac

luctum ex aliena hereditate sentiant, cum utrique sit commune, nullum titulum habere, attamen bonæ fidei possessorem in eo antecellere, ut si perceperit fructus non restituat, nisi ex eis locupletior sit factus, at malæ fidei possessorem in grauiorem causam reduci, cum omnes fructus restituere teneatur d. *l. sed si lege §. sed & fructus, l. fructus 33. de rei vindicat.* cum adductis à Gilchen. in §. *ei verò à num. 1. Inst. de rer. diuis.* & præcipue à Donel. dict. cap. 14. lib. 19. vers. *primum ergo,* & vers. *quod si bona fidei possessor.*

§§ Ex quibus inferitur interpretatio ad Iulianum in dict. *l. si ipsa 18. D. de eo quod metus causa.* ubi quis intelligitur locupletior factus, etsi res in aliam conuersa sit. Pro cuius explanatione animaduerte, actionem quod metus causa dari in heredem, vel successorem eius, qui vium intulit, quatenus ex illa re factus est locupletior *l. videamus 17. D. de eo quod metus causa l. in heredem. §. D. de calumniatoribus.* ubi Ant. Fab. *l. in heredem 27. cum l. sequen. D. de dolo.* quod intellige, ut si rem consumpserit, videatur locupletior factus, & ad restitutionem tenebitur, ut in dictis iuribus, iunctis aliis, quæ refert Schifordeg. lib. 1. tract. 10. quæst. 1. & 4. Pichard. in §. non autem num. 50. Inst. de perpetuis, & tempor. neque in hoc distinguendus est heres à bonæ fidei possessore (sicut Accurs. & Ant. Fab. existimant,) ut in illo semper perpetua sit actio, non vero in hoc. Nam verius esse *l. si ipsa* loqui de herede, collocatio ipsarum legum diserte demonstrat, & notat Cuiac. lib. 1. quæst. Paul. in d. *l. videamus.* Ut sic fiat differentia inter *consumere, & interire,* hoc modo, si heres abutatur, & consumat rem, quæ ad eum peruenit, non li-

beratur, quia per eum factum est, ut rem non habeat: quod de consumptione accipi debet, & eo casu attentio procedere d. *l. videamus* eius series clare denotat. † Subsequitur postea d. *l. si ipsa,* & quætionem subiicit; quid erit si ipsa res interierit? Vbi aduerte emphasin illorum verborum *si ipsares,* id est si personaliter interierit ante litæ contestatam, tunc non dicemus factum fuisse locupletem, quoniam eo tempore, scilicet contestationis, quantum ad heredem peruenierit spectatur, *l. 10. illo tit.* & eo tempore rem non habuit, neque fecit quominus haberet. † Neque obstat quod Anton. Fab. ait, distinguendum esse inter heredem, & bonæ fidei possessorem: nam contrariam est verum ex d. *l. quod diximus 16. in princ. & in §. in heredem. D. de eo quod metus causa.* Vbi ait Consules, in heredem, & cæteros, in id quod peruenit ad eos, dari illam actionem. Itaque æquiparat heredem, & bonæ fidei possessorem, ut teneantur quatenus ad eos peruenit, ex ratione tradita à Schiford. d. tract. 10. q. 1. & 4. Pichard. in d. §. non autem num. 50. teneantur tamen si locupletiores sint facti. Locupletior itaque successor dicitur, si ea res ex aliquo contractu in pecuniam conuersa sit, quo calu non liberatur, quia omnino locupletior est, cum ex ea re sibi parauit aliam per pecuniam, & qui pretium habet, vel aliam rem, ipsa principaliter habere videtur *l. quia qui pretio 39. D. de usufructu l. sed si quis 35. & seq. de peculio l. sed quod inde 71. de leg. 2.* † Item non videtur quis rem amisisse, si pretium habeat, vel loco eius aliam rem ex permutatione nanciscatur, *l. idem 72. de leg. 2.* unde vii semel est res conuersa in pecuniam, vel aliam rem,

rem, non debet amplius expectari quis exitus sit. In qua re non debet admitti quod Accursi. (quem Bart. & reliqui sequuntur) dicebat, ut si ex re à defuncto metu extorta aliam heres nanciscatur, ex causa lucrativa teneatur, licet postea deperdat, non vero si ex causa non lucrativa, quoniam ut recte Cuiac. & Ant. Fab. supra in d. l. 8. notant, verba Iuliani indistincte procedunt ibi. *si in pecuniam, aliamve rem conuersa sit.* Ergo indicat rem pro re, aut pro pecunia datam.

- 59 Vtitur autem Iulianus (in d. l. si ipsa versum & Imperator) exemplo simili ex Antonini cōstitutione petito, ut probet suam sententiam, scilicet ut teneatur heres si in aliam re conuerterit, sicut in petitione hereditatis peti potest hereditas à possessore, qui licet eam iam non habeat, tamen pretium rerum hereditarium apud se habet, & eo vitur, quia pretium intelligitur successisse loco rei hereditariae, & quodammodo ipsam hereditarium factum, l. si & rem 22. D. hoc tit. (ubi Accursi. verbo quia potest) neque videtur quis amisisse quod in suum patrimonium conuersum est d. l. idem 72. de leg. 2. l. pater 23. de adm. 60 legat. † Sed in hoc exemplum irruit post Accursium ibi verbo dicimus vers. sed de hoc caus. Ant. Fab. in ration. in d. l. si ipsa Tribonianum irridens, quali totum hunc versum ex suo capite intexuerit, ea ratione, quoniam inter petitionem hereditatis, & actionem quod metus causa differentia sit, cum illa ratio, ut pretium succedat loco rei in iudicijs vniuersalibus locum habeat, quale est petitio hereditatis, quæ sub se habere potest multas species d. l. si & rem, & diximus supra nu. 4. non vero quod est singulari ut actio me-

tus, atque ita non sicut pretium redactum ex re hereditaria possit dicere hereditarium, idem de re per vim ablatam dicas, & pretium rei quod ex venditione redigitur, non tam ex re, quam ex negotiatione percipitur, l. venditor 22. D. de heredit. vel actione vendita, quod comprobatur ex l. qui vias 48. §. fin. D. de furtis l. si mulier 29. de donat. inter l. idemque 7. §. fin. D. qui potiores cum alijs. Quam differentiam plures admittant, quos refert Osuald. dict. cap. 13. lib. 9. lit. B. & sentit Cuiac. in dict. l. videamus. † Secundo ait 61 Ant. Fab. quod in actione quod metus causa sufficit rem per vim ablatam peruenisse semel, quamvis non durauerit in dict. l. si ipsa. at in petitione hered. si agatur contra bonæ fidei possessorem, ideo est, ne lucrū consequatur: quibus rationibus alias addit Cuiac. in dict. l. videamus circa fin. quod petitio sit bonæ fidei, ut diximus supra, & actio quod metus causa stricti iuris, in quibus res æstimatur tempore litis contestata, l. 20. D. de eo quod metus causa, in bonæ vero fidei iudicijs tempore rei iudicata, l. 3. §. in hac actione D. commodati. l. si à domino 36. §. quo tempore D. hoc tit. cum notatis ab Schifordeg. lib. 1. tractatu 25. per totum.

His & alijs difficultatibus Iulianus impetitur, sed nihilominus tamen adhuc erit defendendus. Proponit ergo in specie dict. l. si ipsa eam questionem, an is ad quem res per metum extorta, iusta ex causa, & bona fide peruenit, si ipsa res interierit naturaliter, locupletior intelligatur, ut conueniri possit actione quod metus causa. Et ait non tene-ri, quoniam non intelligitur ad eum peruenisse neque locupletior factus, ex traditis à Donel. lib. 16. c. 6.

ment. cap. 1. Duaren. in l. si ex lega-
tis 23. D. de verb. oblig. Ant. Fab. lib.
25. comment. cap. 19. vers. *sequitur*
sed & si non culpa. Molina in empr.
tit. de reb. cred. in præmiss. num. 30.
sed si eam rem in pecuniam conuer-
terit, tunc omnino locupletio-
63 rem dicemus, & tenebitur, licet postea
disperdat. † Ratio est, nam pretium
succedit loco rei, sicut in petitione
hereditatis, ubi bonæ fidei posses-
sor tenetur, licet res hereditariæ ap-
pudeum non sint, in qua re æqui-
parantur actio quod metus causa, &
alia quælibet particularis cum pe-
titione hereditatis, vt sicut in illa
locupletior intelligitur, & adhuc
rem habet, qui vendidit vel per-
mutauit; ita & in hac: & hoc non
ob id, quod iudicium sit vniuer-
sale, ex cuius natura minime tale
prouenit, imo falsum est dicere
indistincte in eo solum hoc admis-
sum: & quamuis communis sit
hæc doctrina, vt ex Bart. & reli-
quis constat in l. Imperator §. fin.
de leg. 2. Oluald. supra capit. 13.
litera B. Ant. Fab. in dict. l. si ipsa,
Cuiac. libr. 8. resp. Papin. in l. vir §.
fin. de donat. inter. Barbosa in l.
quæ dotis 34. num. 142. D. solut. ma-
trimon. Gutierrez libr. 3. practic.
q. 77. num. 10. & q. 87. per totam,
Molina de primogen. lib. 4. cap. 4.
num. 24. & seq. adhuc tamen gene-
raliter, & sine distinctione eam
non admitto, primo ex l. cum pa-
ter 77. §. dulcissimis de leg. 2. ibi: *ex*
eisdem facultatibus precepta pecunia,
& in corpus patrimonij conuersa non
prestabuntur. l. Lucius 88. alias est
Scauola 91. §. insulam D. eod. tit. l.
Labco 14. §. ita ut si dominus de verbor.
signif. l. non videtur 38. §. plane cum l.
seq. l. si ususfructus 35. §. fin. D. de usu-
fructu, l. si donata 36. §. 1. l. vxor 35.
l. si prædia 38. D. de donat. inter.

in quibus iuribus non attenditur
an sit iudicium vniuersale, vel non,
vt pretium succedat loco rei. † Se-
cundo facit, dotem esse quoddam
vniuersale, ex Barbosa & aliis rela-
tis supra num. 34. atque ideo pretium
in eius locum succedere debuisset,
verum tamen hoc non contingit,
quando ex dotali pecunia res com-
paratur l. ex pecunia 12. C. de iure
dot. (iunctis quæ ad eius interpre-
tationem cum l. res 34. D. eod. con-
gerit Ant. F. b. lib. 5. coniect. cap. 9.
& Gilk. in l. ad probationem 21. nu.
4. C. de probat.) Nec hoc argumen-
tum effugiet, qui cum multis con-
stituat differentiam, an sit pecunia,
vel res dotalis, nam eidem satisfacit
Barbosa in rub. 3. p. num. 73. D. so-
lut. matrim. qui multa quæ ad hanc
partem pertinent suo more conge-
rit eleganter. † Vltimo facit, quod
cum Iulianus tractauerit in d. l. si i-
psa, an locupletior sit factus qui
rem metu extortam vendidit, pro-
ponit exemplum petitionis heredi-
tatis, quia in vtraque actione cum
agimus an quis locupletior sit, so-
lum inspicitur an aliquomodo sit
factus, & cum in effectu locuple-
tior sit, siue rem habeat siue pre-
tium, non est mirum si Consultus
eadem similitudine usus fuerit, in
qua eadem ratio vigeat. † Quod
66 eleganter suadet ex l. quod autem
7. §. idemque, & præcipue ex l. vxor
marito 55. D. de donat. inter. vbi Paul.
scribit, quod si vxor marito suo do-
nauerit pecuniam, ex eaque mari-
tus aliquam rem emit, si res extat,
poterit agere ad rem vindicandam,
quatenus ex ea maritus fuit factus
locupletior, eam soluendo non sit,
quia non querimus, inquit, quid
deducto ære alieno marito super-
sit, sed quid ex re mulieris maritus
possideat, quem locum explicat
Cuiac.

67 Cuiac. libr. 6. quæst. Paul. ibi, & Anton. Faber d. lib. 5. cap. 9. Barbosa d. 3. p. rubricæ num. 85. & seq. ¶ Cum ergo solum inspiciatur in proposito, quid ex re metu extorta possideat heres, in d. l. si ipsa ad hoc ut locupletior sit, nō est incongruum, si eiusdem rei in petitione hereditatis exemplum subiecerit Iulianus, in quo eadem admittuntur. Atque hæc mihi yeriora videntur, ne cum interpretis munere fungimur iura demoliamur, ut Ant. Fab. plerumque ex suo more facit.

Secundo ex supradictis infertur interpretatio ad l. si fructus C. de donat. inter. vbi postquam consumpti sunt fructus (in quibus valida est donatio inter coniuges l. de fructibus 17. de donat. inter. Pinel. in l. 2. 2. parte C. de rescind. cap. 4. num. 48. & nos egimus cap. 16. lib. 2.) inspiciatur an locupletior sit, qui ex coniugibus accepit, ut valeat donatio, vel non: quoniam eatenus reuocatur, quatenus recipiens locupletior est l. si sponsus. 5. §. concessa donatio l. cum hic statim 32. §. quod ait oratio l. si cum mulier 30. de donat. inter. cap. fin. extra eod. tit. cum late adductis à nobis lib. 2. cap. 10. in prin. & iis quæ ad eius loci explicationem notat Sch. fordeg. d. tract. 30. q. 4. & de difficult. l. Me & Titium 32. D. si certum petat. Donel l. b. 4. com. cap. 25. erit consulendas, ad quos hæc remittimus, ne disputationis nostre cancellos transilire videamur, neque aliorum paginas transcribere.

69 Tercio infertur ad aliam questionem supradictæ longe affinem, an ex consumptione fructuum locupletior quis intelligatur in dubio, de qua videndus est omnino Sch. fordeg. d. l. 2. tractatu 27. per totum. Pinel. d. cap. 4. num. 64. & relati ab

Osuald. cap. 14. lit. Q. qui de modo probandi locupletationem agunt, & præter eos Sfortia de restitutione i. p. q. 36. art. 10. Trentacinq. lib. 2. practica. resolut. tit. de minor. resolutione 3. Alia item questio poterat interferi, quo scilicet tempore inspiciatur, ut factus locupletior dici possit bonæ fidei possessor, de qua Ant. Fab. per text. ibi in d. l. si a domino 36. §. quo tempore D. hoc tit. Osuald. d. cap. 14. lit. X. Donel. lib. 27. com. cap. 9.

Nunc autem necesse est ut dispiciamus de usuris, quarum Imperator noster in præsentī meminit, docens quod si possessor bonæ fidei res hereditarias vendiderit (quod non de fructibus venditis intelligas, sed de corporibus ipsis hereditatis) ex pretio earum collectas usuras minime præstabit, nisi quatenus locupletior sit. Ita scribit etiam Vlp. in d. litem veniunt. §. hac aduersus vers. ceterum, & §. ait Senatus, cum §. §. & legibus seqq. D. hoc tit. Ratio est, quoniam sicut diximus supra, bonæ fidei possessor solū præstat illud, per quod lucrum acquisiuit, d. l. sed si lege, §. consuluit & d. l. post. d. l. illud §. in bona fidei. ¶ Sed obstat locus difficilis in l. 1. C. de iis quibus ut indignis, in quo Imperator Severus ad Celerem scribens, videtur in possessoribus malæ fidei id ipsum constituisse, quod Senatus & lex nostra in bonæ fidei possessore iam constituerat, nam si malæ fidei possesores res ex hereditate distrahant, ex tempore motæ controuersie usuras inferre tenentur, idque & Papin. probat in l. eum qui 18. D. de his quibus ut indignis. Quæ difficultas adeo grauis est non solum nostris interpretibus; verum etiam Vlpiano ipsi in d. §. hac aduersus, qui cum huius epistolæ meminisset existimauit, ne

eum Senatus Consulto Seueri epistola pugnare videatur, sic eam interpretari, quasi ad eas tantum res pertineat, quas distrahi expediebat, quod hereditatem onerarent magis, quam fructui essent, vt sic deterior fiat prædonis, quam bonæ fidei possessoris conditio. † Verum hæc Vlpiani interpretatio dura quidem & commentitia videtur Ant. Fab. in d. *vers. eadem*, cum generaliter loquatur epistola in d. l. 1. & faciat deteriorem conditionem malæ fidei possessoris, quam esset antea, ponaturque in arbitrio petitoris, quam computationem facere velit, vtrum ipsius rei, & fructuum, vel pretij, & vlturatum, argum. l. *Grace* 8. §. *idem Iulianus. D. de fideiusor.* Deinde, quoniam Seueri epistola generaliter non loquitur de malæ fidei possessoribus, sed de herede nõ vindicante necem defuncti, qui licet bonæ fidei possessor non sit, attamen nec prædo dici potest, cum vere heres fuerit. Quam coniecturam iterum exagitat Ant. Fab. in l. *heres* 51. §. 1.

73 circa fin. *D. hoc tit.* † Quibus considerationibus adici potest alia, scilicet hanc epistolam Papinianum diuersimode intellexisse in d. l. *cum qui D. de his quibus vt indignis*, dum ait, Seuerum benigne hoc decreuisse, vt citra distinctionem temporis non deberentur vlturæ. Nec mihi opinio Ant. Fab. probatur, qui ait Seueri rescriptum, de quo in d. l. *aum qui*, male à Cuiacio confundi cum illo, de quo in d. l. 1. nam pro Cuiacio facit primo æquiparatio vtriusque casus, qui coniungitur in tit. C. *de his quibus vt indignis*, iuncta l. *heredem* 17. l. *ei* 20. & seq. *D. ad.* nam si eum qui in fraudem legis tacitam fidem accomodat, non videtur bonæ fidei possessor in d. l. *cum qui*: ita etiam & qui inultam necem testa-

toris reliquit; & quemadmodum ab vno auferuntur fructus, ita & ab alio. Secundo facit d. l. *cum qui* ibi: *exemplo bonorum fisco vindicatorum*; quæ verba non de eodem casu tacenti fideicommissi intelligi debent, sed de alio simili, hic autem nullus alius, nisi quem epistola comprehendit Seueri in d. l. 1.

74 Quare in tanta difficultate tantum esse arbitror, vt Seueri epistolam in d. l. 1. intelligamus procedere, iuxta sententiam Pap. ex Principis benignitate, in gratiam heredum fisco suo non fauentis, vt indicat etiam d. l. 1. in fin. ibi: *scia est*, quod idem est ac si humanum iudicaret, vlturatum semissimum solutione contentum se præbere, tantum si fisci essent debitores, l. *cum quidam* 17. §. *si debitores de vsuris* l. fin. C. *de vsuris fiscalibus* lib. 10. nam apud bonos Principes deterior solet esse fisci conditio, quam priuatorum, vt de Traiano docet Plinius in Panegyrico, & de Marco Aurelio Iulius Capitol. in eo, & Aurelius Victor in Iuliano, & confert Alciatus emblemate 146. vbi Minoces & Cassiodorus lib. 1. var. epist. 22. & l. 14. tit. 5. p. 2. Quod præsensit Accursius in d. l. 1. verbo *post mortem*, ibi, *vel dic hoc speciale*. † Rationem autem specialitatis docet Castrensis ibi num. 6. scilicet quia etsi heres malæ fidei possessor existimetur, adhuc est verus heres, & dominium rerum habet l. *ex facto* 43. §. fin. *de vulg.* licet tanquam ab indigno ei postea auferatur hereditas. Ita post Accursium in l. *hic consequenter* 18. §. 1. verbo *non pertinere D. famil. ereisc.* docet Peregrinus de iure fisci lib. 2. tit. 2. num. 7. Farinac. 1. parte fragment. criminal. lit. F. num. 16. & tomo 4. criminal. quæst. 120. num. 37. & Plaza de delictis cap. 21. num. 44. Menoch.

Menoch. consil. 502. num. 13. & 28. & consil. 557. num. 16. vol. 6. Suarez allegatione 15. num. 10. & vere possessor malæ fidei non fuit, ut probant illa verba: *nec enim videtur fuisse*, quæ denotant ficti onem, & ideo æquum fuit, ut mitius eum eo ageretur, quam cum vero prædone, aut malæ fidei possessore: quis enim non fateatur meliorem esse debere conditionem eius, qui verus est heres, licet ei tanquam ab indigno auferatur hereditas, quam illius, qui nec heres est, nec bonæ fidei possessor? † Et quomodo magis videatur vigere Vlp. in d. §. *hæc aduersus*, vers. *ceterum*, expensus supra ab Antonio Fabro, attamen si cum bene re legas, inuenies non conuenire eum eodem: nam vers. *nisi forte*, in d. §. *hæc aduersus*, non est referendus ad versiculum *sed Imperator*, ubi meminerat illius epistolæ, sed ad principalem decisionem, ubi agebat de possessore malæ fidei, qui sciens hereditatem ad se non pertinere distraxit. Et cum explicaret illam partem Senatus Consulti, de quo in §. *præter* eiusdem legis, in vers. *hi qui se heredes existimant*, in qua agebatur de bonæ fidei possessore, qui res distraxit hereditatis, Iuris Consultus casum adaptat omissum de malæ fidei possessore, atque ita solum adduxit epistolæ autoritatem, ad probationem suæ sententiæ, non autem aduersus eam, neque etiam ut explicaret epistolam, quæ alias suæ sententiæ minime aduersabatur, sed magis fauebat. † Iuxta quæ mens Vlpiani fuit proponere eam quæstionem, quod si malæ fidei possessor rem distraxit, quid teneatur soluere in petitione hereditatis, & respondet non pretiaterum, sed res, & fructus debere restituere, ut in dict. *h. item*

veniant. §. *quid si post petitionem*, sicut idem constituerat in malæ fidei possessoribus epistola Seueri, quoniam Senatus Consultum de illis loquutum est, qui sunt possessores bonæ fidei, à quibus ait non esse vsuras exigendas ex pecunia ab eis redacta ex pretio rei. Quod omne intellige ante petitionem hereditatem, nam post eam si res steriles, & quæ onerabant hereditatem, vendidit, habet petitor electionem, an res & fructus petat, an pretium, & vsuras, quod idem confirmatur inferius in dict. §. *quid si post*. ubi si post litem contestatam vendiderit res steriles, datur eadem electio, in qua nulla iniquitas est, quin potius tendit in possessoris utilitatem, qui ab eis si vendidisset, ad res & fructus tenebatur, in casu autem præsentis quando steriles erant, melior eius est conditio, cum amplior fiat restituendi facultas, utpote quia electio datur petitori, & ita malæ fidei possessor adiuvatur, siquidem res distraxit, quæ inutiles erant. † Et secundum hunc sensum, quem tradit Accurs. in d. §. *quid si post*. verbo *pretia* vers. *vel melius distingue*. tantum abest, ut Vlpianus Seueri epistolam in illo casu accipiat, quin potius longe alia fuerit eius mens, & si cōiectari licet, alios casus comprehendisse Seuerum in illa epistola existimo. † Quoniam in d. l. non ait res esse restituendas & fructus, ut in d. §. *hæc aduersus*, sed pretium, & vsuras; neque item in d. l. est locus computationi, & electioni, de qua in d. §. *hæc aduersus*, ubi vere non de specie d. l. sed de petitione hereditatis loquitur Consultus. Qui si de ea loqueretur non petitoris nomine, quod conuenit petitioni nostræ vsus esset, sed fisci, & plerumque hæc electio in hoc tractatu