



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

HARVARD LAW LIBRARY



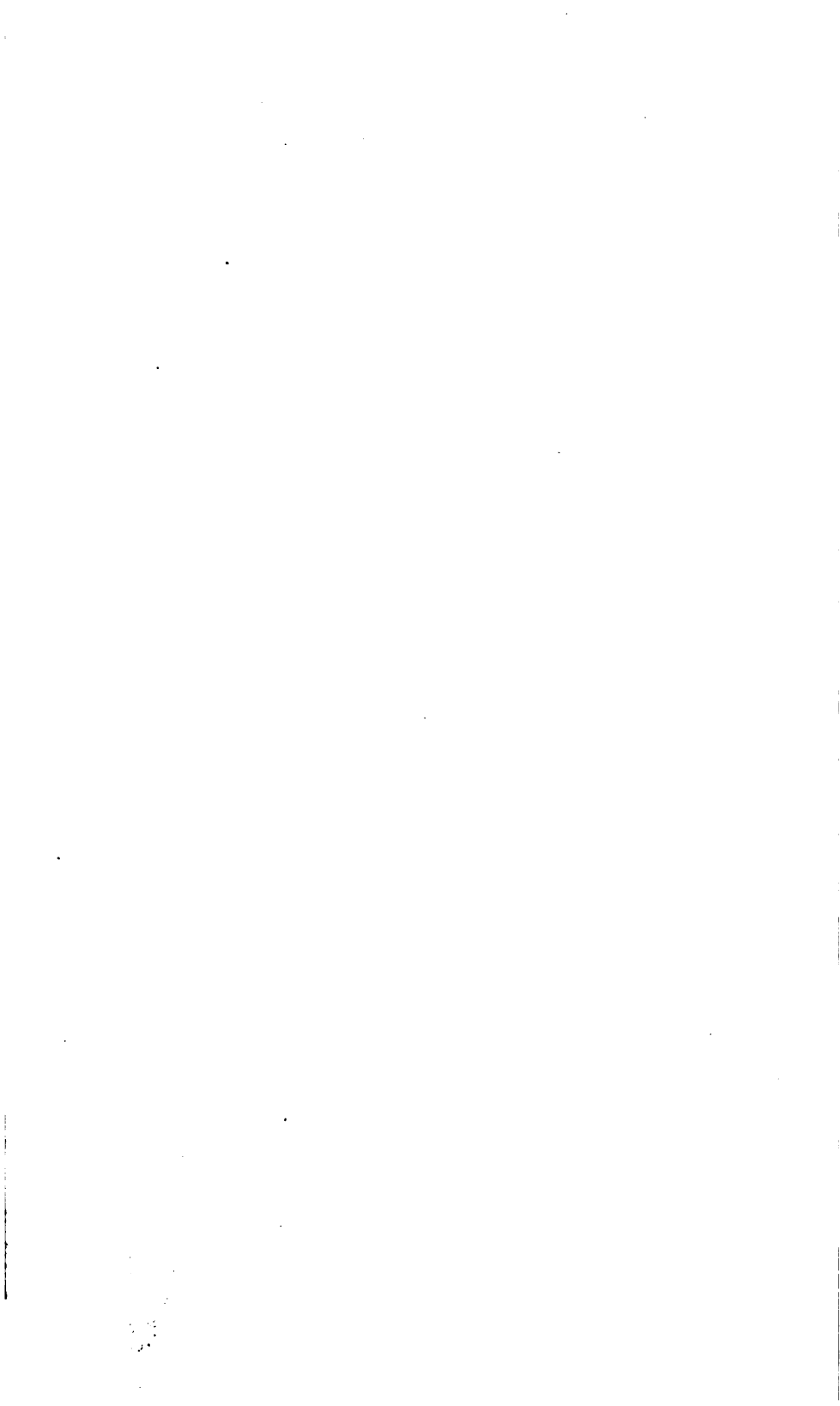
3 2044 097 745 442



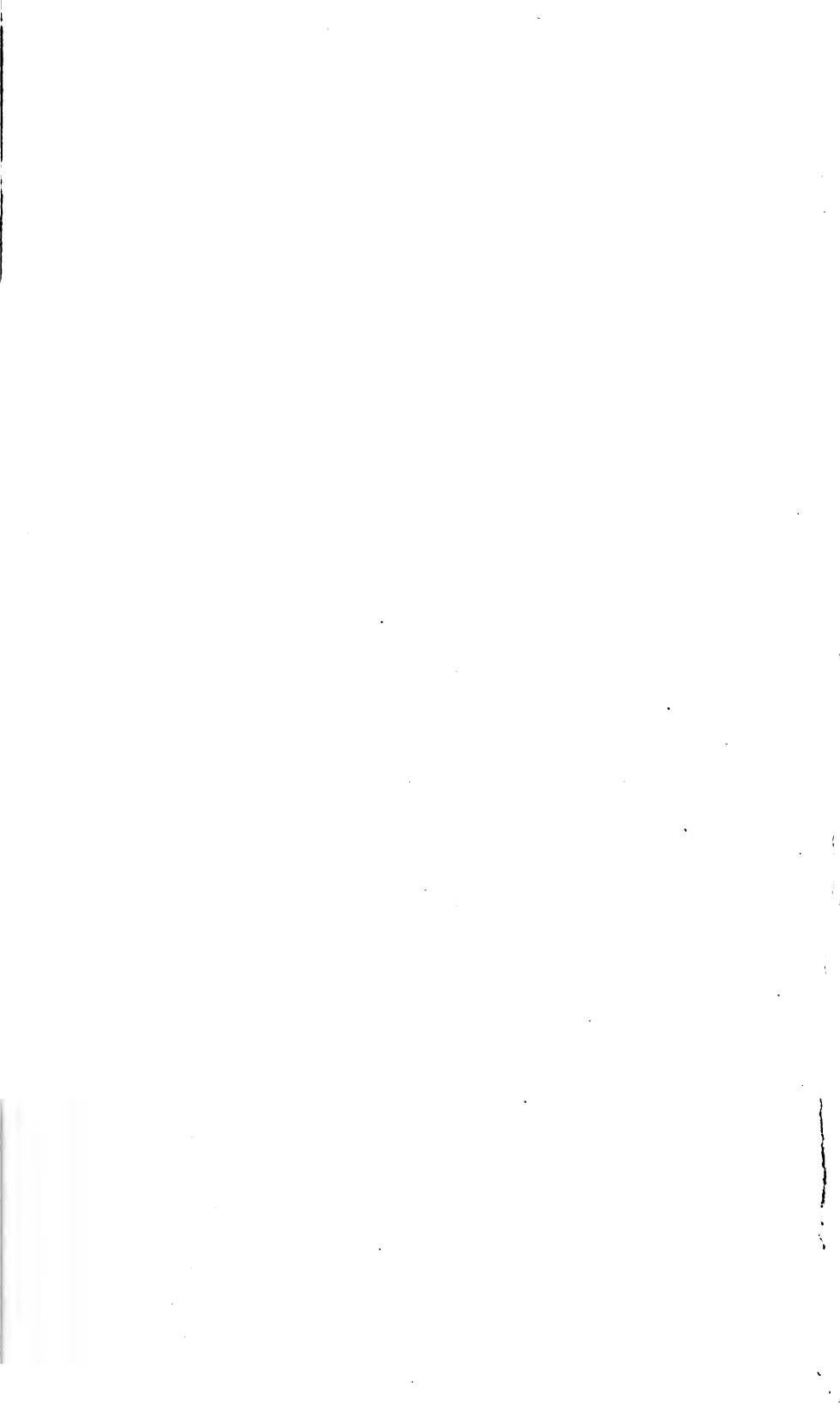
HARVARD LAW LIBRARY.

Received *Aug. 15, 1901.*





COMMENTATIONES IVRIS ROMANI DVÆ.



x
c

COMMENTATIONES IVRIS ROMANI DVÆ

AVCTORE

HERBERTO PERNICE HALANO

8.
HALIS APVD EDVARDVM ANTONIVM

A. MDCCCLV.

+

Re

Rec. Aug. 15, 1961.

VIRO PERILLVSTRI GENEROSISSIMO

FRIDERICO LVDOVICO KELLERO AB IBICE

IVRECONSVLTO INCLYTO PRÆCEPTORI

PIE COLENDO FAVTORI BENEVOLO

D. D. D.

VENERABVNDVS AVCTOR



Iuris Romani duas hasce commentationes in lucem ausus emittere, non potui non animadvertere, temeritatis excusandae gratia iis, qui libellum meum inspicere forte dignaturi sint, breuiter rationem esse reddendam.

Prior igitur, quam tractaui, quaestio in annum MDCCLVIII. ab illustri Iureconsultorum Berolinensium Ordine ciuium academicorum certamini subiecta fuit, his uerbis concepta:

„Ut instituta diligenti locorum iuris Romani, quibus de agitur, interpretatione efficiatur, quemadmodum in duplicibus testamentis iniri debeat ratio Legis Falcidiae,“

alteram illustris Iureconsultorum Halensium Ordo pari de caussa eundem in annum ita proposuit:

„Cuiam in actionibus tam confessoria quam negatoria incumbat onus probandi, habita ratione formularum in ueteri iudiciorum ordine usitatarum exponatur.“

Mihi autem quum contigerit, ut feliciter utrique postulato satisfecerim, iuuenilis ingenii specimina in scriniis abscondenda esse uisa non sunt, non quia nouum nescio quod eximiumque munus uirorum doctorum examini submissurum me esse opinatus sim, sed quod antiquum in hac re morem ab eo statim

tempore sollerter obseruatum, quo in litterarum uni-
 uersitate Gottingensi quaestiones cum praemio primum
 proponi coeptae sunt, pie colendum studiorumque
 primitias in artis illius doctrinaeque, cui totam con-
 secrare uitam destinauerim, liminibus dedicandas esse
 censui, ut antequam summos in utroque iure hono-
 res appeterem, si non exegisse, tamen tentasse ali-
 quid uiderer, quo digniorem me hoc initiamento
 redderem. Vehementer itaque, quod bona mente
 factum est, ne vanitati illud tribuatur ostentationi-
 que comprecor.

Ipsas has commentationes secundum iudicia ab
 illustri utroque Ordine lata diligenter emendare vi-
 tiisque purgare studui et exactius quidem eam, quae
 Halis elaboranda fuit, quum accuratissimam illa ex
 omni parte tulerit recensionem. Itaque praecipue in
 paragraphis 12 — 15 haud pauca et corrigenda et
 transponenda inueni, aliis locis nunc adieci aliquid,
 nunc explosi. Priorem autem scriptionem, quum tria
 antea capita haberet, in quattuor diuisi, quorum
 primum paragraphis, quae antea non fuerunt, di-
 stinxi, paragraphum decimam totam adieci, para-
 graphum octauam funditus emendaui, in singulis
 quaestionibus expediendis multa hic illic addidi.

Sed satis haec, ne iusto plura praefando le-
 ctos defatigem.

Scribebam Halis a. d. XIII. Cal. Febr. A. MDCCCLV.

ARGVMENTVM LIBRI.

COMMENTATIO PRIMA.

DE RATIONE LEGIS FALCIDIAE IN DVPLICIBVS TESTAMENTIS INEVNDATA.

Praefatio p. 1.

CAPVT PRIMVM.

De natura atque indole substitutionis pupillaris.

§. 1. Doctorum uirorum de substitutione pupillari qualis in iure Iustiniano existit sententiae p. 4..

§. 2. Coniecturae auctoris de incunabulis ac progressu doctrinae Romanorum de pupillari substitutione p. 6..

CAPVT SECVNDVM.

Quemadmodum in duplicibus testamentis ineunda sit ratio Legis Falcidiae.

§. 3. Explicatur L. 11, §. 5. D. ad Leg. Falc. (XXXV, 2). p. 12..

§. 4. Quemadmodum ineunda sit ratio Legis Falcidiae coherede filio impuberi substituto p. 20..

§. 5. Quemadmodum ineunda sit ratio Legis Falcidiae, si duo pluresue substituti fuerint pupillo instituto p. 48..

§. 6. Quomodo ineunda sit ratio Legis Falcidiae, si duobus impuberibus fuerit substitutum p. 62..

§. 7. Si exheredato substitutum fuerit, quemadmodum ratio Falcidiae iniri debeat p. 70..

§. 8. Conclusio p. 76..

CAPVT TERTIVM.

De iuris praetorii in quaestione proposita ui atque effectu.

§. 9. Quomodo substitutus soluat legata, si contra tabulas bonorum possessio intercesserit p. 78..

§. 10. Quemadmodum soluantur legata, si suus heres abstinuerit p. 93..

CAPVT QVARTVM.

Quaestiones paucae minus huc respicientes neque tamen quae silentio possint praeteriri tractantur.

§. 11. De stipulatione „quanto amplius“ p. 110..

§. 12. Si arrogato substitutum fuerit, quemadmodum ratio Falcidiae ineurat p. 117..

§. 13. Quid obseruandum sit, si utrisque tabulis eadem res legata fuerit p. 119..

COMMENTATIO ALTERA.

ONVS PROBANDI CVINAM IN ACTIONIBVS TAM CONFESSORIA QVAM NEGATORIA INCVMBAT, HABITA RATIONE FORMVLARVM IN ANTIQVO IVDICIORVM ORDINE VSITATARVM EXPONITVR.

Praefatio p. 127..

PARS PRIMA.

IN VSVM QVAESTIONIS PROPOSITAE QVID STATVI POSSE VIDEATVR EX FORMVLIS IN ANTIQVO IVDICIORVM ORDINE VSITATIS.

CAPVT PRIMVM.

Quaestiones praeparatoriae.

§. 1. I. Ante Legem Aebutiam quemadmodum de seruitutibus certatum sit. p. 129..

§. 2. II. Quum per formulas ageretur, cuius generaliter competierit actio confessoria, cuius negatoria.

1. Vulgata opinio p. 134..

§. 3. 2. VELTHEMII sententia p. 135..

§. 4. 3. Auctoris sententia p. 137..

§. 5. 4. Differentia inter auctoris et VELTHEMII sententiam p. 152..

§. 6. III. De ipsis formulis in actione confessoria et negatoria usitatis p. 154..

§. 7. III. De actione prohibitoria.

1. De existentia actionis prohibitoriae p. 162..

§. 8. 2. De usu actionis prohibitoriae p. 169..

§. 9. 3. Prohibitoria actio num negatoria dicenda sit an confessoria p. 172..

CAPVT SECVNDVM.

De onere probandi in actione confessoria et negatoria.

§. 10. I. VELTHEMII ratio p. 174..

§. 11. II. De onere probandi in actione confessoria p. 176..

§. 12. III. De onere probandi in actionibus prohibitoria et negatoria.

1. L. 5. pr. si ususfr. (VII, 6.) p. 180..

§. 13. 2. Grauissimum sententiae uulgaris de onere probandi in actione negatoria adminiculum ex scholio STEPHANI depromptum p. 182..

§. 14. 3.^e De onere probandi in actione prohibitoria p. 187..

§. 15. 4. De onere probandi in actione negatoria p. 190..

§. 16. IIII. De utili actione confessoria et negatoria p. 194.

§. 17. V. De actione confessoria et negatoria Publiciana p. 196..

§. 18. VI. De probatione in actione negatoria, si ex parte seruitus negetur p. 200..

PARS SECVNDA.

BREVIS RECENSIO SENTENTIARVM, QVAE ADHVC PROLATAE SVNT IN DOCTRINA DE ONERE PROBANDI IN ACTIONE NEGATORIA ET CONFESSORIA ARGVMENTORVMQVE PRAECIPVE VSITATORVM EXAMINATIO.

CAPVT PRIMVM.

Singularum sententiarum enumeratio argumentorumque, quibus praeter leges quasdam fulciri solent, conspectus.

§. 19. I. Historia controuersiae de onere probandi in actione negatoria et confessoria.

1. Pauca de statu controuersarum opinionum usque ad HUFELANDIVM p. 205..

§. 20. 2. Conspectus scriptorum post HUFELANDIVM de quaestione proposita locutorum p. 208..

§. 21. 3. Discrimina inter eos, qui actorem ab onere probandi liberum praedicant p. 214..

§. 22. 4. Diuersae eorum opiniones, qui uel semper uel interdum domino probationem libertatis iniungunt p. 215..

§. 23. II. Transitus ad sequentia p. 215..

§. 24. III. Quisnam sit effectus possessorii p. 216..

§. 25. IIII. Praesumptio pro libertate domini, uel ipsa domini natura actoris adminiculum p. 218..

§. 26. V. De praesumptione pro possessore p. 220..

§. 27. VI. De comparatione actionis negatoriae cum uindicatione in libertatem p. 223..

§. 28. VII. De regula, negantis nullam esse probationem p. 229..

§. 29. VIII. Conclusio p. 233..

CAPVT SECVNDVM.

Interpretatio legum quarundam, quae refragari uideantur sententiae ab auctore defensae.

§. 30. I. Praefatio p. 235..

§. 31. II. Recta notio uocum petitor et possessor. p. 236..

§. 32. III. Interpretatio legum de quibus agitur.

1. L. 8. §. 3. si seruitus (VIII, 5.). p. 239..

§. 33. 2. L. 15. de O. N. N. (XXXVIII, 1.) p. 241..

Sequuntur bini indices, quibus haec continentur:

I. Descriptio locorum et iuris Romani et scriptorum ueterum, qui uel eius quod dictum est, probandi causa citati uel fusius explicati sunt.

1. Ad commentationem primam p. 247..

2. Ad commentationem alteram. p. 250..

II. Librorum, quibus auctor usus est, enumeratio.

1. Ad commentationem primam. p. 253..

2. Ad commentationem alteram p. 256..

COMMENTATIO PRIMA.

**DE RATIONE LEGIS FALCIDIAE IN DVPLICIBVS
TESTAMENTIS INEVNDA.**

PAEVVLA, NAM EXEMPLO EST MAGNI FORMICA LABORIS
ORE TRAHIT, QVODCVNQUE POTEST ATQVE ADDIT ACERVO.
HORATIVS.

PRAEFATIO.

Mirum uideatur, quid sit, quod opus a tot tantisque uiris non doctissimis solum, uerum etiam sagacitate excellentissimis toties uersatum nouus paene in hisce studiis et parum exercitatus, rursus aggredi ausus sim, nimirum, ut quemadmodum in duplicibus testamentis iniri debeat ratio legis Falcidiae, locorum huc pertinentium diligenti instituta interpretatione, demonstrare periclitarer: sed hoc ipsum, quod uix fuerint, qui hanc iuris Romani partem perscrutati ad eundem prorsus finem peruenerint, spem fecit, fore, ut controuersis eorum sententiis et enucleatis et inter se comparatis, nisi noui quid attulissem, operam tamen non funditus perdidisse uiderer.

Qua in re pauca uisa sunt esse praefanda, quibus quemadmodum commentariolum huncce instituissem, breuiter exponerem: nihil enim tantopere adiuuare putauit interpretationem, quam si certis ubique quasi normis atque regulis uteremur, quas nisi grauissima occurrant impedimenta, temere non destitueremus.

Et primum quidem ualde displicuit sententia *НѢСРКІИ*,*) qui quum statim in initio commentarii de legatis in duplicibus testamentis praestandis exhibiti „difficultate“ dixisset „lo-

*) Autorum, quos in hac commentatione citauit, de quaestione nostra scriptiones proprio indice ad hunc libellum adiecto enumerauit, quem ut inspiciant rogo lectores beneuolos.

corum huc pertinentium factum esse, ut iam antiquitus uerba eorum corrupta fuerint atque mutilata,“ hac opinione ductus corrigendo et emendando haud raro textum restituere conatus est.

Sed ut unum tantum attingam: si uere Huschkiana ratione locis illis succurrendum esset — quo facto fere ubique clarissima efficitur sententia — qui euenisse putemus, ut sensum plane perspicuum homines corruerint et obscura interdum ac fere confusa, quae primo uideantur obtutu, induxerint?

Itaque primum coniecturis, quantum fieri posset, abstinendum esse putauit.

Deinde haud paucos uidi interpretes, qui summam in hoc uim posuerint, ut uerbis simplicibus multa subiiciendo, multa, quae ne indicantur quidem, sagacissime indagando, idem postremo ex lege quadam eruerint, atque magna cum arte ipsi uixdum ei intulerint.

Cauendum igitur fuit, ne celebratum illud, quod de PAPINIANO dicitur, „inter uerba legere,“ nimis extenderemus, neue unquam simpliciore uiam ei postponeremus, quam ingressi multa iureconsultorum uerbis uel addere uel detrudere cogere.**))

Praeterea autem semper teneremus, necesse fuit, antiquos in iuris quaestionibus diiudicandis ac praecipue in iis, quae de testamentis statuerunt, confirmandis, quam maxime semper testatoris uoluntatem, dummodo recte expediri posse uideretur, respexisse: itaque et nobis in dubia interpretationis ratione semper fuit ea praeferenda, quam proxime ad testatoris uoluntatem accedere, praesumi potuit.

Denique studendum erat, quum generales quasdam iuris regulas ab ipsis antiquis iureconsultis uel distinctis uerbis expressas uel propemodum indicatas haberemus, ut earum praecepta, quantum fieri posset, ubique adhiberemus, neque,

**) Ne confundatur, precor, specialis haec nostra regula cum communi illa: „Quum in uerbis nulla

est ambiguitas, uoluntatis interpretatio admitti non debet.“ L. 25. §. 1. de legg. III. (XXXII).

si facilius interdum uideretur ratio iis minus conueniens, temere ab iis discedendum esse opinaremur.

Et his quidem totius commentationis adiumentis quasi et praesidiis nixi, singula deinde ita pertractauimus, ut primum, quaenam sit duplicium testamentorum indoles ac natura, breuiter adumbrauerimus, deinde quibus pro uaria substitutionis pupillaris ratione in quarta Falcidia detrahenda regulis sit utendum, dispexerimus, denique pauca minus ipsam quaestionem nostram attinentia addiderimus.

CAPVT PRIMVM.

DE NATVRA ATQVE INDOLE SVBSTITVTIONIS
PVPILLARIS.

§. 1.

DOCTORVM VIRORVM DE SVBSTITVTIONE PVPILLARI QVALIS
IN IVRE IVSTINIANO EXISTIT SENTENTIAE.

Nemo adhuc dubitauit, quin in vulgari substitutione ita heres secundus habeatur, ut primo non existente uel non aduente hereditatem simpliciter a testatore in bona ipsius uocatus esse uideatur.

Aliter res se habet in substitutione pupillari: multum enim disceptatum est, cuiusnam heredem esse putemus substitutum, num patris, an pupilli. Neque hanc quaestionem silentio licet praetermittere, quum saepius in sequentibus ad decisionem hoc loco probatam sit respiciendum.

Et antea quidem uulgo credebatur, patrem hoc casu non sibi, sed filio heredem scribere, quam sententiam, quod scio, amplissime defendit BERNSTORFFIVS §. 31., ubi „substitutum pupillariter . . . non testatori, sed pupillo succedere, manifesti iuris esse,“ contendit, argumenta exhibens haec fere:

1^o, exheredato posse substitui:

2^o, substitutionem non esse patris testamentum, quum ille per institutionem sibi testamentum fecerit, sed pupilli: cuius uero sit testamentum, eius et testamentariam hereditatem esse debere:

3º, substitutum succedere in uniuersa pupilli bona, etiam in ea, quae post mortem patris ille acquisierit.

Deinde concedit, latiore quidem sensu pupillariter substitutum patris quoque heredem dici posse, quippe cuius beneficio pupilli heres factus sit: nemini tamen ueterum uenisse in mentem, dubitare, quin pupillariter substitutus soli impuberi proximus ac proprie dictus heres existat. Denique quam substitutionis formulam proponat IULIANVS L. 8. §. 1. de B. P. S. T.

„si filius meus moriatur . . . Titius mihi heres esto,“

quamuis minus probatam, tamen admissam esse, non inficiatur.

Quibus plane opposita est sententia FRANCKII p. 458., qui substitutionem pupillarem nihil aliud fuisse ab initio contendit, nisi secundi heredis in bona patris institutionem, minime uero testamentum pupillo factum. Quaecunque enim postea filius acquirat, ea paternae hereditati accrescere uideri. Exheredato filio substituere non nisi posteriore demum tempore licuisse: quo facto, quum iam de uera pupilli hereditate dici potuisset, substitutione pupillo testamentum fieri, non patri, probatum esse.

Hanc uero sententiam rectam esse, his praecipue confirmat:

1º, patrem sibi ipsi testamentum facere, necesse esse:

2º, patris atque filii testamentum quoad formam unum haberi:

3º, necessarium patris heredem etiam pupilli existere.

Vtriusque opinionem ratione uidemus non carere: itaque per se eo deducimur, ut mixtam quandam sententiam rectum esse amplexuram arbitremur. Neque hoc fugit uiros doctos, inter quos VANGEROVIUS P. §. 452. substitutionem pupillarem dixit esse substitutionem uulgarem, sed eam circumscriptam atque coarctatam, HVSCHKIUS Vol. VI. p. 373. uoluntatem quidem in herede substituendo testatoris permanere, effectum capionis ad pupilli hereditatem reuocandum esse, insigniter docuit.

Ambo tamen uiri quum ius solum Iustinianicum in quaestione hac diiudicanda respexerint, altera existit quaestio,

utrum semper eadem ratione usos fuisse Romanos opinemur, an potius ad sagaciorem eam et minus simplicem sententiam sensim eos peruenisse arbitremur.

Qua in re rectum statuendi periculum facere liceat.

§. 2.

CONIECTVRAE AVCTORIS DE INCVNABVLIS AC PROGRESSV
DOCTRINAE ROMANORVM DE PVPILLARI SVBSTITVTIONE.

Patris de pupillo potestatem uel post mortem, donec filius ipse sibi consulere possit, quodammodo propagari posse, antiquis fuisse probatum, uel inde apparet, quod ius tribuerunt patribus tutorum instituendorum, qui uice ipsorum postea fungerentur. ¹⁾ Quamdiu autem patris uoluntas ita effectum habitura sit, quum certissime statim liqueat — donec scilicet impubes sit filius — quicquid praeterea in hoc tempus pater de pupillo praestituerit et praecipue de re eius familiari, uim esse habiturum, per se intelligitur. Quo in numero est testamentum a patre pupillo factum, quo nihil contineri, nisi de omni pupilli familia dispositionem quandam legibus non repugnantem — uelut si ad tempus heredem uelit instituere — non est, qui addubitare uelit.

Iam uero, si patriam potestatem ratione descripta usque ad pubertatem pupilli extendi concesserimus, consentaneum est, uel ea omnia, quae pupillus intra hoc tempus acquirat, patri esse acquisita uideri eiusque simul uoluntati subiici. Qua in re nulla est inter institutum pupillum et exheredatum differentia: nam quae institutus acquirat, patriae hereditati accrescere, quae exheredatus, patri tamen etiamnunc deberi

¹⁾ Quae PAVILLONIVS conguessit facultatem quadrant. cap. II., non omnia ad hanc patris

uidentur. Nulla enim est ratio, cur exheredatus medium quendam locum obtineat inter pupillum institutum et emancipatum, ita ut dicendum sit:

1º, in emancipato patria potestas omnino et uiuo et mortuo patre exstincta est, 2)

2º, in exheredato, quoad cetera confirmata est, testamentum autem ei facere non licet,

3º, in instituto demum etiam haec facultas conceditur.

Itaque iam antiquitus licuisse parentibus, liberis suis im-
puberibus, siue instituerint eos, siue exheredauerint, substituere, persuasum habemus: neque hoc posteriore demum tempore agnitum fuisse concedemus, quod perperam FRANCKIUS l. c. coniecisse uidetur. (Conferatur L. 1. §. 2. de uulg. et pup. (XXVIII, 6)).

Neque uero mirum est, nullibi nos testimonium inuenire antiquius, quo haec nostra confirmetur sententia.

Contendere enim possumus, quamdiu moribus nondum deperditis patria Romae potestas floruit, tamdiu legum in hac re praescriptis opus non fuisse, quum patres potestate sua male abusi non fuerint, itaque quamuis tacita iis facultas concessa fuerit, eam tamen non adhibuerint: quo effectum est, ut impietate demum eorum augescente, libidini occurreretur. Neque hoc sine exemplo est. Similiter enim in matrimoniis soluendis factum esse uidemus, ut diutissime quidem coniugibus fuerit repudii facultas, priusquam Sp. Caruilus uti ea ausus sit, propter morum grauitatem interpositam.

Porro autem, quum antiquis quidem temporibus pupillis et institutis et exheredatis substituendi patribus iam fuisse potestatem concessam statuerimus, idque eo firmare tentauerimus, quod pupillorum bona post mortem patris acquisita pa-

2) Emancipato tutorem constituendi ius praetoris tantum auxilio quodammodo patri conceditur, de iure hanc facultatem perdidit. Cf. §. 5. I. de tutel. (I, 13.) L. 1. §. 2. de conf.

tut. (XXVI, 3.). Pupillariter autem substituere emancipato nunquam pater potest, nisi forte miles sit. Cf. L. 41. §. 4. de test. mil. (XXVIII, 1.)

tri etiam acquiri creditum fuerit, non poterimus, quin ab omnibus et suis et pupilli bonis legare potuisse parentes identidem concedamus ³⁾), salva XII. tabularum auctoritate, quibus praescriptum erat,

„uti de suo legassit, ita ius esto,“
nam patris habebantur, quae pupillus acquisiuit, omnia.

Et haec opinio egregie confirmatur L. 24. C. de legatis (VI, 37.):

„Cum quidam suum filium impuberem exheredatum fecit . . . eidem autem pupillo alium substitutum reliquit . . . et a substituto legatum reliquit, quaerebatur, si huiusmodi legatum uel fideicommissum ⁴⁾ possit ualere.“

Vnde apertissime apparet, posteriori quoque tempore hanc patri facultatem a quibusdam fuisse uindicatam.

Et haec igitur ita sese habuerunt, donec legatorum luxu pullulante nimiae testatorum licentiae erat occurrendum, quod quum legum necessitate, tum eo fieri coeptum est, quod iureconsulti rationem iuris, quae usque eo in hac parte obtinuit, interpretando ad speciem aequiorem deducere studuerunt. Itaque separationem fieri debere inter ea, quae pupillo a patre obuenerint et ea, quae aliunde forsitan post mortem patris acquisierit, statuerunt, quae ratio facillime cum legum praeceptis potuit consociari. Ac iam postquam concessum fuit, pupillum habere posse bona propria a patris hereditate separanda, duplici modo hoc amplius excoli potuit: primum ita, ut omnino pupilli illis bonis substitutum heredem existere non debere contenderetur, deinde ita, ut patrem quidem iis heredem scribere, neque uero onera iis

³⁾ Haec consequenter ex opinione modo exposita progredi rectissime indicauit HVSCHKIUS Vol. VI. p. 375., sed negauit, nere progressa esse. VANGEROVII dubitationes, qui hanc se consequentiam intelligere posse negat A. p. 223. n. 13., ipsa nostra ratione refutantur.

⁴⁾ HVSCHKIUS Vol. VI. p. 376. 389. ante hanc IVSTINIANI decisionem ne fideicommissum quidem substitutum exheredati onerari potuisse, contendit. Nos eius argumentis neuitquam subscribere, per se planum est. Cf. VANGEROVIVS A. p. 224. n. 15..

imponere posse proponeretur, huc redhibita eadem XII. tabularum parte:

„uti de suo legassit.“

Et uere utramque hanc uiam initam fuisse a ueteribus luculenter apparet ex caussa quadam clarissima ab antiquis scriptoribus saepissime memorata de pupilli bonis aduenticiis inter substitutum et agnatos pupilli gesta, ubi prioris rationis SCAEVOLAM, alterius CRASSVM existisse propugnatorem comperimus. ⁵⁾

Posterior tandem obtinuit sententia, illius ut uidetur regulae ui praecipue adiuta, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus potest decedere.

Et hoc est, quod exprimitur L. 87. §. 7. ad Leg. Falc. (XXXV, 2.) his uerbis:

„Ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat,“

quibus nihil aliud significatur, nisi patrem secundis tabulis non plus pupilli bonis posse detrahere, quam primis iis addiderit: idque aliis duabus regulis separatim exprimitur:

1^o, pater de suo legat. (L. 11. §. 5. L. 79. L. 87. §. 5. ad Leg. Falc.)

2^o, a substituto exheredati, nisi idem et institutus fuerit, (L. 11. §. 8. eod.) nihil potest testator legare. (L. 24. C. de legat.)

Et his expositis si quis quaerat, cuinam denique uideatur heres esse pupillo substitutus, antea quidem praeualuisse dicemus sententiam, patri esse heredem, id quod eo quoque intelligitur, quod antiquiorem substitutionis pupillaris formu-

5) CICERO de orat. I. §. 180. 242. seq. II. §. 24. 140. seq. 221. seq., Brutus. §. 144. seq. §. 194. seq., Topica. c. X. §. 44., pro Caecina XVIII, 53., QUINTILIANVS VII. c. 6. §. 9.. His conferenda est caussa memorata a CICERONE de inuentione II. §. 62. seq. ubi omnia aptissime ad nostrum casum qua-

drabunt, si prima uerba: „Quidam pupillum heredem fecit, non ad patrem pupilli, sed ad tertium quendam retuleris.

Ipsa illo tempore etiam decidi coepta est quaestio, an in pupillari substitutione tacite insit uulgaris, quam, quum nos minus attineat, digito monstrasse sufficit.

lam eandem fuisse atque in vulgari propemodum exploratum habeamus locis: CICERO de orat. II. §. 141., de inuent. II. §. 62. 122., L. 1. §. 1. L. 31. pr. L. 38. §. 1. L. 41. §. 8. de vulg. et pup. (XXVIII, 6), L. 8. §. 1. de B. P. S. T. (XXXVII, 11.). Cf. HVSCHKIVS Vol. VI. p. 374., VANGEROVIVS P. §. 452. 6). Nec minus nobis fauet formula in legatis a substituto relinquendis usitata¹⁾, quarum formularum propriam vim et significationem posteriores demum interpretando ad nouam substitutionis pupillaris rationem deflexerunt. Postea enim substitutum pupillariter pupilli heredem, non patris, habitum fuisse, clarissimis uerbis iureconsulti indicauerunt, ut VLPIANVS L. 10. §. 5. de vulg. et pup.:

„neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis.“
Non potuerunt tamen, quin multa, quae scripto iure erant confirmata, ad priorem reducerent rationem, ita ut media quaedam sententia locum denique obtinuerit, quam PAVLLVS exprimit L. 40. eod.

„quum uerum sit, eum et testatori heredem existisse,“ et hanc IVSTINIANVS probauit, quum Sabinianorum illud „unum esse testamentum, sed duarum hereditatum“ (L. 2. §. 4. eod. §. 2. l. h. t.) reciperet, quo nihil aliud exprimitur, nisi quoad personam patrem et pupillum debere confundi, ita ut:

1°, qui alteri uelit heres exsistere, necessario et alteri

6) Formula haec fere est:

„Si filius ante moritur, quam in tutelam suam uenerit, Titius mihi secundus heres esto.“

Huius formulae opposita est altera:

„Quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto,“ quae e. g. occurrit L. 27. §. 2. ad SC. Treb. (XXXVI, 1.). Tertia, quae medium quasi locum obtinet, exstat

L. 32. de leg. I. (XXX.). L. 7. pr. de acq. nel om. (XXVIII, 2.).

„Si mihi Titius iste filius familias heres non erit, Sempronius heres esto.“

7) Haec formula in hunc usum nondum adhibita ita se habet:

„Quae a filio meo legauit, quaeque cum dare iussi, si mihi heres esset, id heres meus iisdem diebus dato.“

existat et uice uersa. *) L. 10. §. 2. eod. L. 59, de acq. uel om. (XXIX, 2) L. 20. C. de iure delib. (VI, 30.):

2°, ut pater filio testamentum facere nequeat, nisi et sibi fecerit, L. 2. §. 4. L. 20. pr. de uulg. et pup., (praeterquam si miles sit, L. 41. §. 5. de test. mil.):

3°, ut necessarius patris heres et pupilli sit. L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. eod. L. 42. de acq. uel om..

Sed quoad rem familiarem divisio est admittenda, ita ut in oneribus hereditariis praestandis non ad omne relictum respiciatur, sed utraque pars propriam inducat rationem. (L. 11. §. 5. L. 79. ad Leg. Falc.).

Vnde colligitur, dum antea pupilli bona paternae hereditati accrescere uisa sint, nunc uice uersa patris bona cum oneribus impositis ad pupilli quodammodo accedere putari, quod quale sit, clarius ex sequentibus apparebit (cf. cap. II. §. 4.).

Et his itaque praemissis rem ipsam aggrediamur!

*) Quod quemadmodum mutari abstinuerit, infra perspiciemus cap. possit, si heres repudiauerit uel III. §. 10..

CAPVT SECVNDVM.

QVEMADMODVM IN DVPLICICIBVS TESTA-
MENTIS INEVNDA SIT RATIO LEGIS
FALCIDIAE.

§. 3.

EXPLICATVR L. 11. §. 5. D. AD LEG. FALC. (XXXV, 2.)

In antecedentibus regulam illam iuris, qua patrem de suo legare statutum est, attigimus. Vnde quae sequuntur, quum artissime cum summa quaestione a nobis proposita cohaereant, opus est, ut accuratius propria paragrapho considerentur. Quem ad finem inspicienda est L. 11. §. 5. ad Leg. Falc., ubi haec leguntur:

„Quod uulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam seruari, quam potestatem habeat, uidendum est. Quamuis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres existit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit euenire, ne substitutus quicquam retineat, uel ut⁹⁾ longe plus habeat quarta paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suf-

⁹⁾ „Vel ut“ legendum esse, non tiones tantum non omnes exhibent,
„uelut,“ quod codd. mss. et edi- uix est, quod moneamus.

fecisset? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legauit de suo; nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quoniam in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.“

Legis huiusce uerba admodum clara esse et perspicua, nemo non uidet. Sententia tamen expressa difficultate quadam laborat, quae multum semper dissidii inter uiros doctos citauit. Quod quale sit, uidendum est: Et ab initio quidem res est facillima. Haec enim PAPINIANS affert: Substitutus legata a pupillo relicta quasi aes alienum quodlibet pupilli debet: itaque si legata primis tabulis fuerint relicta, eatenus ea debet, quatenus pupillo soluenda fuissent. Hinc sequetur, ut, si pupillus accepisset CCCC., legata ab eo fuissent CC., a substituto CL., pupilli quidem legatariis solida praestarentur legata, sua autem substitutus solueret ex reliquo habita ratione Falcidiae. Iam uero propter regulam illam, unam Falcidiam seruari in tabulis patris atque filii, confundenda sunt legata utrisque tabulis relicta, et ratio Falcidiae ad eam referenda est substantiam, quae patre mortuo exstitit. Hinc euenire potest, ut si post mortem patris quolibet modo ipsa eius hereditas fuerit adaucta — ueluti seruis hereditariis, partu pecorum — substitutus rationi Falcidiae non subiiciat quicquid accesserit: certe autem, si casu ¹⁰⁾ quid perierit, uel totam suam quartam legatariis erogare cogi possit.

Haec omnia per se plana sunt et perspicua: ¹¹⁾ iam uero in sequentibus diuersam prorsus uiam interpretes ingressi sunt.

Aut enim duce CUIACIO ¹²⁾ Obs. IV, 34., Papin. p. 786.

¹⁰⁾ Non aliter nisi casu de iure potest imminui hereditas pupilli ad substitutum perueniens. Competit enim substituto actio tutelae pupilli, si quid culpa tutorum perierit. L. 84. ad Leg. Falc. (XXXV, 2.), L. 1. §. 2. si cui plus (XXXV, 3.).

¹¹⁾ Digito monstrasse sufficiat peruersos MUEHLERVCHII conatus Vol. XXXX. p. 399., quem satis refellit PFORDTENIUS p. 36..

¹²⁾ Quem sequitur CARVALHO p. 177..

prius illud, quod dixit PAPINIANVS, „ne substitutus quicquam retineat,“ amplius explicari contenderunt, aut GOVEANO p. 258. auctore nouam quandam quaestionem induci putauerunt, qua id tractaretur, quid faciendum sit, si infra dodrantem patria hereditas deminuta fuerit, dum antea de imminutione quadrantem non excedente dictum sit, aut denique DONELLO Vol. V. p. 28. propugnatore mediam quandam rationem proposuerunt, de qua infra pluribus agendum erit. Primum itaque de prioribus illis dicemus sententiis.

Qua in re concedendum est, pro uerborum tenore pariter utramque interpretationem posse admitti: nam quod HVSCHKIUS proponit Vol. VI. p. 395., si perseuerasset PAPINIANVS in eadem quaestione tractanda, et „quid enim“ dicendum fuisse pro „quid ergo,“ et alteram quoque quaestionis partem, si creuisset hereditas, fusius fuisse explicandam, utrumque languere uidetur, (cf. DONELLVS l. cit., PFORDTENIUS p. 38. med.), sed per se intelligitur, quaestionem illam, quatenus heres imminuta admodum hereditate legata praestare cogatur, duplicem esse. Quum enim obtinente iuris regula, „patrem de suo legare,“ fieri possit, ut debita legatariis portio uel exstet, uel non exstet, non eadem iuris principia in utrumque casum redhibenda, itaque propria responsione utriusque satisfaciendum esse, uix est, quod moneamus, quum praesertim de PAPINIANI loco agatur. Porro autem si quaeramus, loci huius respectu non habito, quid omnino deminuta infra dodrantem hereditate faciendum esse responderi potuerit, statim ambigemus, utrum, quicquid acceperit, erogandum esse substituto dicamus, an potius uel usque ad dodrantem eius substantiae, quam pater reliquerit, legata ab eo agenda esse de suis bonis contendamus. Et prius quidem illud uoluerunt, qui CUIACIUM secuti sunt in loco hoc interpretando, posterius hoc, qui cum GOVEANO fecerunt, ita quidem, ut in sequenti iureconsulti decisione uerbum „quadrante“ uel rectius uerba „quadrante nimirum,“¹³⁾ (quod non primum

¹³⁾ Vocem „nimirum“ rectissime ignoro. Hoc tamen loco ipsum me in responsione usurpari, haud glossema uidetur indicare, quod

uidisse HVSCHKIVM p. 395. apparet ex CVIACII Observationibus IV. 34.), eiicerent. Cui rationi quum egregie fauerent uerba „quod ex nullo testamento praestatur ultra uires patrimonii,“ CVIACIVS ea ita ad suam reduxit ratiocinationem, ut „uires patrimonii“ nihil aliud diceret significare, nisi dodrantem hereditatis, et hanc fere omnino PAPINIANI esse sententiam contenderet: „Deminuta admodum hereditate paterna euenire posse, ut uel totum suum quadrantem substitutus ad legata soluenda adhibere debeat: neque hoc occurrere praescripto legis Falcidiae, unde ex quouis testamento quarta apud heredem remaneat: ita enim rem haberi, quasi legata secundis tabulis scripta primis sub conditione fuerint relicta, atque ideo in ratione Falcidiae respiciendum esse ad eam substantiam, quam pater reliquerit. Nunquam autem compelli substitutum, ut plus quam acceperit, erogare debeat.“

Sed totius huius argumentationis non stabile esse fundamentum dudum uiderunt interpretes: falsum enim est, quod proposuit, „nunquam heredem plus praestare legatorum nomine, quam quantum adeundo acceperit, nisi quod suum interdum, quem habiturus fuisset, quadrantem erogare debeat imminuta ante aditionem hereditate.“ Nam nihil probat L. 1. §. 3. si cui plus. (XXXV, 3.):

„mihi uidetur uerius, non amplius eum parte sua erogare compelli,“

ubi longe alia res tractatur, praeterquam quod eo ipso loco diuersam opinionem certe indicatam inueniremus, et L. 1. §. 17. ad SC. Treb. (XXXVI, 1.):

„neminem enim oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate peruenit, quamuis Falcidia cesset, ut rescripto Diui Pii continetur.“

Rectissime enim CVIACIO obiecit VOORDA p. 281. sub textu: „ultra uires hereditatis relictæ nunquam praestari, at saepe ultra id, quod acceperit heres:“ id quod, quum legi-

recte animaduertit HVSCHKIUS. Ce- an eiicienda, dummodo damnes-
terum leuioris quaestio momenti uocem „quadrante.“
est, utrum retinenda sit haec uox

bus a CVIACIO allatis minime reprobetur, uel certissime confirmatur L. 73. ad Leg. Falc. (XXXV, 2.):

„Et ex diuerso si ex C. LXXV. legauerit, et ante aditam hereditatem in tantum decreuerint bona, (incendiis forte aut naufragiis, aut morte seruorum), ut non plus quam LXXV., uel etiam minus relinquatur, solida legata debentur: nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est, non adire hereditatem, quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem legatorum pacisci.“

Quae eadem leguntur §. 2. I. h. t. (II, 22.), neque omnino subscribere quis uelit CVIACIO, qui utroque loco „solida legata“ de Falcidia non adhibita intelligi posse opinatus est.

Primum itaque concedamus necesse est, CVIACII interpretationem et propter falsam, qua nititur, opinionem et propter uim ipsorum uerborum notioni illatam sustineri non posse: simul autem ipsis illis, quos attulimus, locis, quibus minime repugnare leges a CVIACIO in suam sententiam attractas, uidimus, egregie docemur, euenire posse, ut interdum heres uel de suis bonis legata soluere cogatur: neque ullam hoc respectu inter primum et substitutum heredem intercedere differentiam, quum per se probabile sit, luculenter demonstrant BERNSTORFFIVS p. 145. .

Duplex autem, cur iniquum non sit, substituto tale imponi officium, ratio est.

Primum enim scire debet substitutus, patrem de suo legare: itaque pupilli hereditatem aditurus informare se debet, quanta fuerit patrimonii patre mortuo substantia.

Deinde interdum accidit, ut licet patris hereditas casu fuerit imminuta, pupilli tamen bona existent, (§. 4. I. de pupill. subst. (II. 16.), L. 10. §. 5. de uulg. et pup. (XXVIII, 6), quod si fiebat, aequius uidebatur, quae interierant pupillo periisse, quam patri, ita ut de bonis pupilli, quantum fieri posset, paterna hereditas referiretur. Itaque facile euenire potuit, ut substitutus certe tantum retineret, quantum quadrans paternae hereditatis ualuisset, licet paterna hereditas ipsa infra dodrantem decreuisset. Et hoc quidem casu quum

emolumentum haberet substitutus pupilli hereditatem adeundo, priori saltem non sentiebat detrimentum, quum liberam semper haberet abstinendi potestatem.

Iam uero totam hanc sententiam insigniter assecuti sunt, qui uerba „quadrante nimirum,“ uel solam uocem „quadrante“ delere uoluerint, quorum alterutrum post GOVEANVM fecisse uideo PAPILLONIVM p. 745., CHESIUM L. II. 13. p. 78., VOORDAM l. c., BERNSTORFFIVM l. c., BERTHOLDIVM p. 14., HVSCHKIUM l. c., HERRMANNVM p. 415., (qui sine ulla ratione ultima huius paragraphi uerba emblema putat esse TRIBONIANI.).

Sed item fuerunt, quod iam supra indicauimus, qui retentis iis uerbis eandem denique sententiam ita eruere uoluerint, ut PAPINIANVM hoc loco de eo tantum casu cogitasse dixerint, quum non ultra quadrantem absumpta fuerit hereditas, et concesserint, si plus quadrante fuerit absumptum, certe de suo substitutum addere legatis debuisse, quamuis hoc loco non stricte PAPINIANVS hoc expresserit. Hoc probat DONELLVS l. l. dicens: „Ideo autem de quadrante solum meminit PAPINIANVS, quia proposuit, hereditatem pupilli non plane absumptam esse, sed retento illo quadrante, qui a principio saluus erat, eam non sufficere legatis.“

Quae ratio, etsi a multis recentioribus accepta est interpretibus, a PFORDTENIO p. 42. i. f., HOFFMANNO p. 347., (quem nolim putare CVIACIUM sequi), VANGEROVIO P. p. 477.¹⁴⁾ aliisque, mea tamen sententia est respuenda, nam praeterquam quod supra iam exposuimus, PAPINIANVM necessario hunc casum tractare debuisse, si ne dodrans quidem hereditatis ad substitutum peruenerit, nec cum uerbis sequentibus „quod ex nullo testamento praestatur ultra uires patrimonii“ consociari potest haec ratio, neque iccirco est tolerabilis, quod omnino non intelligitur, cur, quod modo dixerat PAPINIANVS, quem dicendi constat breuitate excellere, „feri posse, ut nihil retineat substitutus,“ id aliis uerbis statim repetierit.

¹⁴⁾ Qui tamen nouissime et dationi. A. p. 235., ed. VI. p. 549. ipse subscripit GOVEANI emen-

Itaque unus denique scrupulus nobis est eximendus, ut quonam iure uerba „quadrante nimirum“ tollere possimus, paucis innuamus. Qua in re nullam inesse puto gratuitatem in argumento ab HVSCHKIO allato, qui explosis demum his uerbis strictam dicit et uegetam effici totius loci „de suo dabit substitutus, quoniam pater legauit de suo,“ sententiam: nam nec oppositione opus est inter uerba „de suo dabit“ et „de suo legauit,“ nec in eo, quod pater de suo legauit, sita non est caussa, cur quadrantem suum, quem habiturus fuisset, substitutus perdat. Sed rectissime statuerunt uiri docti, et cum insequenti argumento „quod ex nullo testamento etc.,” unice eiectis his uerbis antecedentia posse conciliari, et in paragrapho sexta, dummodo recte eam explicaueris, luculenter innui hanc decisionem praemissam. Praeterea autem, quum uel Basilica seruent uulgatam lectionem, ⁴⁵⁾ sagacissime ad glossema probandum HVSCHKIUS attulit CYRILLI scolium:

„Ἐπι τῆς περιγυπαλίας καὶ πονπιλλαρίας εἰς φαλκίδιος τρακαίζεται· καὶν ἔχη τὸ δ' ὅλης τῆς οὐσίας ὁ ἐνστατος, τέλεια τὰ ληγάτα ἀπαιτεῖται ὁ ὑποκατάστατος, καὶν μὴ ἀρχῇ ἢ οὐσία τοῦ ἀνήβου, ὡς δοκοῦντα ἐπὶ τῇ περιγυπαλίᾳ ὑπὸ ἀίρεσιν καταλείφθαι, etc.“

unde facile colligitur, CYRILLVM uerba ista nondum legisse.

Et haec quidem omnia sufficiunt, ut prauam interpolationem fidenter eiiciamus.

Et iam, ut totum locum repetamus, uide, quam clara eius existat sententia:

Quaeritur, quid sit, quod uulgo dicatur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam seruari. Respondet PAPIANVS, ut aliis uerbis eius ratiocinationem circumscribamus, haec fere:

Vnum est testamentum patris atque filii: substitutus est heres a patre sub conditione, si filius intra pubertatem moriatur, scriptus, similiter etiam, quicquid pater a substituto le-

⁴⁵⁾ Δίδωσιν ὁ ὑποκατάστατος enim in quadrantis locum successerat. ἐκ τοῦ οἰκείου τρίτου. (Triens serat.)

gauerit, id sub conditione principalibus tabulis legasse uideri potest. ¹⁶⁾ Itaque, quod primo obtutu probum haberi possit, substitutum primo loco pupilli legata, quatenus ille debuerit, quasi aes quodlibet alienum praestare, deinde suis legatariis Falcidiae beneficio usum teneri, locum non habet: sed mortuo pupillo conditio legatorum secundis tabulis relictorum exstitisse putatur, et omnia legata pari loco habentur, contribuuntur, una inde Falcidia deducitur. Iam uero inde, quod pater a substituto sub conditione relinquere uidetur, sequitur, quod de suo legare putatur, ¹⁷⁾ quo nihil aliud exprimitur, nisi omnia legata a patre utrisque tabulis relicta ad eam, quam reliquerit, substantiam, quanta mortis tempore fuit, referenda esse.

Hinc porro euenire potest, ut aucta intra mortem patris et substituti aditionem hereditate Falcidiae beneficium nihilominus substitutus habeat, quamuis satis superque solida legata ex hereditate ad ipsum perueniente salua Falcidia praestare possit. E contrario diminuta uiuo pupillo hereditate, quadrantem suum erogare, uel adeo compelli potest, ut temere adita hereditate usque ad dodrantem eius, quod pater reliquerit, de suo addat: hoc enim casu non ultra uires patrimonii, quod de iure idem mansit, sed ultra id tantum praestare cogitur, quod ad ipsum peruenit.

Et haec eadem exprimuntur L. 79. h. t.:

„In duplicibus testamentis siue de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius uel adquisierit aliquid uel deminuerit: siue de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea,

¹⁶⁾ Tota haec regula eo tantum uires habere potuit, quod patrem in pupillari substitutione sibi ipsi heredem scribere putabant, id quod supra est explicatum.

¹⁷⁾ Prorsus aliter Pfordtenius p. 37., qui contributionem legatorum inde probari putat, quod pater de suo legat.

quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.“

Quae lex quum et per se fere plana sit, et ex iis, quae modo exposuimus, undequaque illustretur, non est, quod addamus interpretationis gratia: itaque unum restat, quod moueamus, quid faciendum sit, si pater ex parte filio instituto substituerit et etiam a substituto legauerit? Facile enim quis dixerit, quum pater de suo legauerit, id respiciendum esse, quod omnino, quum moreretur, habuerit. Sed statim coniecimus ex L. 11. §. 6., quae infra pluribus explicabitur, dudum illam opinionem fuisse reprobata et rationem Falcidiae in ea substantia tantum adhiberi, quum pater filio ex parte instituto reliquerit.

§. 4.

QVEMADMODYM INEVNDA SIT RATIO LEGIS FALCIDIAE COHEREDE FILIO IMPVERI SVBSTITVTO.

Priori paragrapho demonstratum est, quemadmodum ratio legis Falcidiae inducenda sit, si filio uni a patre instituto unus fuerit substitutus et is quidem extraneus: iam uideamus, quid eueniat, si coheres filio impuberi substitutus sit.

Qua in re paullo longius a proposito abeamus et primum consideremus, quid factum sit, si simpliciter iure accrescendi uel per caducorum uindicationem coheredis portionem coheres assecutus fuerit, deinde perquiramus, quaenam in substitutione uulgari regulae uideantur obtinuisse, denique ad ipsam nostram quaestionem istis adiuti disquisitionibus accedamus.

I.) De ratione Falcidiae in iure accrescendi ineunda unice fere dicitur L. 78. ad Leg. Falc., ubi haec sunt:

„Quod si alterutro eorum deficiente alter heres solus extiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset,

an singularum portionum separatim caussae spectandae sint? Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres exstiterit, adiuuari legatarios per deficientem partem, quia ea ¹⁸⁾ non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur: si uero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad ipsum pertineret, a quo defecta fieret.“ ¹⁹⁾

Videmus itaque, in hac parte iuris ita egisse ueteres iureconsultos, ut et heredum et legatariorum commodo, quantum potuit fieri consulerent, statuentes:

1^o, ut si pars non onerata — id est non ultra dodrantem onerata — accedat oneratae, legata partis oneratae quantum fieri possit — id est ex eo, quod ultra quadrantem portionis accrescentis liberum sit ²⁰⁾ — augeantur.

2^o, ut si portioni non oneratae accrescat onerata, heres simpliciter coheredis deficientis uice fungi putetur, ita ut legata praestet, quatenus ille debuerit praestare, id est usque ad dodrantem portionis accrescentis.

Eodem modo in uindicatione legatorum obtinuisse separationem portionum testis est L. 1. §. 44. eod.:

„Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra et

¹⁸⁾ Rectius legendum esse puto „quae,“ quam emendationem proponit PFORDTENIVS p. 29..

¹⁹⁾ Longum est, diuersos interpretum in hac lege explicanda sententias memorare, quas pluribus exposuit PFORDTENIVS §. 5., quem consulendum proponimus. Cf. HVSCHKIVS Vol. VII. p. 203.. Ceterum caussam disparitatis hac lege expressae eleganter exhibuit KAFFIVS p. 31.. Verbo attigisse sufficiat controuersiam illam, num

omnino hoc loco de iure accrescendi agatur. Cf. PFORDTENIVS p. 27.. Nos ne dubitari quidem posse existimamus, quin recte iam Glossa ad ius accrescendi locum retulerit.

²⁰⁾ Aliter me iudice explicari nequit uox „adiuuari,“ itaque perperam puto egisse, qui plenam faciendam esse contributionem ex hoc loco statuerint, quam si praescripsisset GARIVS distinctius procul dubio locutus esset. Cf. PFORDTENIVS p. 30..

illam uindicauero, CASSIVS confundendas esse partes existimat, PROCVLVS contra: in qua specie et IVLIANVS PROCVLO assensit: quam sententiam probabiliorum esse puto. Sed et DIVVS ANTONINVS iudicasse dicitur, commiscendas ²¹⁾ esse utrasque partes in computatione legis Falcidiae.“

Vbi rectissime HVSCHKIVM dubitationis illius causam uidisse arbitror, dicentem, CASSIVM ius caduca uindicandi non habuisse quasi ius accrescendi lege circumscriptum, sed ita rem diiudicasse, quasi patris tantum uoluntatem ita lex Papia Poppaea fuerit interpretata, ut coheredem patrem simul in portionem caducam testator instituisse uisus sit. Vol. VII. p. 201..

II.) Itaque postquam et in iure accrescendi et caduca uindicandi separandas fuisse portiones uidimus, quaeritur, num aliter res sese habuerit in substitutione uulgari.

Huc pertinet L. 1. §. 13., L. 87. §. 4. ad Leg. Falc.: „Id quod ex substitutione coheredis ad coheredem peruenit, proficit legatariis: is enim similis est heres ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non: quisquis mihi heres erit.“

„Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legauerat, a Titio nihil, et Titium filio substituerat. Quaesitum est, cum Titius ex institutione adisset et impubere filio mortuo ex substitutione heres exstitisset, quantum legatorum nomine praestare deberet: et placuit, solida legata eum praestare debere; nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis

²¹⁾ HVSCHKIUS Vol. VII. p. 200. legit „non miscenda.s.“ Perperam, me iudice. Nam ipsa particula „sed“ luculenter indicat, obuersantem aliquam opinionem afferri. Neque uero uim cepisse

ANTONINI sententiam, itaque non constitutione illius principis proditam fuisse, inde colligitur, quod PAVLLVS ipse famam tantum memorat, neque eam certam, sed quae circumferatur.

ratio haberetur et solida legata praestarentur. Sed hoc ita uerum est, si filius antequam patri heres existeret, decessisset“ etc.,

Quos inter locos haud mediocrem exstare sententiae diuersitatem dudum animaduerterunt interpretes, qui multis modis tollere eam studuerunt.

VANGEROVIUS P. p. 473., A. p. 319. n. 16., CVIACIUM Obs. XV, 15., PAPILLONIUM p. 748., CHESIUM l. l. p. 76. secutus L. 87. §. 4. aliam prorsus speciem opinatur suppositam esse, eam scilicet, si testator ipse uel generaliter legando „quisquis mihi heres erit,“ uel legata a substituto repetendo ad soluenda hunc legata adstrinxerit. Haec autem supponi necessario debere eo confirmat, quod ante rescriptum SEVERI L. 74. de leg. I. (XXX.) omnino legata alteri heredi imposita praestita non fuerint. ²²⁾

Quod ratiocinium licet rectum esse possit, eo tamen uitio laborat, quod si generaliter legatum fuit, eo quo VANGEROVIUS indicauit modo, tota certe legis huius quaestio superuacanea fuisset, nam ne dubitatio quidem potuit existere, quin solida substitutus legata praestaret, utpote qui sua solueret, non aliena, itaque quodammodo portionem filii liberam, suam oneratam haberet. Cf. L. 1. §. 13. cit. i. f.. Accedit, quod perperam, si VANGEROVIUS rectum suspicatus esset, IULIANVS decisionem suam confirmasset: non enim confusi duo semisses efficerent, ut solida praestarentur legata, sed ipsa testatoris uoluntas.

Quoad autem rescriptum illud SEVERI dicendum est, quod satis demonstrauit HOFFMANNVS p. 485., iureconsultorum interpretationibus iam diu antea in usu fuisse, quod postea demum imperator rescripto confirmauit. Cf. ANT. FABER Coniect. IV. 13..

Neque uero magis placet eorum opinio, qui hac ex lege

²²⁾ Hanc interpretationem CVIACIUM l. l. protulit, deinde destituit Obs. XXV, 23., recepit etiam PRORDTENIUS p. 19., quem primo loco afferre nolui, quia VANGERO-

VIUS uberius rem tractauit. CVIACIUM sententiam posteriorem sustineri non posse, facile uidebit, qui locum citatum, quo de lege nostra dicitur, inspexerit.

statuant, ut semper in substitutione vulgari confundantur singulae portiones. Quam sententiam ita cum L. 1. §. 13. consociauerunt, ut in posteriori eius parte non de substitutione, sed de iure accrescendi uerba fieri proposuerint. Haec ita fecerunt FABER Coniect. IV. 13., (sed non tenuit), HOFFMANNVS p. 385., ARNDTSIUS in lexico p. 317., SIGMVNDVS p. 18., HERRMANNVS p. 429.. Cf. PVCHTA p. 481., qui uel coniecturam eo loco proponit, ut legatur „qui omiserit“ pro „si omiserit,“ qua certe aliquid ad probandam hanc sententiam proficeretur.

Sed utraque eorum sententia claudicat. Quod enim proposuerunt, semper in substitutione uulgari confundendas esse portiones, solitam ueterum iureconsultorum in hac iuris parte interpretationis rationem uehementer perturbat. Recurramus paullisper ad ea quae ab initio commentationis huius exposuimus, uoluntatem testatoris imprimis esse respiciendam. Iam enim, qui factum esse putemus, ut testator eum, quem ita dilexit, ut portionem ei liberam reliquerit, eo, quod coheredi insuper eum substituit, rursus detrimento afficere noluerit? Num dicemus, unquam perniciosam esse substituto substitutionem? Minime! Sed hoc est, quod ex hac lege interpretes illi eruerunt: substitutionem interdum non proficere substituto, dum tamen adiutus esset, si iure accrescendi eandem portionem assecutus foret. Malignus itaque fuit testator!

Quoad autem alteram interpretationis illius partem dicendum est, grauiora quidem in ipsa sententia expressa non occurrere impedimenta, cur de iure accrescendi posteriori L. 1. §. 13. parte actum esse nequeat, sed quicumque praesumpta non laborans opinione ad legem hanc accesserit, id certe concedet, non ullam fuisse rationem, cur subito PAVLLVS ad ius accrescendi transiret, praesertim quum ne comparationem quidem inducat, sed incredibili quadam negligentia usus, si quidem recte eos iudicasse existimemus, utriusque speciei alteram tantum partem pertractet, primum quidem eum casum, si in substitutione uulgari pars coheredi obueniens non fuerit onerata, deinde, si in iure accrescendi portio onerata accrescat non oneratae. Quae ratiocinandi

leuitas quantopere opprobrio facienda esset PAVLLO, facile intelligitur. Statuendum est itaque, L. 1. §. 13. omnino de substitutione uulgari dictum esse.

Tertia denique in interpretanda L. 87. §. 4. ratio est DONELLI, quem unice ex recentioribus secutus est HVSCHKIUS Vol. VII. p. 195.. Quae qualis sit, considerandum est. HVSCHKIUS itaque eo magnopere a reliquis discessit, quod non omnem substitutionem uulgarem legis huius praescripto attingi dixit, sed eum tantum casum, si ante testatorem is, cui substitutum erat, decesserit. Quod, ut ipsis ex uerbis luculentius erueret, coniectura pro uulgata lectione „efficerent“ induxit „effecerunt,“ qua emendatione facta argumentum a IULIANO allatum hunc solum casum respicit, non etiam alterum, si post mortem patris filius abstinuerit.

Et huic quidem sententiae subscribendum esse puto, non tam propter argumenta et coniecturam HVSCHKII, quam propterea, quod egregie conuenit cum testatoris, quae praesumi potest, uoluntate. Facillime enim interpretando assequi potuerunt ueteres iureconsulti, ut ex asse legata praestarentur, dicentes: Testator sciuit, ad eum, quem substituerat, totam peruenturam esse hereditatem: itaque si nihil in testamento facto mutauerit, uerisimile est, eum legata, quae toto testamento scripserat, etiam ualere uoluisse: et ideo ex tota hereditate ea praestitum iri in mente habuisse,²³⁾ — quae tota ratiocinatio locum habere nequit substitutione post mortem demum testatoris obtinente. Facile autem concedetur, ea, quae de substituto impuberi hoc loco IULIANVS exposuit, pari modo ad substitutum extraneo pertinere, quum pupillo ante patrem mortuo uulgaris substitutio, non pupillaris locum habuisse credatur.

Porro postquam uidimus hac L. 87. §. 4. interpretatione facta, antinomiam inter hanc et L. 1. §. 13. nullam existere, succedit quaestio, quemadmodum ipsa illa L. 1. §. 13. sit explicanda.

Aut enim inde possumus statuere, omnino contributio-

²³⁾ Cf. GAIUS II. §. 180..

nem et portionum et legatorum praescriptam fuisse, aut ex eo tantum, quod ex portione coheredis fuerit lucratus ultra quadrantem eius, substitutum legata augere debuisse. Quorum sententiarum illa quidem comparatione a PAVLLO inducta confirmatur, haec minus certis legis ipsius uerbis „id, quod . . . ad coheredem peruenit“ innui uidetur. Rursus itaque ad obrussam nostram recurrendum est, unde apparebit, posteriorem esse opinionem praeferendam: uerisimilius enim est, testatorem, quem sciuisse praesumendum est, quantum in patrimonio haberet, si ab alterutro herede ita legaret, ut solida legata praestari possent, in omnem casum solida ea legata solui uoluisse. Id uero, quod plus quadrante ex substitutione coheres lucri faceret, ad augenda legata ab ipso relicta adhiberi, magis legis beneficio quam uoluntate testatoris factum esse, putandum est.

Sed obloqui nobis uidetur ipsa illa, quam monuimus, comparatio. At uero PAVLLVS eam addidit, non ut comprobaret, legatorum rationem esse confundendam, sed ea mente, ut totius, quam acceperit hereditatis dodrantem erogare debere heredem illum substitutum exemplo aliunde petito confirmaret: facile enim dici potuit, substitutum hoc casu sibi ipsi acquirere, quod ultra quadrantem eius portionis ex substitutione acciperet. Haec enim similitudo inter substitutum coheredi coheredem eumque, qui ex parte pure ex parte sub conditione heres scriptus est, si uere intercedat, difficile est probatu, cur intercedere desinat, si portio onerata ex substitutione accedat non oneratae. Praeterea quum fieri possit hoc casu, ut ab eo, cui substitutum erat et nominatim legatum sit et generaliter „quisquis mihi heres erit,“ sequeretur, ut par esset horum legatorum conditio: me tamen iudice, si ita factum erit, quae nominatim legata sunt ab eo, cui substitutum est, utique solida, si fieri potest, sunt soluenda, reliqua ueniunt in contributionem cum iis, quae a substituto relicta sunt.

Hinc eo peruenimus, ut ultima L. 1. §. 13. uerba breuiter adumbremus:

„scilicet, si ab eo nominatim data sunt, non: Quisquis mihi heres erit.“

Nam si portio onerata accedat non oneratae fieri tamen potest, ut augeantur legata a deficiente coherede, cui substitutum fuit, ²⁴⁾ relicta, scilicet, si ita legauerit testator, ut quisquis heres existat, ab eo legatum esse uideatur, et recte: tunc enim aperta fuit testatoris haec uoluntas, ut solida, si fieri posset, legata praestarentur.

Itaque collectis in unum his, quae explicauimus, omnibus, hoc iuris fuisse in uulgari substitutione nobis persuasimus:

1^o, Si ante mortem testatoris conditio substitutionis impleta sit, contributis et portionibus et legatis heres inde Falcidiam semel detrahet, nec respicietur, ultra portio fuerit onerata. ²⁵⁾

2^o, Si post mortem conditio exstiterit, distinguendum est:

a.) Legata, quae generaliter relicta fuerunt, ex utraque portione pariter praestantur.

b.) Portione grauata acquisita a substituto, suam portionem saluam habebit, e coheredis portione eius nomine Falcidiam detrahet.

c.) Portione ultra quadrantem libera oneratae obueniens, quae generaliter inde relicta sunt, contribuentur, quae nominatim, solida praestabuntur, ita quidem, ut his solutis, quod ultra quadrantem totius hereditatis supererit, ad cetera legata augenda adhibeatur.

His succedit tertia quaestio, quid fiat utraque portione onerata, quam legum praescriptis diiudicatam non uidemus: itaque paullisper eam mittamus, certe enim alio loco infra erit tangenda.

²⁴⁾ Vel non: nam eadem in iure accrescendi usu fuisse, uix est, quod in dubium uocemus.

²⁵⁾ Errare uidetur HVSCHKIVS, VII. p. 199., qui cum hoc casu confert illum, si sub conditione institutus post mortem testatoris

propter conditionem deficientem non adeat eique substitutum fuerit. Hic enim omnia ita sese habere puto, quam si post mortem patris heres ille ante aditionem mortuus esset uel non adisset. Quod pluribus exponere, longum est.

Denique his expositis si ad ea respexerimus, quae de iure accrescendi tractauimus, aequè se omnia habere uidebimus atque in substitutione uulgari, unde apparet, quo iure **VLPIANVS L. 61. §. 1. de legg. II. eum, cui portio accrescit, „quasi substitutum“ appellauerit. Neque uero dubito, quin regula ista uulgaris substitutionis, quam primo loco exhibuimus, etiam ad ius accrescendi sit redhibenda, quamuis nihil certi de hac re traditum sit. Minime autem me praeteriit, totam hanc nostram sententiam uehementer impugnari a **PFORDTENIO p. 26.**, et a plerisque acceptam non esse. Attamen re etiam atque etiam perpensa aliter statuere non potui, ac certe haud exigua nitor auctoritate **VOORDAE cap. II. §. 5. et CARVALHONIS §. 76—79.** .**

III.) Iam uero his praemissis fidenter consideremus, quemadmodum coherede pupillo substituto res sese habeat, hoc enim respectu leges contemplandae maximopere inter se uidentur discrepare. Quae quomodo interpretandae sint et rursus conciliandae quattuor caussarum respectu habito demonstrare conabimur. Haec enim sunt accuratius inspicienda:

- 1º, Si coheredis portio sit non onerata, pupilli onerata.
- 2º, Si uice uersa pupilli portio sit non onerata, coheredis onerata.
- 3º, Si utraque portio sit onerata.
- 4º, Si legata a coherede ut substituto relicta sint.

1.) Et primum quidem illud tractatur **L. 87. §. 4. i. f. ad Leg. Falc.**

„Si uero patri heres fuit (sc. pupillus), non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius quam semissis dodrantem praestare necesse habuit.“

Priorem huius legis partem fusius supra tractauimus: ultima autem haec uerba satis sunt perspicua. Pupillus enim, si adita hereditate defunctus sit, substitutus auctore **L. 11. §. 5. h. t. legata ab eo relicta tamquam aes quodlibet alienum debet, itaque nec plus nec minus praestabit, quam pupillo**

praestandum fuit. Quid igitur? Res prorsus eodem modo est diiudicata, quam in uulgari substitutione: „Portione onerata accedente non oneratae substitutus suam portionem saluam et accedentis quadrantem retinet.“

2.) Si pupilli portio sit non onerata, coheredis onerata. Haec species tractatur L. 87. §. 5.:

„Quodsi extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres exstiterit, poterit dici, augeri legata et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem ex asse heres exstitisset, quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet.“

Huius legis uerba simplicissima sunt. Nec tamen eam attulisse sufficit: est enim, quod interpretatione indigeat, argumentum a IULIANO allatum:

„quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet,“

quo refutari uidetur prouerbium illud iuris L. 11. §. 7. h. t. a PAPINIANO prolatum, „legatorum rationem separandam.“

Sed haec difficultas eo est tollenda, quod apertum est, ita rem finxisse IULIANVM, ut a pupillo nihil legatum fuisse proposuerit. Quod si fiat, perspicuum est, recte iureconsultum de contributione portionum ad soluenda legata dicere potuisse, neque opus est quicquam, nisi ut in ultimis uerbis tacite suppleamus notionem „hoc casu.“

VANGEROVIVS quidem in interpretanda hac lege iterum recurrit ad id, quod ad L. 87. §. 4. exposuerat, IULIANI tempore reuerâ semper in uulgari substitutione contributioni locum fuisse, quum semper uel proprio nomine uel omnino non debuerit substitutus legata a coherede deficiente relicta, et concedit IVSTINIANI certe tempore uerbum illud „semper“ non etiam recte dictum fuisse, (A. p. 332. n. 30.), quae si uera interpretatio esset, non intelligitur, cur compilatores falsam IVSTINIANI temporibus opinionem uocem illam expungendo non sustulerint, quum tamen huius rei facultas iis data fuerit.

Aliter PFORDTENIVS p. 80. de hoc loco iudicauit. Proponit enim, regulam quidem generalem esse eam, ut legatorum ratio separetur.²⁶⁾ Hac tamen L. 87. §. 5. pariter atque §. 8. aequitatis causa exceptiones factas contineri,²⁷⁾ cui iure obloquitur VANGEROVIUS A. p. 335., cuius argumentatio etiam ad nostram interpretationem facile deflecti potest, et HVSCHKIVS Vol. VII. p. 210..

Omnino igitur uidemus, etiam portione non onerata a substituto acquisita eandem obtinere regulam, atque in substitutione uulgari, quam comparat ad hunc locum IULIANVS. Itaque dicendum nobis erit, portione prorsus libera oneratae obueniens, contributioni locum esse: quaeritur utrum idem hoc fiat obueniens portione infra dodrantem onerata, an hoc casu pupilli legata solida soluantur, ex reliquo substituti augeantur, qua de re legum praescripta non exstant. Et multi contribuenda esse legata censuerunt, equidem in hac parte iuris ipsam illam regulam, quam L. 11. §. 5. h. t. monuit PAPINIANVS ualuisse malo, substitutum, quae a pupillo relicta sunt, uelut aes alienum soluere: omnino enim perspicere non possum, ubi tandem regula ista quasi iuris prouerbium laudata locum habuerit, nisi in ipsis his, de quibus loquimur, conditionibus.

3.) Si utraque portio fuerit onerata. Huc pertinet L. 87. §. 8. ibid.:

„Coheres pupillo datus si pro parte sua legata habita Legis Falcidiae ratione praestiterit, deinde impubere mortuo ex substitutione heres exstiterit, et semis pupilli legati exhaustus esset, ex integro legis Falcidiae ratio ponenda erit, ut contributis legatis, quae ab ipso et quae a pupillo data fuerant, pars quarta bonorum apud eum remaneat. Licet enim pupillo heres exsistat, tamen circa

26) Hac de regula semper interpretes diuersas protulerunt sententias, de quibus cf. PFORDTENIVS p. 72., HVSCHKIVS Vol. VII. p. 221..

27) Cuius sententiae testimonium

nescio quo modo in uerbis „poterit dici“ inuenire potuerit, quam dictionem in re certissima saepissime usurpari, non est, quod exemplis comprobemus.

legem Falcidiam perinde ratio habetur, ac si patri heres exstitisset. Nec aliter augebuntur legata, quae ab ipso ultra dodrantem data fuerant, quam augmentur, quum ex parte heres institutus et coheredi suo substitutus deliberante coherede legata habita ratione legis Falcidiae soluit, deinde ex substitutione alteram quoque partem hereditatis acquirat.

Hic locus uariis semper interpretum conatibus uexatus est, quorum excellentissimos breuiter illustrabimus.

CVIACIVS itaque Obs. XV, 15. duplicem profert interpretationem, quae utraque multos inuenit, qui assentirentur. Primum enim ita locum restituere conatus est, ut uocem „et“ in principio mutaret in „nec“²⁸⁾, unde paragraphi huius praescriptum eum casum tractaret, quem supra diximus in Digestis non memorari, scilicet, si portio infra dodrantem onerata exhaustae portioni ex substitutione accesserit. Quem casum, quum aliter supra diiudicauerimus, atque hac lege ita correctae iudicari posset, non opus est, ut cur improbemus hanc coniecturam, pluribus exponamus.

Alteram CVIACII interpretationem Obs. XV, 15. amplexus est PAPILLONIVS p. 749. et PFORDTENIVS p. 83., qui etiam hac paragrapho propter aequitatem fieri exceptionem quandam proposuit, auide praeripiens CVIACII uerba „ne occurrat iniquitas, quae occurreret, si plus aut minus praestet his uel illis legatariis, quam oporteat.“ Aliis de causis hanc opinionem multi defenderunt.²⁹⁾ Aequitas autem illa haec est: Fingas enim CCCC. reliquisse testatorem. A Titii semisse CCC. legata sunt, a pupilli CC. Contributione non facta utriusque legatarii habebunt CL., substitutus ex utraque portione L.: facta contributione substitutus ex asse habebit C., ipsius legatarii CLXXX., pupilli CXX., unde certe differentia existit.

28) Ita CARVALHO §. 71., STR-
MANNVS p. 301. n. 14.

29) BERNSTORFFIVS p. 186.,
ROSHIRTIVS p. 535., SIGMUNDVS
p. 43..

Tertio loco memoranda est sententia VOORDAE, cap. XI. §. 9., qui CVIACIVM impugnans haec fere sua proposuit:

Testator reliquit CCCC., heredes ex semisse instituit filium et Titium, Titium filio substituit, a pupillo et coherede eius ut substituto legauit plus CC.. Iam filio intra pubertatem mortuo ita est ineunda legatorum ratio, ut apud coheredem „pars quarta bonorum pupillo relictorum, uel si mauis, omnium, computato, quod legatariis suis iam pridem detraxit, remaneat.“

At uero legatorum secundis tabulis relictorum quum ne uestigium quidem appareat, recte hanc interpretandi rationem posteriores neglexerunt, praesertim quum insequens quoque comparatio cum uulgari substitutione facta VOORDAE suspicionem egregie refellat, licet multa ad euitandam hanc calamitatem contulerit.

Quarta denique ratio est, quam Glossa comprobata postea imprimis argumentis firmare studuerunt HVSCHKIUS Vol. VII. p. 210. et VANGEROVIUS A. p. 336. ²⁹⁾.

Hi itaque hereditatem exhaustam hoc loco dictam esse hereditatem usque ad dodrantem uel certe non prorsus legatis absumptam exemplis confirmare tentauerunt, quo factum demum utraque portione onerata contributioni locum esse contenderunt, si pupillaris portio minus fuerit grauata. Hoc enim casu contributione facta reuera augeri legata a coherede relicta.

Ac iam nobis optio est facienda inter alteram CVIACII et hanc HVSCHKII atque VANGEROVII sententiam.

Qua in re CVIACIUS non admodum aequitatis illo, quod attulit, praecepto uidetur adiuuari: rectissime enim statuit VOORDA, id, quod iure factum esset, utroque herede superstitite, iniuriam uideri non posse altero mortuo. Immo potius ipsam legis Falcidiae intensionem hoc casu ad contribuenda legata perducere, possit contendi. Testatori enim, quum ex

²⁹⁾ Etiam HOFFMANNUS p. 369. prope ad Glossae sententiam accedit, licet magis fauere uideatur

coniecturae „nec semis,“ quam CHESIUS quoque laudibus distinxit l. l. p. 75..

lege Falcidia non plus dodrante legatis absumere de iure liceat, praesumendum est, si quid ultra dodrantem legauerit, incuria quadam hoc factum esse uel libidine uitiosa. Plures si heredes scripserit testator eodemque modo a quouis ultra dodrantem legauerit, hoc quidem tamdiu nihil refert, quamdiu omnes adituros esse hereditatem, uerisimile est. Semper tamen tenendum est, nisi fraus legi facta sit, idem denique ad legatarios esse peruenturum, siue ex tota hereditate, siue a singulis heredibus legata praestentur. Itaque, ut cogantur testatores, licentiam suam legum praescriptis accommodare, rectissime, ubicunque oneratae duae portiones ad unum peruenierint, de solido legata praestari, non separatim ex utraque portione, statutum esse, dici possit.

Neque tamen hanc argumentationem adhibere uelim, quia omnino cum CVIACII et PFORDTENII ratione consentire nequeo, praecipue propter ultima paragraphi huius uerba comparationem cum uulgari substitutione continentia, quibus aperte de legatis a daugendis dicitur, quod sagaciter exposuit VANGEROVIUS A. p. 338.. Ceterum uero, licet omnino recte de hac lege statuisset censeam HVSCHKIUM et VANGEROVIUM, magni facere non possum eorum uocis „exhaustire“ interpretationem: sed potius me mouit et addita, quam memorauit, comparatio et lex praecipue generalis, quam supra pluribus expressimus, „portione libera uel certe non usque ad dodrantem onerata ad oneratam accedente, eo, quod inde lucri existat, substituti legatarios adiuuari“. Si quis autem obiiciat mihi, ipsum me hoc casu non contributionem fieri debere, sed amplificationem tantum legatorum a substituto relictorum ex iis, quae ultra quadrantem libera essent in portione accedente, supra proposuisse, et iccirco regulam istam ad hunc casum non quadrare, quippe quo libera portio nulla exstet, ei hoc fere est respondendum, quod lex ista generalis deriuata est ex lege etiam ampliore: „portione non grauata ad grauatam accedente augeri legata a substituto alteram quoque portionem accipiente relicta.“ Haec autem lex superior facillime per analogiam ad eam speciem deducitur, si portio minus onerata magis oneratae accedat. Non enim fons et caput regulae illius hoc est, quod libera

ultra quadrantem portio ad exhaustam accedit, sed hoc potius, quod incrementum nasci debet propriis substituti legatariis, si alteram quoque portionem ille acquisierit. Tale autem incrementum etiam tunc habere possunt, si minus onerata portio magis oneratae accesserit, non quidem ex eo, quod ultra quadrantem liberum est, sed propter ipsam contributionem factam³¹⁾: qua de causa, si haec ita accidant, praescriptam esse contributionem putandum est.

Denique, si ad ius accrescendi respiciamus, nihil impedit, quominus ipsam hanc regulam eo quoque extendamus et fidenter contendamus, hucusque omnes has quaestiones in unaquaque, quam attigimus, iuris parte eadem ratione fuisse decidendas,³²⁾ id quod egregie confirmatur L. 59. i. f. de acq. uel om..

4.) Si primis et secundis tabulis legata sint relicta.

Latius disquirendum non proposui eum casum, si secundis tantum tabulis legata sint relicta, neque etiam separatim tractandam esse censui hanc speciem, si a coherede solo et primis et secundis tabulis legatum sit, quam utramque quaestionem facile ex sequentibus illustratum iri putavi. Diligentissime tamen excutiendus est is casus, si a substituto utrisque tabulis, et praeterea a pupillo legatum sit. Quem ad finem exordium faciamus a L. 11. §. 7., cuius extrema uerba haec sunt:

„et aliam causam esse eius, qui ex uariis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum rationem confundi non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus, neque referre, pure saepe, an sub diuersis conditionibus sit heres institutus.“

³¹⁾ Fingas hunc casum: Testator relinquit CCCC., pupillum et Titium ex semisse instituit, Titium pupillo substituit. Legauit a Titio CCXXXX., a pupillo CLXXX.. Separatis portionibus utriusque legatarii haberent CL., contributione facta

Titii habebunt CLXXI. et de uno tres partes, pupilli uero CXXVIII. et de uno quattuor partes.

³²⁾ Nolui saepius afferre in hac re singulares HERMANNI conatus, de quibus satis dixit VANGEROVIVS A. p. 342. seq..

Haec uerba saepissime perperam adhibuerunt interpretes, unde caussam repeterent, cur contribuenda essent legata, quae reuera contribuenda esse, nos negauimus. Certe autem egregie quadrat haec lex ad illam quaestionem, quid faciendum sit, si secundis tabulis legatum fuerit.

Rectissime enim dicitur, substitutum uideri sub conditione institutum esse, nisi quod grauioribus intercedentibus iuris praeceptis non eadem inde consequi ueteres iureconsulti uoluerunt, ac si substitutio locum non habuisset. Quoad legata autem secundis tabulis relicta conualescit ratio illa loci citati: hic enim substitutionis potestas minoris esse momenti incipit, quam institutionis sub conditione factae conscientia.³²⁾ Itaque haec legata pariter praestare debere coheredem substitutum dicendum est, ac si in diuersas eiusdem hereditatis portiones ex parte pure ex parte sub conditione institutus esset.

Proponamus igitur, secundis tantum tabulis, uel certe a coherede primis atque secundis tabulis legatum esse, semper ratio Falcidiae ad totum referenda est patrimonium, ita ut legata omnia pari loco habeantur: idque luculenter exprimitur L. 41. §. 6. de uulg. et pup. (XXVIII, 6.):

„Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub conditione partem alteram accepisset.“

Sequentia legis huius uerba suo loco infra considerabimus: itaque statim ad difficillimam transibimus quaestionem, quemadmodum ineunda sit ratio Falcidiae, si primis tabulis ab utroque et secundis praeterea legatum fuerit. Quem ad finem hunc generaliter casum adhibebimus:

Testator relinquit CCCC., instituit Titium ac filium, utrumque ex semisse, Titium filio substituit, a pupillo legat CLXXX., a Titio L., secundis tabulis LX..

³²⁾ Liceat uerbis domesticis sententiam nostram repeterere: *Der hinter den der bedingten Erbinsetzung zurück. Gedanke der Substitution tritt*

Iam quattuor praecipue occurrunt, quemadmodum legata praestanda sint, sententiae:

1.) Legata primis et secundis tabulis a substituto coherede relicta confundenda esse, et quasi ex parte pure, ex parte sub conditione ab eo relicta sint, ab ea portione detrahenda, in quam principaliter institutus fuerit, ita ut, si quid ultra quadrantem ex pupilli portione restet, eo augeantur legata a coherede utrisque tabulis relicta, sin minus, utriusque portione quartam habeat.²⁴⁾ Itaque in eo, quem descripsimus casu, Titius habebit CXXX., legata ab ipso utrisque tabulis relicta solida soluet, pupilli legatarii habebunt CL..

2.) Vice uersa alii confundenda esse existimant legata secundis tabulis relicta cum iis, quae a pupillo data fuerant, dum principalis coheredis portio intacta remaneat, uel certe non ultra id oneretur, quod iam ex primis tabulis debebatur.²⁵⁾

Hinc statuendum est ita in specie proposita: Titius retinet CC., Titii legatarii ex primis tabulis habent solida L., pupilli legatarii CXII. et dimidium, legatarii secundis tabulis scripti XXXVII. et dimidium.

3.) Tertiam uiam qui inierunt, ubicunque secundis tabulis aliquid legatum sit, omnium legatorum faciendam esse contributionem contenderunt.²⁶⁾ Hinc sequeretur, ut Titius haberet CX., pupilli legatarii CLXXX., Titii ex primis tabulis L., ex secundis LX..²⁷⁾

4.) Quarta ratio est VANGEROVII,²⁸⁾ qui legata a pu-

²⁴⁾ Ita CHESIVS L. II. c. 13. p. 80.. Eandem rationem defendit STEMANNVS p. 303..

²⁵⁾ CUIACIVS Papin. p. 793., VOORDA p. 289., CARVALHO p. 177., BERNSTORFFVS p. 182..

²⁶⁾ PFORDTENIVS p. 74., HVSCHIVS p. 215., HEREMANNVS p. 429..

²⁷⁾ Ex parte aliter HOFFMANNVS p. 363., quem sequuntur ARNDTIVS p. 319. et SIGMUNDVS p. 37..

Is enim nunquam dicit augeri legata a pupillo relicta, ita ut semper uidentum sit, utrum legata utrisque tabulis a substituto relicta excedant summam legatorum a pupillo relictorum. Quod si fiat, contributioni locum esse, sin minus, separatim Falcidiam esse in utraque portione inducendam.

²⁸⁾ Quem sequitur SINTENISIVS p. 150..

pillo relicta nunquam adiuuari portione substituti principali dicit, dum legata secundis tabulis relicta etiam de suo praestare debeat, ita quidem, ut primum confundantur legata a pupillo et secundis tabulis relicta et una inde Falcidia pupillaris portionis respectu habito detrahatur, deinde legata e secundis tabulis relicta, augeantur portione principali coheredis, uel si non satis in ea superfluum sit, quicquid eorum post primam contributionem superferit, rursus confundatur cum legatis a coherede primis tabulis relictis et huius etiam portionis suae quartam substitutus retineat. P. p. 482., ed VI. p. 555., A. p. 358..

Itaque hac ratione inducta Titius habebit CLXXXVII. et dimidium, legatarii pupilli CXII. et dimidium, reliqui legatarii solida legata accipient.

His igitur expositis, ut breuiter singulas uirorum doctorum sententias illustremus, necesse erit. Qua in re facile est intellectu, omnes eos certis quibusdam niti legum praescriptis, sed plerosque non omnia, quae huc pertineant, contulisse.

1.) **STEMANNVS** igitur, dum rectissime statuit, substitutum legata secundis tabulis relicta suo nomine ita debere, ut si nimis legatum fuerit, semper quadrantem tantum retineat totius hereditatis ad ipsum peruenientis, in eo errauit, quod pupilli legata prorsus separatim consideranda esse existimauit. Hoc enim regulae generali L. 11. §. 5. exhibitae omnino repugnat, qua certis uerbis praescribitur, ut contributio fiat legatorum a pupillo et secundis tabulis relictorum.

2.) **CVIACIVS** e contrario legis citatae rationem nimis excolens perperam praeteriit, quod L. 41. §. 6. de uulg. et pup. expressum legimus, coheredem impuberi filio datum legata e secundis tabulis relicta perinde praestare, ac si pure partem et sub conditione partem alteram accepisset. Sed quum omnes, qui hanc sententiam defendant ad L. 11. §. 7. ad Leg. Falc. quasi auctorem prouocent, opus erit, ut saepius iam memoratum hunc locum paucis explicare studeamus:
 „Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat, et quale est, quod uulgo diceretur, legatorum rationem

separandam? Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, quum communi calculo subiiciantur et inuicem inducant contributionem: sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamuis suam³⁹⁾ portionem habeat ut institutus: et aliam causam esse eius, qui ex uariis portionibus heres scriberetur“ etc. (cf. supra.).

CIVICII huius loci interpretatio haec est: „Si pupillo extraneus quidam datus sit coheres et substitutus, is coheres et substitutus confundit quidem legata a se in substitutione relicta et legata a pupillo relicta. At retro e contrario haec legata ita confusa non confundit cum legatis a se in institutione relictis et ex his, quae sunt a pupillo et a se relicta in substitutione Falcidiam detrahit, etiamsi ex sua institutione habeat quadrantem integrum hereditatis paternae.“⁴⁰⁾

Et haec explicatio generaliter uidetur adiuuari Basilicorum⁴¹⁾ uersione:

„Εἰ δὲ ὁ συγκληρονόμος τοῦ ἀνήβου ὑποκαταστῆ ἀντὶ τῶ, τὰ μὲν ἐκ τοῦ ἀνήβου καὶ τὰ ἐν τῇ ὑποκαταστάσει ληγατενθέντα συγγεῖται καὶ εἰς ἐπ' αὐτοῖς γίνονται φαλκίδιος· τὸ δὲ μέρος τοῦ συγκληρονόμου τοῦ καὶ ὑποκαταστύτου ἰδιόζον ἐστὶ καὶ ἀσύγχυτον.“

Ac uere concedendum est, facillime eam, quam CIVICIVS proposuit, sententiam ex loci huius tenore extricari posse, neque omnino audaci quadam coniciendi licentia opus esse, ut uerbis „sed legata, quae ab instituto ex-

³⁹⁾ ΗΥΑΘΗΚΙΥΣ Vol. VII. p.214. egit „saluam“ hand improbante VANGERONIO A. p. 329. n. 27., quam coniecturam porsus inutilem duco: uis enim enuntiationis conlicit in uocibus „ut institutus“, non in uoce „suam“.

⁴⁰⁾ De „quadrante integro hereditatis paternae“ in lege proposita nihil certe legitur,

⁴¹⁾ Bas. XLI. l. 11., apud ΗΣΙΜΒΑΘΙΥΜ Vol. IV. p. 97..

tero data sunt,“ eum casum tractari existimemus, si quis ab utroque in primis et praeterea secundis tabulis legaverit, id quod male negasse puto VANGEROVIVM A. p. 364..

Sed ipsum illud, quod diximus, CVIACII opinione iuris, quod hac parte obtinet, principales quasdam regulas impugnari, mouere nos debet, ut spreta Basilicorum auctoritate diuersam interpretandi uiam ingrediamur: nam praeter L. 41. §. 6. de uulg. et pup. praeceptum allatum, etiam comparatione eius casus, si quis exheredato filio substituerit heredem institutum ⁴²⁾ et secundis tabulis legata reliquerit, eo necessario perducemur, ut ex ea quoque portione, in quam institutus erat coheres, legata secundis tabulis relicta praestari debere statuamus.

Dudum autem uiderunt interpretes, a PAPINIANO hac lege comparationem quandam induci, ita ut primum loquatur de non instituto quodam eodemque pupillo substituto, tum uero ad eam speciem transeat, si quis coheres pupillo substitutus sit, et ab utroque primis tabulis legata sint relicta, secundis nulla. ⁴³⁾

Cui rationi non obloquitur uox „ceteris“, quam, si casum itaingas, ut omnino a pupillo tantum et a coherede primis tabulis legatum esse uideatur, rectissime de legatis a pupillo relictis usurpari, non est, quin uideat. ⁴⁴⁾

Tum uero ultima paragraphi huius uerba, de quibus iam supra dispeximus, egregie ad hanc interpretationis rationem quadrare constat, quibus, aliam esse causam coheredis substituti proponitur, aliam eius, qui in uarias portiones institutus sit: coheredem enim substitutum non confundere le-

⁴²⁾ De quo infra agitur §. 7. sub num. III.

⁴³⁾ PFORDTENIVS p. 78. uoce „dixi“ PAPINIANVM ad ea respicere, quae §. 5. explicauerat, existimare uidetur. Hoc quidem displicet: nam hoc uerbo semper interconsulti responsum inducitur. Itaque priora haec legis uerba „quan-

tum ad legata“ etc. quasi praefationem quandam comparationis causa adiectam continere, putandum est.

⁴⁴⁾ Ita iam in Glossa res explicata. Quam interpretationem receperunt PFORDTENIVS p. 79., HVSCHERVS p. 214., VANGEROVIVS A. p. 365..

gatorum rationem, in uarias portiones institutum confundere. ⁴⁵⁾)

Itaque uidemus, totam hanc legem nostram omnino quaestionem non attingere, sed potius ea confirmare, quae ad L. 87. §. 5. h. t. disseruimus.

His tamen expositis breuiter tangenda est BERNSTORFFII p. 184. et HOFFMANNI p. 367. opinio prorsus insulsa, qui uerbis: „sed legata, quae ab instituto extero data sunt,“ nouam quandam personam induci existimant: nam praeterquam, quod rectissime heres exterus uel extraneus is dicitur heres, qui non est necessarius ⁴⁶⁾ uix erit, qui PAPIANVM, dum de substitutione pupillari uerba facit, tam alienam ab hoc loco sententiam expressisse persuadere sibi possit: nam „in singulis heredibus rationem Falcidiae componendam esse,“ res erat certissima (L. 76. h. t.). Deinde autem, oppositionem fieri inter mediam et ultimam paragraphi huius sententiam fere caecis oculis conspiciere possumus, licet inficietur HOFFMANNVS p. 368., cuius praeterea hoc loco argumentationem factam propter nimiam uerborum obscuritatem me non intellexisse, libenter confiteor.

⁴⁵⁾ Per uiam animaduertere liceat, L. 11. §. 7. cit. quam supra in usum legis 87. §. 5. explicauimus, certe etiam alio modo cum L. 41. §. 6. cit. posse consociari: ita ut concedamus, PAPIANVM ita quidem sibi casum finxisse, ut utrisque tabulis legatum esse putaret, sed rursus proponamus, eum hoc loco id tantum indicasse, quod L. 41. §. 6. pluribus exposuit, nimirum, legata a pupillo et secundis tabulis relictis confundenda esse, (quod fieri debere, nos ipsi praescripsimus.) legata autem ab instituto extero non confundenda esse cum ceteris, id est cum legatis a pupillo et secundis tabulis relictis,

nam generali omnium contributioni iccirco locum non esse, quod nunquam augeri debeant legata a pupillo relictis, ita ut quartam pupillo datae portionis substitutus habeat, quamuis suam portionem habeat ut institutus: quo omnino non est indicatum, semel facta contributione legatorum a pupillo et secundis tabulis relictorum, omnia esse finita, sed iureconsultus satis habuit, generalem contributionem fieri uetuisse. Cetera deinde uerba simplicissime cum antecedentibus coniuncta esse, apparet.

⁴⁶⁾ Cf. L. 87. §. 2. ad Leg. Falc., GLOSSA ad L. 11. §. 7. cit., FRODTERIVS p. 78..

3.) Itaque refutata CVIACII sententia ad eam progrediamur, cui clarissima PFORDTENII et HVSCHKII nomina subscripta esse uidimus.

Qua in re longum est repetere, qua argumentatione uterque eorum ad eandem peruenerit sententiam: innuisse sufficet, PFORDTENIVM principii quadam petitione a regula, quam principalem toti suae commentationi praefixit, sed ea minime confirmata exoriri: „quotiescunque unus plures eiusdem hereditatis portiones acquirat et pluribus suo nomine legata debeat, toties esse contributioni locum,“ HVSCHKIIVM autem ratiocinio non ubique logico niti. ⁴⁷⁾

Nobis hoc tantum cordi est, ut non sustineri posse demonstramus summam, ad quam tandem peruenerint, regulam. Quem ad finem pauca a nemine, quod sciam, adhuc considerata praemittemus.

Supra enim, quum L. 11. §. 5. explicarem, euenire posse uidimus, ut substitutus nihil retineat, quin etiam, ut de suo legata praestare cogendus sit. Iam cum his uelim conferatur L. 59. de acq. uel om. (XXVIII, 2.):

„Qui patri heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere, quod sic recipiendum est, etiam, si uiuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit: nam is, qui heres exstiterit, (scilicet huic heredi,) pupillo quoque heres necessarius erit, nam si ⁴⁸⁾ ipsum inuitum obligat, coniungi eam paternae hereditati, et accrescendi iure acquiri cuiusque patris heredi, existimandum est.“ ⁴⁹⁾

Iam finge coheredem pupillo esse substitutum, et pupilli hereditatem casu totam periisse, substitutum autem patri ex-

⁴⁷⁾ Quod pluribus exposuit VANGEROVIUS A. p. 369..

⁴⁸⁾ Particula conditionalis „si“ non quadrat ad uocem „inuitum,“ nisi forte dixeris, sensum esse: „nam si uerum est, quod ipsum inuitum obligat,“ praeterquam quod con-

structio loci admodum est difficilis. Persuasum habeo, legendum esse: „nam se ipsum,“ quo facto, si post uocem „hereditati“ grauius interpunxeris, egregie omnia concinent.

⁴⁹⁾ De hac NERATHI sententia cf. infra cap. III. §. 10..

stitisse heredem. Quid eueniet? Fieri procul dubio potest, ut non suam solum hereditatem a patre testatore acceptam coheres substitutus amittat, uerum etiam teneatur, ut plus de suo addat, uelut in hoc casu, si utrisque tabulis plus dimidia tota hereditate legatum sit, coheres et pupillus ex semisse instituti fuerint, semis pupilli casu perierit.⁵⁰⁾ Et hoc certe negligere non debuit HVSCHMIVS, qui eadem atque nos ratione L. 11. §. 5. explicauit, uel si negligere uoluit, id certe ei probandum fuit, etiam in hac parte iuris cautionem quandam fuisse usitatam, qua casu intercedente coheredi aduenti consuleretur. At uero non multum in hac re melius egisse eos puto, qui in lege citata retinuerint quidem uocem „quadrante,“ sed hoc tamen casu contributionem praescripserint: nam etiam hoc iniquum fuit, nihil retinere coheredem, si pupilli in hereditate casus intercederit.

Et ad hanc praecipue difficultatem tollendam regulam extitisse arbitror, „legatorum rationem esse separandam,“ quo facto fidenter coheredes pupillo substituti suam portionem adire poterant eiusque certe quadrantem semper intactum habebant.

Quae quum generaliter PFORDTENII et HVSCHMII rationem impugnent, nobis uel iccirco ab ea prorsus est abstinendum, quod ubique hucusque uidimus, legata a pupillo relicta nunquam ex instituti coheredis portione incrementum capere, quod facillime possit fieri, si reuera hoc casu contributio esset facienda. Ponas enim, testatorem reliquisse CCCC, ex semisse instituisse Titium ac filium, Titium filio substituisse, a Titio legasse primis tabulis X., secundis XX., a pupillo CC., substitutionis existente conditione solida omnia praestarentur legata.⁵¹⁾

50) Egregiam habemus nostrae sententiae analogiam in L. 61. de aeq. uel om. (XXVIII, 2.): „Si minor annis postea, quam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est, Diuus Severus constituit, ut eius partis eius coheres susci-

pere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur.“

51) Quod VANGEROWIUS P. p. 483. argumenti loco offert: maximam ita hanc iniquitatem posse existere, ut propter exiguum legatum secundis tabulis relictum quadrantem tan-

Sed etiam huius sententiae auctores auxilio uocasse uideo legem aliquam iam saepius a nobis citatam, dico L. 41. §. 6. de uulg. et pup., cuius uerbis prioribus, quum nihil dicatur de legatis primis tabulis relictis, ideoque nihil haec attinere praesumendum sit, contributionem generalem praescribi contendunt. Sed supra iam uidimus, legis huius praecceptum, etiamsi legata primis tabulis relicta sint, tamen ad ea solum trahendum esse, quae secundis scripta fuerunt: itaque, qui contributionis ibi uestigia inuenire sibi uidentur generalis, multa uerbis supponunt, quae nullo modo indicantur. ⁵²⁾

4.) Quaerendum est igitur, num quarta VANGEROVII ratio undequaque nobis satisfaciatur. Ac uere huius uiri auctoritati subscribendum esse uisum est. Vnice enim hoc modo omnia, quae supra comprobauimus, possunt consociari. Nam et contributionem esse faciendam legatorum a pupillo et secundis tabulis relictorum ad L. 11. §. 5. cit. perspeximus, et legata secundis tabulis relicta suo nomine debere substitutum, quum eorum respectu habito sub conditione in alteram portionem institutus esse uideatur, dudum exposuimus. Itaque duas has regulas pari modo in quaestione nostra decidenda adhibendas esse, concedendum est: quod cum sola ratiocinatione VANGEROVIUS quondam inuenisset, equidem uel L. 41. §. 6. cit. luculenter innui persuasum habeo. ⁵³⁾ Et hic demum locus est, quo totam illam legem exhibeam et interpreter:

tum substitutus retineat, quum non existente legato illo multo plus retinuerit, nullius facio momenti. nam nisi altioribus iuris principiis adiuuetur, scrupulositas talis in iure admittenda non esse uidetur.

⁵²⁾ HVSCHKIVS etiam L. 11. §. 7. cit. huc refert, sed perperam: nam praeterquam quod non inest in legis uerbis sententia ab eo extricata,

totius etiam loci, si iniiciatur, tenor ea perturbaretur. Cf. VANGEROVIUS A. p. 374..

⁵³⁾ VANGEROVIUS quoque A. p. 371. ad L. 41. §. 6. cit. prouocat, sed ad priora tantum eius uerba: posteriora, ut omnes adhuc interpretes longe aliter, atque nos explicauit.

„Coheres impuberi filio datus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem seruabitur alio substituto: nam ille Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus, tametsi maxime coheres impuberi filio datus quadrantem integrum obtineret. Nam et cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrat.“

HVSCHKIVS Vol. VI. p. 399. coniectura facta pro „tametsi maxime coheres“ legit „tametsi maxime heres,“ et totam hanc legem ad L. 11. §. 5. ad Leg. Falc. refert: id quod salua tanti uiri auctoritate non explicationem esse, sed euitationem difficultatis dixerim, licet libenter confitear, hac emendatione facta egregie sententiam propositam ad L. 11. §. 5. cit. quadrare. VANGEROVIUS A. p. 347. tres huius legis partes quasi ex una eademque sententia principali ab initio exposita, „quaecumque secundis tabulis pater statuerit, primis sub conditione statuta esse uideri,“ facillime consequi, itaque hoc loco deinceps tractari, comprobare studet, et paraphrasin exhibet suam magis quam PAPINIANI cogitationem olentem.

PFORDTENIUS p. 75. ex prioribus uerbis deriuat regulam, omnium legatorum esse contributionem faciendam et unam deinde ex utraque portione coniuncta Falcidiam deducendam, in sequentibus autem de alio quam coerede substituto dici et ibi quoque contributionem praescribi contendit, unde egregiam quandam oppositionem inter duas has partes existere, animaduertisse sibi uidetur.

Alii aliter. Nos nemini eorum subscribere potuimus, immo nouam prorsus uiam ineundam esse putamus.

Quod antequam faciamus, primum repetendum est, recte statuuisse uideri PFORDTENIUM, nihil omnino attinere ad casum nostrum, utrum primis tabulis legata sint relicta nec ne. Ac iam paraphrasi interiecta locum explicabimus:

„Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta (bene notandum, quod iam saepius dictum est, de solis legatis e secundis tabulis relictis

uerba fieri, non de aliis quibuslibet) perinde praestabit, ac si pure partem et sub conditione partem alteram (hereditatis paternae) accepisset, (unde accidit, ut ex tota, quae ad eum peruenit, hereditate legatariis illis satisfacere debeat, quod, quemadmodum fiat a PAPINIANO adiectum non est: itaque generales regulae sunt admittendae.)“

Iam uero quae sequuntur, iccirco perperam ab omnibus intellecta esse puto, quod grammaticae non satisfecerunt. Explicant enim: „Quid tamen faciendum est, si alius quam coheres substitutus fuerit? Iam aliter res se habebit: uerum hic substitutus legata soluet, quasi plane sub conditione institutus esset, tametsi maxime coheres ille quadrantem paternae hereditatis integrum obtineret. Hinc colligitur, coheredem pupilli et substitutum pupilli, semper uelut coheredes haberi, idque eo confirmatur, quod etiam si res aliqua primis tabulis Titio, secundis Sempronio legata est, existente conditione substitutionis Titius Sempronio concurrat.“

Cui interpretationi rectissime HVSCHKIUS Vol. VI. p. 399. obiecit, in uerbis „Non idem seruabitur“ etc. omnino uestigium non apparere, unde conici possit, PAPINIANVM de tribus personis, pupillo scilicet, coherede eius substitutoque cogitasse: praetera „idem“ illud perperam ad Falcidiam non eodem modo inducendam referri: denique tam uarias quaestiones a PAPINIANO uno tenore confundi non oportuisse. Sed ipse quomodo haec omnia sanaret, non aliter ac coniciendo assequi potuit.

Me praeter ea, quae HVSCHKIUS ipsi sententiae obiecit, hoc praecipue hoc loco turbauit, quod in uerbis „nam ille Falcidiae rationem induceret“ omnes uocem „ille“ ad praecedens „alio substituto“ retulerunt, dum tamen apertum est, hoc uocabulum remotius subiectum requirere, et quod germanismo haud leui usum „induceret“ pro „inducet“ dixisse PAPINIANVM putauerunt. Persuasum enim habeo, PAPINIANVM, si uere sententiam supra expositam exprimere uoluisset, ita locutum esse:

„Nam hic Falcidiae rationem inducet.“

Itaque eo perueni, ut in uerbis: „Non idem seruabitur alio substituto,“ causam latere erroris

interpretum, ipse mihi comprobauerim. Nihil enim nisi simplicem comparisonem uerbis istis inductam esse existimo, quam meam sententiam libenter coniectura facta luculentius exprimerem, hac scilicet, ut pro:

„Non idem seruabitur alio substituto“
legendum esse proponerem:

„Non idem seruabitur atque alio substituto,“
uel:

„Non idem seruabitur alii substituto,“⁵⁴⁾
nisi etiam ablatiuum uulgata lectione exhibitum eadem notione adhiberi potuisse putarem.

Et iam haec existit sententia:

„Non idem (hoc casu, si coheres est pupillo substitutus) seruabitur, ac si alius fuerit substitutus. Nam (si idem seruaretur) ille (coheres substitutus) Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus (id est, omnium legatorum et primis et secundis tabulis relictorum contributione facta, ratione L. 11. §. 5. ad Leg. Falc.), tametsi maxime ut coheres quadrantem (suae portionis) integrum obtineret, (id est a patre liberum relictum haberet: et uerbo „maxime“ exprimitur, uel plus quadrante liberum ei permansisse.“

Vltima autem uerba „Nam et quum legatum“ etc. ad ipsam substituti, qui non coheres est, comparisonem respiciunt, quod quale sit latius est expositum infra cap. III. §. 13..

Itaque haec est PAPINIANI ratiocinatio: „Si coheredis substitutio referretur ad euentum substitutionis non instituti cuiusdam, fieri posse, ut non prosit coheredi, quod ipse nullis aut certe minimis legatis oneratus fuerit, nam hoc casu propter regulam illam, ex hereditate patris ad ipsum perueniente Falcidiam deduci, facile uel liberam suam portionem propter legata pupillo imposita erogare cogi eum posse.“

⁵⁴⁾ „Idem“ graeco dicendi modo saepissime cum datiuo iungi, res est notissima. Cf. CICERO ad fam. VIII, 6. 3., IUSTINVS II. 4. 10., HORATIUS A. P. 467., OUIDIUS

Met. XIII, 50.. Facillime uero propter dictionem minus solitam correctio sensum perturbans potuit induci.

PAPINIANVS autem talem speciem in mente uidetur habuisse, si pater reliquerit CCCC., Titium et filium ex semisse instituerit, Titium filio substituerit, a pupillo legauerit CCC., a Titio L., secundis tabulis L., quo casu quaestionem mouit iureconsultus, utrum plus C. retineat Titius, an C. tantum sibi habere possit.

Et hac quidem interpretatione facta, uidemus, ipsam hanc legem, quam PFORDTENIUS et HVSCIKIUS in suas partes redhibere uoluerunt, reuera egregie iis obloqui.

Summam igitur disceptationis nostrae hanc exhibemus:

- 1°, Si coheres pupillo substitutus fuerit et ab utroque legatum sit, legatorum ratio est separanda, ita ut:
 - a.) portione pupilli ultra dodrantem onerata ad substituti portionem liberam accedente substitutus separatim ex ea quartam deducat,
 - b.) e contrario, si coheredis portio sit exhausta, eo, quod a pupillo ultra quadrantem portionis eius substitutus lucretur, legata ab ipso relicta augeantur.
 - 2°, Vtraque portione onerata ultra dodrantem, uidendum est, utra sit magis grauata, et si quidem pupilli, res se habet ut in casu quem sub a) citauimus, sin autem coheredis, contributioni locus est, quia hoc casu contributione facta legata a substituto relicta augentur.
 - 3°, Si secundis tabulis relicta sint legata, primum confundenda sunt illa cum legatis a pupillo relictis et eius a portione quarta retinenda, deinde rursus confundendum, quicquid eorum nondum solutum sit, cum legatis a substituto primis tabulis relictis, et rursus, si opus fuerit, quarta detrahenda.
-

§. 5.

QVEMADMODVM INEVNDA SIT RATIO LEGIS FALCIDIAE, SI
DVO PLVRESVE SVBSTITVTI FVERINT PVPILLO INSTITVTO.

Vni pupillo instituto, si duo pluresue fuerint substituti, quemadmodum ratio Falcidiae ineatur, licet clarissimo legis praescripto expositum inueniamus, tamen paullo accuratius haec res tractanda est propter loci alicuius huc pertinentis difficultatem non tam in ipsa sententia, quam in uerborum contextu consitam. Quem locum antequam perpensabimus, rectam de tota hac quaestione iudicandi facultatem alio fragmento inspecto nobis comparabimus, quod inuenimus L. 80. pr. ad Leg. Falc.:

„Si is, qui quadringenta in patrimonio habebit, a filio impuberi herede instituto ducenta legauerit, eique Titium et Seium heredes substituerit, et a Titio centum legauerit, uideamus, quid iuris sit, si nondum solutis legatis pupillus uita decesserit, et ob id ea legata utrique deberent? Solus heres Titius utetur Falcidia. Cum enim ducenta ex hereditate pupilli ad eum pertineant, ducenta legatorum nomine debet, centum ex ducentis, quae pupillus debebat et centum, quae ipse dare iussus est: itaque ex utraque quantitate quarta deducta habebit quinquaginta. In persona uero Seii lex Falcidia non interuenit, quum ad eum ex hereditate pupilli ducenta pertineant, et debeat legatorum nomine centum ex ducentis, quae a pupillo relicta sunt. Quodsi pupillus soluat legata, debent curare tutores pupilli, ut caueant legatarii.“

GAIVS itaque, ne singula per se clara repetamus, praescribit, ut, si uni pupillo duo fuerint substituti, legata a pupillo relicta pro rata inter eos distribuantur, deinde, quicquid secundis tabulis a quoque legatum sit, cum iis, quae pupilli nomine debeantur, in contributionem ueniat, et ita contributa legata ad eam, quam substitutus acceperit, portionem referantur, unde semper quartam substitutus retineat. Quodsi

pupillus soluat legata, propter ea, quae secundis tabulis forte relicta inueniantur, cautiones a tutoribus exigendas et a substitutis deinde, quicquid plus solutum sit debito, repetendum esse.

Videmus itaque, substitutos illos omnino ita haberi, ac si statim a testatore essent instituti, nisi quod legata pupillo imposita pro rata singulis quasi proprio nomine debita obueniunt (cf. L. 77. h. t.). Et hoc ipsum est, quod accuratius expressit PAPINIANVS L. 11. §. 6. h. t., in qua interpretanda multum sudauerunt uiri docti, ita ut DVARENVS difficillimam eam nominauerit, quae totis in Digestis occurreret. Tenor autem legis illius hic est:

„Si filio suo duos substituerit et alterius portionem onerauerit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet uel unus pupilli substitutus. Et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum, et ultra uires portionis conueniendum alterum substitutum. Sed uerior est diuersa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque si ita⁵⁵⁾ patri heres exstitisset. Vt enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti subducta persona pupilli reuocandi sunt ad intellectum institutionis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus, si forte nondum legata pupillus a se relicta soluit, et aliquid ultra dodrantem sit, in omnibus⁵⁶⁾ et ipsum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio. Rursus si negemus, aliud aperte, quam quod uulgo probatum est, respondeatur. Itaque uarietas existet, ut is quidem, qui proprio

55) In codicibus mss. et „ita si“ et „si ita“ legitur. Nos posteriori lectionem probauimus, quum unice cum recta interpretatione uideatur conuenire.

56) Comma poni solet aut post „sit,“ aut post „omnibus.“ Sensus fere idem existit, rectius tamen post „omnibus“ puto interpungendum esse.

nomine oneratus est, uelut institutus desideret quartam, alter autem, qui non est oneratus ut substitutus⁵⁷⁾, licet portio largiatur eius, non in solidum conueniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, ut si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio, uidelicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset.“

Totum conscribere possit libellum, qui omnes in hac lege explicanda doctorum uirorum conatus uelit repetere. Nobis sufficiet, ea exhibuisse, in quibus cardo interpretationis uersari uideatur. Quorū in numero haec praecipuo sunt memoranda:

1^o, Quenam sit notio uerbi „onerare.“

2^o, Quid expriment uerba „conueniendum alterum substitutum“.

3^o, Quid significet pars illa: „Vt enim opes patris“ etc.

4^o, Quale sit illud: „Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio.“

Quae singula dispiciemus:

1.) Quomodo explicetur uox „onerare“ iccirco uim habet aliquam, quod inde colligendum est, utrum legata etiam ab altero substituto et a pupillo relicta esse fingantur nec ne. Nam si nihil hac uoce dicas significari, nisi „legata quantulacunque imponere“, certum est, ab altero substituto, qui huic opponitur, nihil posse legatum esse, si dicas significari „ultra dodrantem legatis grauare“, incertum manet, utrum ab altero legatum sit nec ne. Tum uero porro quaestio hinc est decidenda, quid a pupillo legatum esse putemus, et certe si quis „onerare“ simpliciter habet pro „legatis grauare“, is etiam a pupillo legatum esse dicat, necesse est, ut Falcidia opus sit.

Sed facile ex ipsis uerbis „tractari solet, an ex persona sua“ etc. apparet, PAPINIANVM „onerare“ dixisse

57) Etiam hic de interpunctione „substitutus.“ Mihi posterior controuersia est. Alii comma ponunt post „oneratus“, alii post ratio praeplacet, de qua cf. Hvsch-krvs Vol. VI. p. 410..

pro „ultra dodrantem legatis minuere,“ et hac sententia probata res est minoris momenti, utrum praeterea legatum esse aliquid statuamus nec ne, dummodo omnia legata non excedere dodrantem paternae totius hereditatis obtineamus. Verisimile tamen est, quod plerisque acceptum uideo, in priore quidem parte ita sibi rem proposuisse PAPINIANVM, ut nihil a pupillo et ab altero substituto legatum esse putauerit, in sequentibus deinde ad hunc casum eum transiisse, si ab omnibus fuerit legatum.⁵⁸⁾

2.) „Ultra uires portionis conueniendum alterum substitutum.“

Concedendum est, quod male impugnat PFORDTENIVS p. 53. — cui obloquitur HVSCHKIUS p. 404. — „alterum substitutum“ significare posse utrumque. Quaerendum est igitur, quid rectum esse uideatur. Quem ad finem loci huius usque ad ea uerba sententiam exhibeamus. PAPINIANVS dicit:

Si quis pupillo duos substituerit et alterum ex his ultra dodrantem portionis, quam ex substitutione acciperet, legatis onerauerit, num hic quartam suae portionis retinere possit, quaestionem fieri. Qua in re facile falsam defendi posse opinionem, non esse Falcidiae locum, et consequenter iis, quae supra (§. 5.) de patrimonii ratione dicta fuerint, ultra uires portionis⁵⁹⁾ conueniri debere alterum substitutum.

Quaeritur itaque, quidnam de patrimonii ratione dictum fuerit. Ac certe PAPINIANVS ad eam uidetur sententiam respicere, „patrimonii mortis patris tempore substantiam esse requirendam.“ Et in hoc acquieuerunt, qui uerba „alterum substitutum“ non ad eundem, de

⁵⁸⁾ Ita CUIACIUS, DVARENVS, DONELLVS, PFORDTENIVS, HVSCHKIUS, alii. Contrarium tueri uideatur HOFFMANNVS p. 350., neque inficiatur VANGEROWIUS A. p. 240..

⁵⁹⁾ „Ultra uires portionis“ CUIACIUS etiam hic pro „ultra

dodrantem“ dictum esse putat. Nec tamen melius in hoc egit, quam supra. Immo hinc colligendum est, PAPINIANVM a substituto onerato plus tota sua portione legatum esse, sibi finxisse.

quo supra dictum erat, referenda esse putabant, ⁶⁰⁾ statuentes, iccirco substitutum non oneratum portioni oneratae succurrere debere, quod pater e tota sua substantia legasse uideretur. Sed rectissime HVSCHKIUS Vol. VI. p. 405. et VANGEROVIUS A. p. 241. n. 40. talem sententiam propter occurrentia grauiora iuris principia prorsus repudiandam esse docuerunt, ac uere nunquam fieri posse putandum est, ut coheres legata a coherede relicta praestare debeat, nisi eius portionem acquisierit. ⁶¹⁾

At uero PAPINIANVS ne respexit quidem ad hanc regulam „patrimonium, quale mortis patris tempore fuerit, considerandum esse,“ sed ad ea potius, quae inde consequi uixdum exposuerat, scilicet ad eam sententiam: „De suo dabit substitutus, quoniam pater legauit de suo.“ Iam enim dici poterat, substitutione duorum facta imminutam esse uideri portionem ad alterutrum peruenientem, quae deminutio quum uoluntate testatoris facta sit, eaque uoluntas utpote incerta et libidinosa quoad substitutos certe ita sese habeat, ut quicquid alterius heredis substitutione in hereditate decreuerit, quasi casu alteri periisse uideatur, ut solidae hereditatis respectu habito legata soluat, utrumque cogi posse. Vnde facile possit euenire, ut altero substituto ultra semissem totius hereditatis ad ipsum peruenientem onerato, nihilominus legatarii solida legata ab eo expetant, quae praestare cogere, si deminutam, dum pu-

⁶⁰⁾ Praecipue PFORDTENIUS p. 53., ROSSHIRTIVS p. 534..

⁶¹⁾ Id quod cogitari posse iam antiquis perquam uidebatur mirandum, ut clarissime elucet ex Basilicis XLI. Tit. II. sect. 6. (apud HEIMBACHIVM Vol. III. p. 136.), quem locum nondum in hunc usum allatum uideo. Legitur ibi:

„Οὐκ οἶδα, ποίῳ λόγῳ φησὶν ὁ Κωβίδας, Παῦλλον διδόναι μέρος τῶν παρὰ Πέ-

τροῦ ληγατευθέντων· εἰ μή τις εἶπῃ, τοιαύτην εἶναι τὴν γνώμην τοῦ τεστάτωρος καὶ δηλοῦν τοῦτο τὸ ῥητόν·
et additur:

ἀνάγνωθι τιτ. β' διγ. ιά.
θέμα ς.“

unde luculenter colligitur, iam scholiastam et uerba „alterum substitutum“ et totam hanc legem eo, quo nos modo explicauisse.

pillus uiuit, hereditatem post mortem eius ex substitutione adisset.

Porro, quum uiderimus, quoad sensum praefendam esse eorum interpretationem, qui „alterum substitutum“ eum dici proposuerint, de quo uixdum uerba facta fuerant⁶²⁾, disquirendum est, quidnam commendet ratio grammatica.

Qua in re certum est, errare PFORDTENIVM, qui latina dictione alienum esse contendit, haec uerba ad eundem referri, de quo modo dictum erat: nam si uere semper oppositio fieret inter uocem „alter“ bis deinceps usitatam, — quod cur opus sit, ne leuissima quidem ratio est, nam „alter“ significat „unum ex duobus“ — qui factum esse putemus, ut statim in sequentibus: „Quid tamen dicemus de altero substituto,“ uitium PAPINIANSVS admisisset? Haec enim uerba procul dubio, si PFORDTENII ratio recta esset, ad eundem illum quadrarent, qui uixdum per uerba „alterum substitutum“ indicatus erat. Sed reuera ipsis illis uerbis: „Quid tamen dicemus“ etc. oppositio demum inter utrumque substitutum inducitur, quod luculenter confirmatur uerbis adiectis „qui non est oneratus.“ Et haec quidem, quam improbauimus, sola est eorum ratio grammatica, qui uerba „alterum substitutum“ ad eum, qui non erat oneratus, referant. Contrariae autem sententiae duplex praeterea existit adminiculum: primum, quod apertum est, uerba „perinde huic⁶³⁾ quartam relinquendam“ ad substitutum ab initio memoratum referri oportere, neque tamen uoce „huic“ remotius subiectum significari posse: deinde, quod mihi uidetur esse grauissimum, licet ab interpretibus negligi soleat, quod ad uerba „ultra uires portionis“ omnino suppleri nequit „eius“ sed grammaticae duce nihil aliud nisi „suae,“ unde satis superque moniti esse uidemur, ut tota hac legis

⁶²⁾ Ita iam CVLIACIVS et DONELVS ad h. l., postea praecipue HYSCHKIUS et VANGEROWIUS ll. ll. haec uerba explicant.

sio auspice uocem „huic“ ad quaestionis propositae uerba „possit inducere substitutum“ referri debere, sine ulla ratione contendit.

⁶³⁾ PFORDTENIUS p. 55. ACCVR-

propositae parte priori de uno eodemque substituto ultra vires portionis suae oncrato PAPINIANVM uerba fecisse existimemus.

In sequentibus deinde rectam iureconsultus explicat sententiam, qua auctore substitutus ille perinde quartam detrahat, „atque si ita patri heres exstitisset.“ His in uerbis uocem „ita“ ex siglo IT pro „institutus“ natam esse, sagaciter HVSCHKIUS Vol. VI. p. 408. demonstrare conatus est⁶⁴), quod num rectum sit, perscrutari non possumus: certe emendatio prorsus est superuacanea, quum facillime omnia sint explicanda.

VANGEROVIUS P. p. 489., HOFFMANNVS p. 351., SIGMUNDVS p. 31., SENTENISIUS in uersione corporis iuris hunc fere loci sensum exhibent: „quasi heres patris esset“ — „quasi nulla persona intercedente patri ex semisse heres exstitisset.“ PFORDTENIUS p. 55. nescio quo iure supplet: „atque ita relinqueretur, si . . .“. Quos omnes sequi nolim. Verum uis horum uerborum non sita est in uocabulo „ita“ sed potius in uoce „patri,“ „ita“ autem rectissime significat, omnia praeterea eodem modo fingi debere atque antea, id est, substitutum esse heredem in semissem et portionem eius exhaustam, et hanc interpretationem me iudice unico rectam innuit VOORDA dicens „ex semisse legatis exhausto“ patri successisse heredem.

3.) Iam aptissime pergitur:

„Vt enim opes patris et contributio legato- rum inde capiunt et formam et originem.“

Vox „inde“ quo referenda sit, magnam excitauit interpretum rixam, quam nemo adhuc ita finiuit, ut dubitatio nulla relinqueretur. Hoc quidem certum esse uidetur, fieri non posse, quod DVARENVS proposuit, „inde“ indicare regulam ueterum, in qua explicanda uersemur. HVSCHKIUS emendatione facta, quam modo retulimus, et huic malo subueniri putat, quem sequitur VANGEROVIUS A. p. 242.. PFORD-

⁶⁴) Quem sequitur VANGEROVIUS A. p. 242., ed. VI. p. 550..

TENTVS p. 68. in uerbis „atque si ita patri heres exstitisset“ latere causam opinatur, cur PAPIANVS uoce „inde“ uti potuerit: supplendum enim esse „ex morte patris.“ Alii aliter, omnes tamen ad uerba „si patri heres exstitisset“ respiciendum esse putauerunt. Mihi, quum generalem quandam regulam in hac parte iuris obtinentem luculenter innuat PAPIANVS, nescio quo modo ferri non posse uidetur, ut ex uerbis illis „si patri heres exstitisset,“ quae certam quandam personam attingunt, causa huius regulae repetatur. Quod quale sit, facile percipies, si subiectum in sententiam propositam reponas „atque si ita Titius⁶⁵⁾ patri heres exstitisset.“

Itaque noua, quod scio, interpretatione „inde“ non ad praecedentia uerba uelim referri, sed ad eam cogitationem, quam, quum in mente haberet PAPIANVS, dum haec scriberet, in sequentibus demum claris uerbis expressit: „reuocandi sunt ad intellectum institutionis.“ Intellectus itaque institutionis est, quo uocem „inde“ referamus. Statim uero noua occurrit difficultas in tota hac legis nostrae parte consita, quam uariis interpretationis conatibus uiri docti uexauerunt. Quaeritur enim, quatenam omnino sententia insit in uerbis: „Vt enim opes . . . intellectum institutionis.“

Qua in re, ut taceam eos, qui „opes“ in „opus“ commutare uoluerint,⁶⁶⁾ uel ii errasse mihi uidentur, qui „opes“ dictum esse putauerunt pro „patrimonium“, id quod plerosque fecisse uideo: ac nimis artificiosa est HVSCHII interpretatio, qui uoce „opes“ significari putat „patrimonium praestandis legatis sufficiens.“ Eadem est doctorum uirorum in iis, quae sequuntur, discordia, sed longum est, diuersas omnes opiniones accuratius perpensare, nostram sufficere attulisse sententiam. Arbitror enim „opes patris“ hoc loco breuius dici pro „definitione opum paternarum,“ id quod ratum esse uel maxime mihi pro-

⁶⁵⁾ Ita nominare liceat substitutum oneratum, de quo uerba sunt.

⁶⁶⁾ DONELLVS p. 36..

bauit uox insequens „contributio legatorum.“ Haud facile enim uox concretam notionem exprimens ita consociabitur cum uocabulo abstractam significationem continente, nisi alterutrum interpretatione ad alterius similitudinem reuocari possit, quod si fieri possit, uel plerumque hoc dicendi genus antiquis placuisse, non est, quod exemplis confirmemus. In sequentibus autem explicandis eo denique perueni, ut uerba „formam et originem“ quasi externam speciem et internam rationem⁶⁷⁾ significare mihi persuaserim, eosque perdere operam certum habeam, qui uel maxime in iis eligendis haesitasse PAPINIANVM opinentur et subtilem utriusque uocabuli rationem reddere studeant.

Tota itaque PAPINIANI sententia haec fere est: Quoad Falcidiae detractionem eum, qui pupillo ex parte substitutus et legatis e secundis tabulis oneratus sit, ei esse parem habendum, qui patri ex parte heres extiterit. Haec enim, quae iuris esse in substitutione pupillari appareant, plerumque reuocanda esse ad intellectum institutionis. Itaque opum paternarum rationem non pro eo instituendam esse, quod ad substitutum peruenerit, sed pro ea substantia, quam pater quum moreretur, habuerit: neque minus hinc causam repetendam esse, cur substitutus contributionem faciat legatorum a pupillo et secundis tabulis relictorum: denique hac ratiocinatione subueniri oportere ex parte substituto, ut recte in eum adhiberi possit regula, in singulis heredibus rationem Falcidiae componendam esse.

Sequitur pars altera legis huius, qua eum casum PAPINIANVS pertractare uidetur, si testator primis tabulis a filio, secundis ab utroque substituto, uel ab altero tantum, legauerit, sed ita, ut nec pupillus ultra dodrantem paternae hereditatis, nec substitutus alter ultra dodrantem eius, quod ad ipsum peruenerit, oneratus sit.

Eandem igitur tractat quaestionem, quam a GAIO L. 80. h. t. excussam esse uidimus.

⁶⁷⁾ Liceat haec ita in sermonem *innere Begründung*.“ nostrum conuertere: „*Dasein und*

4.) Porro uero PAPIANI uerba eadem fere ratione plerique explicauerunt, haec proponentes:

Pater relinquit CCCC., instituit pupillum, a quo legat CC., substituit ex semisse Titium, a quo C., Seium, a quo CC. legat.⁶⁸⁾ Iam, quum de Seio modo dictum sit, quaeritur, num etiam Titius quartam retinere possit suae portionis. Quod fieri non debere, duae uidentur caussae esse, quas deinceps PAPIANVS profert, quasi obiectiones a quopiam factas:

1°, Habere eum quartam, id est: Si pupillares tantum tabulae spectentur, liberam esse quartam portionis ad substitutum peruientis.

2°, Non idem pati instituti comparationem. Hanc dubitationem prioris refutatione induci. Nam dum prior eo refellatur, quod et substitutus quasi primis tabulis heres scriptus habendus sit, iam si uere ad institutionis intellectum eum reuocaremus, secuturum esse, ut Falcidia non uteretur, quia suo nomine non esset oneratus. Itaque nihil eum esse deducturum, siue ex primis, siue ex secundis tabulis heres scriptus habeatur.⁶⁹⁾

Paullo aliter HVSCHKIVS Vol. VI. p. 409., qui haec dicit:

1°, Legatis ab ipso relictis pupillus non est ultra dodrantem oneratus, itaque, quod secundum priora ad haec respiciendum est, Falcidia non utetur.

2°, Legendum est: „Neque id patitur instituti comparatio,“ hoc sensu: Substituto non imputari possunt

68) Verisimilius potest uideri, PAPIANVM in altera huius legis parte uerbis: „Itaque uarietas existet . . . alter autem“ etc. talem substitutionis speciem, qualem priore parte descripserat, cum hac partis posterioris contulisse, neque uero utramque speciem uno casu comprehendisse, quum fere planum sit ex iis, quae antea disputauimus, priore parte a

pupillo nihil fuisse legatum proponi, itaque pars posterior, si uulgatam rationem sequaris, minus concinne sese habere, uideri possit.

69) Ita iam in Glossa locus explicatus, cui leuibus dumtaxat mutationibus factis, praecipue subscripserunt CUIACIUS, DONELLVS, PFORDTENIUS, VANGEROWIUS in loci huius interpretationibus.

legata a pupillo relicta, ut ultra dodrantem oneratus haberi possit, quod subducta pupilli persona reuocandus est ad institutionis intellectum. Ergo Falcidiae locus non est.

HOFFMANNVS denique p. 352. uerbis: „Atquin quartam habet,“ non dubitationem uidetur contineri censuisse, sed ipsum PAPINIANI responsum, quo quartam et hunc substitutum habiturum esse contendat. Deinde addi obiectionem „quamuis idem non patiatur instituti comparatio,“ nam instituti comparatio, si huc redhiberetur, fore ut legata a pupillo relicta omnino non praestarentur, id quod iuris rationem impugnatum sit.⁷⁰⁾

Nos in PFORDTENII et HVSCHKII interpretationibus duo maxime offenderunt, primum, quod neque „idem“ neque „id“ facile ad uerba „et ipsum Falcidiam habiturum“ trahi potest, sed utraque uox, nisi latinam dictionem propemodum contemnamus, ad uerba „atquin quartam habet“ referatur, necesse sit: deinde uero, quod uerbum

⁷⁰⁾ Singularem afferre libet DVARENII interpretationem, qui hac specie proposita: Testator habebat CCCC., instituit pupillum heredem, legauit CC. ab eo, substituit Titium et forte etiam Seium (!) sed Titium onerauit tantum et legauit ab eo C., haec deinde disserit: „Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio.“ His uerbis ostendit PAPINIANVS, duplicem fuisse causam dubitationis. Primum enim habet quartam substitutus ille, de quo quaerimus, habet enim dimidiam partem hereditatis, cuius dimidia pars ab eo tantum relicta est. Ergo quartam habet deductis legatis. Atque hoc quidem uerum esset, si non confunderentur le-

gata, sed propter ueterum regulam contributione facta locus est Falcidiae. Et quod ait de instituti comparatione, refertur ad id, quod diximus supra. Idem enim dixit iudicandum esse de his substitutis, ac si instituti essent. Comparantur enim institutis, etsi testator directe eos non instituerit. Haec comparatio non patitur, ut quarta detrahatur, quia si instituto substitutum comparemus, subducta pupilli persona non esset locus Falcidiae. Nam habebitur ratio totius assis, quod si fiat, haec legata non excedent dodrantem totius assis. Comparatio igitur institutionis, qua supra usi sumus, non uidetur pati, deduci Falcidiam. Cf. PFORDTENIUS p. 61. not. m.

„patiatur“ utroque ab interprete perperam sit consideratum,⁷¹⁾ hoc enim uerbum nullibi habere significationem sinendi siue admittendi aliquid, satis est exploratum.⁷²⁾ Accedit, quod ne duae quidem dubitationes his uerbis continentur, sed una tantum duabus partibus constans, quod recte perspexit VANGEROVIVS, A. p. 244., qui tamen ceteris utrius et ipse laborat.

Quaeritur itaque, num melior sit HOFFMANNI interpretatio, quam ipse sine ulla praeterea explicatione et summo tantum digito demonstratam proposuit.

Qua in re primum est disquirendum, quonam iure PAPINIANVS particula „atquin“ usus sit, qua in dictione latina, quae classica dicitur, obiectionem contineri cum affirmatione, dudum philologi consenserunt. Sed si quaestionis praecedentis: „Quid tamen dicemus de altero substituto et ipsum Falcidiam habiturum?“ tenorem accuratius inspexeris et prioris decisionis causam allatam huc contuleris, haud difficile intelliges, fingere sibi debuisse PAPINIANVM, hanc alteram quaestionem negatum iri: itaque negantem praesumens responsionem rectissime pergere potuit:

„Atquin quartam habet,“

id est: „Licet recte praecedentibus tantum consideratis negare debeamus, quartam cum retenturum esse, nihilominus tamen Falcidia utetur,“ quae ratio eo potissimum confirmatur, quod causam negandae quaestionis obiectioni suae ipse iureconsultus addidit: „neque idem patiatur instituti comparatio.⁷³⁾ Iam uide, quam bene se habeat

71) Quod bene uidit HVSCHKIUS Vol. VI. p. 409., sed nullo modo ipse euitauit, licet alia uersione utatur.

72) Cf. loci in FORCELLINI lexico ad hanc uocem cumalati.

73) Sed omnino scrupulosiorem hanc interpretationem iccirco tantum praefero, ne genuinam uerbi

„atquin“ notionem praeteruidisse argui possim. Verumtamen in Digestis haud leuiter iam immutatam uocis illius uim inuenimus, ita ut obiectionis conscientia prorsus euauerit, et sola affirmationis potestas remanserit. Argumento est L. 59. pr. ad SC. Treb. (XXXVI, 1.):

„Videamus autem, ne et pi-

„idem“ illud, quod ita rectissime refertur ad uerba „atquin quartam habet,“ quibus idem exprimi uisum atque illo, quo perperam referre solent, „et ipsum Falci-
cidiam habiturum.“ Alterum restat, quod indicauimus, uocem „pati“ recta indigere interpretatione: ac uere dicendum est, fere concurrere hoc loco notionem huius uocis et uocis „admittere,“ si tamen operam dederis, etiam passiuam quandam uim immittere poteris, hanc scilicet, ut significet: „neque idem admitti patiatur instituti comparatio.“ Omnino uero aegre non ferrem, si leui mutatione facta legeretur pro „comparatio“ „comparationem,“ ita ut „idem“ referretur ad ipsum illum, de quo uerba fiunt, substitutum.⁷⁴⁾ Sed hoc per uiam monuisse sufficiat.

gnus liberatum sit sublata naturali obligatione?

Atquin sine possidet creditor actor idemque heres rem, siue non possidet, uideamus de effectu rei.“

Itaque et hoc nostro loco „atquin quartam habet,“ simpliciter dictum esse pro „uerum quartam habet,“ fidenter licet statuere.

⁷⁴⁾ Eandem fere emendationem fecisse postea uidi HERRMANNVM, nisi quod etiam uocem „idem“ in „item“ is commutauerit, quae altera coniectura et ipsi mihi in mentem uenerat. Contra quem nolim dixisse VANGEROVIVM, quae A. p. 245. n. 44. disseruit: prorsus enim errauit uir summus, hinc secuturum esse contendens, ne omnino hoc casu substitutus cum instituto comparari debeat, dum unum illud proponere uelit PAPI-

NIANVS, hanc comparisonem non eadem efficere, quae antea. Praeternidit enim in HERRMANNI emendatione „item“ illud, quo significatur, non eodem modo admittendam esse in hoc substituto instituti comparisonem atque in altero illo, de quo modo dictum erat. Nec magis nostra emendatio VANGEROVII argumentis refutatur, quae huc uel maxime pertinere putari possint. Nihil enim facilius est, nihil simplicius, quam ea tantum, quae iureconsultus uixdum exposuerat ex comparisonem substituti eum instituto consequi, similiter eum in mente habuisse credere, si eodem tenore de eadem comparisonem iterum uerba fiant. Itaque, antequam damnetur propter VANGEROVII dubitationes emendatio nostra, quod est supplendum restituitur: „neque idem patiatur instituti eam comparisonem, qualem

In sequentibus deinde ipsam illam, quae fieri potuit, obiectionem:

„non idem pati instituti comparationem“

PAPINIANVS refellit, dicens, si haec tantum comparatio esset respicienda, grauissimam quandam regulam uulgo probatam offensum iri, hanc scilicet:

„in tabulis patris et filii unam seruari Falcidiam,“

itaque uarietatem existere, ut si quis ex pluribus substitutis proprio nomine ultra portionem suam oneratus sit, is, uelut heres esset in partem statim institutus, quartam desideret, is uero, qui proprio quidem nomine non sit oneratus, sed propter legatorum a pupillo relictorum partem ad ipsum peruenientem et legata ab ipso relicta, nihilominus plus dodrante debeat erogare, retineat quartam propter calculi confusione. His consequens esse, ut si soluerit legata a se relicta pupillus et cautio a legatariis exacta sit, stipulatio singulis substitutis pro rata committatur.

Itaque, ut comprehendamus regula facillime adhibenda totam PAPINIANI in hac lege doctrinam, haec est:

„Duo unius pupilli substituti semper ita sunt habendi, quasi uterque eorum solus heredi ex asse substitutus esset, ita quidem, ut tota hereditas uideatur esse ea quantitas, quam propter alterius substitutionem accepit.“¹⁵⁾

Sub fine paragraphi huius monendum est, ab omnibus adhuc interpretibus cum locis uixdum explicatis conferri L. 1. §. 3. si cui plus (XXXV, 3.), quae mihi aptius eo loco tractanda esse uidebatur, quo de stipulatione quanto amplius fusius disseruimus. (Cf. cap. III. §. 11.).

Denique si alter ex duobus substitutis, uel uterque simul coheredes sint pupilli, eodem modo uterque in certam

instituendam esse in substituto suo nomine onerato modo est expositum.“

¹⁵⁾ Ita quidem regulam hac parte obtinentem a PAPINIANO ex-

pressam non esse, bene scio, neque tamen sciebam, quomodo breuius comprehendi possint omnia, quae disquisitione sua PAPINIANVS denique constituit.

pupillaris hereditatis partem ita substitutus habebitur, ut prorsus per se consideretur: itaque uel huius uel antecedentis paragraphi praecepta in eum redhibebuntur.

§. 6.

QVOMODO INEVNDA SIT RATIO LEGIS FALCIDIAE, SI
DVOBVS IMPVBERIBVS FVERIT SVBSTITVTVM.

Duobus pluribusue impuberibus si substitutum fuerit, uariis ab initio notandum est, testatorem uti potuisse substitutionis formulis, uelut hisce:

„Gaius et Seius, filii impuberes, heredes sunt. Gaius, si intra pubertatem decesserit, Maeuius heres esto. Seius, si intra pubertatem decesserit, idem Maeuius heres esto.“

„Gaius et Seius, filii impuberes, heredes sunt. Si (ambo) intra pubertatem decesserint, Maeuium substituo.“

„Gaius et Seius, filii impuberes, heredes sunt. Ei, qui supremus decesserit, Maeuium substituo.“⁷⁶⁾

Curandum est itaque, ut prout res accidant, certas ubique de Falcidia inducenda regulas proponamus.

I. Substitutus Maeuius ex prima formula, si utrique pupillo heres existat, quemadmodum ratio Falcidiae sit inuenta, semper dubitauerunt uiri docti.

Antiquiores enim plerique, plenam hoc casu et portionum et legatorum faciendam esse contributionem stauerunt, praecipue regula illa nixi, quam supra §. 5. exhibuimus,

⁷⁶⁾ Cf. L. 37., L. 42. de uulg. et pup. (XXVIII, 6.).

„substitutum reuocandum esse ad intellectum institutionis.“¹¹⁾)

Recentiores contra separandas esse portiones existima-
uerunt, ita tamen, ut interdum admitterent calculi confusionem.

Ita ROSSHIRTIVS p. 536., si a substituto tantum legatum fuerit, PFORDTENIVS p. 92., si utrisque tabulis pupillaribus a substituto legatum fuerit. VANGEROVIUS P. p. 484. non satis distincte rem tractauit: certe separandas portiones et ipse uoluit: in ed. VI. p. 557. a substituto debere legatum esse, proponere uidetur: sic et HOFFMANNVS p. 357..

IUSTINIANVS quid in hac re iuris esse statuerit, uno tantum loco expressum legimus, quem uarie pro suis opinionibus postea uiri docti sunt interpretati. Locus est L. 14. §. 2. ad Leg. Falc.:

„Duobus impuberibus substitutum, utriusque heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti conuenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios peruenerit, retineat.“

Primum quaenam bona esse intelligantur alterius pupilli, ad L. 11. §. 5. et L. 79. ad Leg. Falc. perspeximus, unde sequitur, ea tantum respici, quae ex patris hereditate impubes habeat. Porro ex ipso hoc loco certo uidetur statui posse, nihil attinere, qualibus legatis exhausta sit alterutra portio,¹²⁾ licet et ipse hoc casu nihil a pupillo legatum finxisse PAPIANVM uerisimilius ducam. Denique uero difficilior succedit quaestio, in qua cardo uersatur interpretationis, utrum plenam hac lege PAPIANVS contributionem praescribat, an id tantum, quod lucraturus sit substitutus, oneratae portionis legatariis proficere uelit. Qua in re, quum uerba „in alterius hereditate Falcidia non

¹¹⁾ Ita post Glossam CUIACIUS Papin. p. 406., CARVALHO §. 97.. Quos ex recentioribus sequitur HUSCHKIUS Vol. VII. p. 220., qui tamen proprio ratiocinio ad eundem finem perducitur.

¹²⁾ PFORDTENIVS p. 92. legata secundis tabulis relicta esse posse, perperam negauit, VANGEROVIUS P. p. 484., ed. VI. p. 557. relicta esse debere, non magis recte supposuit.

uti,“ egregie ad posteriorem quadrent sententiam — alias enim dicendum fuisset „in utriusque hereditate“⁷⁹⁾— HVSCHKIVS ex uerbis „si de bonis alterius impuberis quartam partem retineat,“ priorem opinionem luculenter confirmari, inuenisse sibi uisus est: nec tamen credo argumentationem uiri summi multos, qui subscribant, esse inuenturam.

Ceterum me iudice tota illa rixa quoad hanc nostram legem prorsus est superuacanea: idem enim in casu a PAPI-
NIANO proposito eueniet, siue contributionem praescripseris, siue augeri tantum legata alterutrius portionis innueris. Talem enim sibi casum procul dubio finxit iureconsultus, quo coniuncta omnia legata non excederent paternae hereditatis dodrantem:⁸⁰⁾ itaque et contributione facta et adauctis tantum legis substitutus integrum habebit quadrantem, omnes legatarii solida legata. Quaestio igitur commota tum demum uim habere incipiet, si quid ultra dodrantem paternae hereditatis legatum sit, et hoc quidem casu consequenter iis, quae supra §. 4. disseruimus, legatorum rationem separandam esse debemus contendere. Nobis enim tota haec quaestio non ad eius, qui ex uariis portionibus sub conditione heres scriptus est, similitudinem (cf. L. 85. §. 7. ad Leg. Falc.), sed propter ipsam L. 14. §. 2. cit. ad coheredis comparisonem remittenda uidetur esse, quod eo casu per se fiet, si alter pupillus ante patrem mortuus sit, quo facto ex uulgari substitutione is, qui utrique substitutus erat, uere coheres fit pupillo superstiti, itaque omnia pari modo euenient, ac §. 4. fusius est expositum. Item, si uterque pupillus patris ante mortem decesserit, et ex primis tantum tabulis legata exstent, contri-

79) Quod clarius apparebit, si contrariam sententiam expresseris: „in alterius hereditate Falcidia uti“ et „in utriusque hereditate Falcidia uti.“ HVSCHKIVS Vol. VII. p. 221. certi nihil his uerbis putat indicari.

80) Vel adeo talem speciem in mente habuit PAPINIANVS: Testator, qui reliquit CCCC., ex semisse instituit Seium et Titium pupillos. A Seio legauit CC., a Titio C., utrique Maecium substituit, a quo nihil legauit.

butioni locus erit consequenter iis, quae ad L. 87. §. 4. disputamus. Denique, si uterque pupillus post mortem patris mortuus sit, rursus ex analogia L. 11. §. 6. ad Leg. Falc., qua interdum ad institutionis intellectum reuocandum esse substitutum comperimus, substitutus, ubi primum alteri pupillo heres exstiterit, patri ex parte heres exstitisse itaque coheres esse alterius pupilli putabitur.

Iam uero facillime quispiam obiecerit, haec si ita essent, si forte pupillus non oneratus prior decesserit, adhibendam esse L. 87. §. 5. ad Leg. Falc.. Nec immerito. Sed dicendum est, quum minus testatoris uoluntati, quam casui debeat substitutus, quod prius portionem non grauata attigerit, iccirco aequum uideri, legatariorum consuli commodo, et semper ita rem haberi, ac si portionem onerata ante liberam substitutus acceperit. Atque haec genuina est L. 14. §. 2. interpretatio et PAPIANIANI uera sententia.

Postremo, quum cetera omnia liqueant, accuratius paulisper is casus uidetur tractandus esse, si utraque portione onerata secundis quoque tabulis legata fuerint relicta, ac tum quidem haec notanda sunt:

1º, Fieri potest, ut alteris tantum tabulis secundis legatum sit. Hoc casu, utercunque pupillus prior decesserit, legata e secundis tabulis primum confundentur cum legatis eius portionis, cui adhaerent, deinde cum alterius portionis legatis: quo facto, quum nihil liberum restet, legata e primis tabulis relicta nequiquam et ipsa augeri posse, per se intelligitur.

2º, Si utrisque tabulis secundis a substituto fuerit legatum, difficillima res est, neque tamen quae regulis nostris subiici nequeat.

Fingas hunc casum: Testator relinquit CCCC., duo pupillos ex semisse instituit, a Gaio pupillo legat CXX., a Seio pupillo CLX., Maeuium utrique substituit. Secundis Gaii tabulis legat LX., secundis Seii LXXX..

Iam ex regula nostra legata secundis tabulis relicta confundenda sunt primo loco cum sua, cui adhaerent, portione, deinde, si opus fuerit, cum alterius portionis legatis. Et

hoc pariter in utramque cadit portionem. Itaque primum utraque portio per se considerabitur, unde eueniet, ut Gaii legatariis solui possint non CXX., sed C., Seii non CLX., sed C.. Maeuii et e Gaii et e Seii secundis tabulis legatarii habebunt L.. Itaque porro e Gaii tabulis secundis X., e Seii XXX. ex regula nostra cum alterius portionis legatis sunt confundenda. De nouo igitur ineunda est ratio Falcidiae, ita ut e Gaii portione legata esse uideantur: CXX. proprio Gaii nomine, LX. Maeuii, ut Gaii substituti, nomine, XXX. Maeuii, ut Seii substituti, nomine. E Seii portione similiter debentur CLXXX., LXXX. et X.. Ratione Falcidiae in Gaii iam hereditate instituta habebunt:

- 1^o, Gaii legatarii LXXXV. et de duobus quinque partes.
- 2^o, Maeuii legatarii e Gaii tabulis secundis XXXXII. et de duobus sex partes.
- 3^o, Maeuii legatarii ex Seii tabulis secundis XXI. et de duobus tres partes.

Ex Seii contra hereditate habebunt:

- 1^o, Seii legatarii LXXXXVI..
- 2^o, Maeuii ex secundis Seii tabulis XXXXVIII..
- 3^o, Maeuii ex secundis Gaii tabulis VI..

Itaque in summa:

- 1^o, Gaii legatarii LXXXV. et de duobus quinque partes.
- 2^o, Seii legatarii LXXXXVI..
- 3^o, Maeuii ex secundis Gaii tabulis XXXXVIII. et de duobus sex partes.
- 4^o, Maeuii ex secundis Seii tabulis LXVIII. et de duobus tres partes.
- 5^o, Maeuius ipse C..

In his uero omnibus casibus uel maxime locum esse stipulationi quanto amplius, breuiter monuisse sufficiat.

II. Secundo loco ad substitutionem ex altera et tertia, quam supra proposuimus, formula transeamus, et primum quidem ad eum casum, si diuersis temporibus pupilli uita decesserint.

Hoc igitur casu is, qui post alterum mortuus est, semper ab intestato fratri heres exstitit, itaque quodcunque ex hereditate fratris ad fratrem peruenerit, non patriam augebit

superstitis hereditatem, sed in bonis habebitur aduenticiis, quae non uenire in contributionem cum paternis ad L. 11. §. 5. ad Leg. Falc. perspeximus. Simul autem, quod eius pupilli, qui ante defunctus est, respectu habito, conditio substitutionis — „si ambo decesserint,“ „qui supremus decesserit“ — non existit, etiam omnia legata, quae a substituto communi, ut substituto ipsius eius pupilli, relicta sunt, ad irritum recidunt, ita ut si euitare hoc uelit testator, hoc modo debeat a substituto legare: „utricunque heres exstiterit.“

In ratione itaque Falcidiae, si utrumque pupillum ex semisse fingas institutum, beneficio legis substitutus semper retinebit sescunciam hereditatis paternae, qua re detrimentum certe non sentiet, quum pupillus in bonis aduenticiis, nisi casus interciderit, procul dubio habeat quartam partem semissis fratri relicti. In posterioris autem pupilli hereditate utique legata ex ratione L. 11. §. 5. cit. praescripta soluentur.

Haec autem omnia ita sese habere testis est L. 42. de uulg. et pup.:

„Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit: „Si ambo mortui essent,“ deinde pueri post mortem patris simul perierunt. Duae hereditates substituto deferuntur. Sed si diuersis temporibus uita decedant, in hereditate nouissimi pueri eius fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inueniet. Sed in ratione Falcidiae pueri prioris hereditas non ueniet, nec substitutus amplius quam sescunciam iure testamenti desiderabit: legata quoque, quae a substituto eius filii data sunt, qui prior intestato decessit, ad irritum recidunt“

et L. 14. §. 3. ad Leg. Falc.:

„Quodsi frater fratri legitimus heres exstitit et impuberi supremo substitutus, portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiae non confundetur, sed quartam eius tantum portionis⁸¹⁾ substitu-

⁸¹⁾ Legendum esse „portio- uulgo in edd. exstat, res uidetur nis,“ non „portionem,“ quod esse certissima.

tus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit.“

III. Fieri possit, ut ambo pupilli simul post mortem patris moriantur. Quod quum nihil attineat, si ex prima uel altera formula fuerit substitutum, dici tamen possit, si tertia fuerit adhibita, substitutionem exstingui, quum supremus neuter mortuus esse uideatur. Aliter tamen statutum est L. 34. pr. de uulg. et pup.:

„Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, heredem substituit. Si simul morerentur, utrique heredem esse respondit, quum supremus non is demum, qui post aliquem, sed etiam, post quem nemo sit, intelligatur.“⁸²⁾

Quemadmodum uero hoc casu legata sint praestanda, planum est. Quum enim uterque pupillus supremus sit mortuus, substitutio ex prima formula facta uidetur esse: neque aliter rem sese habere puto, si substitutum fuerit ita: „Si ambo mortui sint,“ quo casu teste L. 42. de uulg. et pup. „duae hereditates substituto deferuntur,“ id quod non ita intelligendum est, quasi prorsus diuersae duae hereditates ad substitutum perueniant, quarum separatim ratio habenda sit: sed haec uerba potius exprimunt, non plenam utriusque portionis confusionem fieri debere: ceterum autem omnino ex primae formulae analogia considerabuntur. Denique, si pupilli inuicem sibi substituti fuerint ac simul postea decesserint, quamadmodum alterum alteri ab intestato heredem exstitisse dici nequit, ita etiam substitutionis conditionem in utroque defecisse dicemus. Itaque legata a pupillis, ut inuicem substitutis, forsitan relicta ad irritum recidunt, substitutus uero extraneus legata soluet pro regulis supra expositis et ei praecipue pupillo heres exstitisse utique putabitur, cui si heres exstitisset, legatariis optime consultum fuisset.

⁸²⁾ Pari modo fieri possit, ut ei substituatur, „qui proximus moriatur.“ Huc quadrant sequentia legis citatae uerba:

„sicut et e contrario proximus non solum is, qui ante aliquem, sed etiam is, ante quem nemo sit, intelligitur.“

III. Ultimo loco monendum est, quod modo attingimus, ita substituere potuisse testatorem:

„Gaius et Titius filii ex semisse heredes sunt eosque inuicem sibi substituo. Si antequam in suam tutelam uenerint, uita decesserint — uel: ei, qui supremus decesserit — Maeuius heres esto.“

Hoc casu Gaius et Titius auctore L. 87. §. 6. ad Leg. Falc. non aliter habentur, ac si simpliciter coheres pupillo substitutus fuerit. Hi itaque inter se rationem Falcidiae pro regulis supra §. 4. propositis inducent. Deinde uero quoad substitutum extraneum HVSCHEKIVS, qui solus hunc casum tractauit, plenam ei contributionem faciendam esse statuit, nixus L. 87. §. 7. ad Leg. Falc., quem locum infra accuratius examinabimus. Haec autem lex omnino huc non pertinet, et potius haec ratio uidetur instituenda esse.

Fingas testatorem reliquisse CCCC., Gaium et Titium pupillos ex semisse instituit, Titium Gaii substituit, Gaium Titio. A Gaii C. legauit, a Titio CL.. Si ambo mortui essent, Maeuium substituit, a quo legauit L.. Mortuo Titio uel Gaii pupillus superstes solida utriusque portionis legata praestabit. Si Gaii Maeuius heres existat, eius legatariis ex hereditate Gaii L. praestabuntur. Si Titio Maeuius heres extiterit ex praecepto L. 11. §. 5. ad Leg. Falc. dici possit, simpliciter Maeuii legata cum ceteris, qualia Titius debuerit, contribui et Falcidiam ex tota hereditate paterna induci: uel ex iis, quae de coherede substituto disputauimus, statui possit, ut Titius et Maeuius quasi una habeantur persona, ita ut primum ex praecepto L. 11. §. 5. Maeuii legata ad Titii portionem referantur, deinde ex Gaii portione augeantur. Et posterior haec ratio praefenda est, ita tamen, ut rursus consideremus, quod non uoluntate patris sed fortunae casu factum sit, ut Maeuius huic uel illi substituto successerit. Itaque in legatis praestandis adiuuandus non est, sed utriusque impuberi successerit, solida, si fieri potest, legata praestabit, et tum demum, si oneratae fuerint portiones, ratio, quam indicauimus, locum habebit.

Postremo, si a Gaii CL., a Titio C., a Titio, ut Gaii

substituto, C., a Maenio C. legata fuerint, et Maenius ex substitutione Titio successerit, quid euoniat, quaeritur. Titius hoc casu ita soluet legata, ut Gaii legatarii habeant LXXXX., legatarii ipsius C., legatarii e secundis tabulis C.. De Gaii hereditate praestita sunt CL., de Titii CXXXX.. Maenius, quum incerto pupillo sit substitutus, necesse est, ut eius legata utriusque portioni imposita esse credantur, ita tamen, ut primum fiat contributio cum legatis eius pupilli, cui uere heres exstitit, deinde cum alterius. Itaque haec ineunda est ratio: Titius debebat ex sua portione CXXXX., Maenius debet C.. Haec CCXXXX. ita ex CL. distribuuntur, ut Titius iam debeat, uel potius Maenius Titii nomine LXXXVII. et dimidium, unde XXV. praestanda sunt legatariis Titii ex secundis tabulis, LXII. et dimidium legatariis Titii ex primis tabulis. Maenius suo nomine debet LXII. et dimidium. XXXVII. et dimidium in contributionem defert cum CL. ex Gaii portione praestandis, unde LXXXX. debebantur Gaii legatariis, LX. Titii ex secundis. Contributione facta euoniet, ut Maenii legatarii accipiant XXX., Gaii LXXII., Titii ex secundis tabulis XXXXVIII.: itaque omnino Gaii legatariis praestabuntur LXXII., Titii LXII. et dimidium, Titii ex secundis tabulis LXXIII., Maenii LXXXXII. et dimidium, quae coniuncta efficiunt CCC., Maenius sibi habebit C.. Et ad haec exempla proposita facile quisquis in hoc substitutionis genere Falcidiae rationem inducet.

§. 7.

SI EXHEREDATO SVBSTITVTVM FVERIT, QVEMADMODVM
RATIO FALCIDIAE INIRI DEBEAT.

I. Iam supra, quum generaliter de pupillari substitutione dissereremus, quid iuris sit, si exheredato pater substituerit, breuiter adumbrauimus, demonstrantes, antiquissimis temporibus aliud fuisse probatum uideri, ac IUSTINIANI

legumlatione receptum fuit. Repetendum igitur est, patrem ab exheredato legare non posse, quia de suo uidetur legare, nec pupillus quicquam ex patris hereditate accepit. Cf. L. 11. §. 5. ad Leg. Falc.. Quum uero certum sit, neminem plus iuris habere circa personam substituti, quam habuerit in eo cui substituit, L. 87. §. 7. eod., consequens est, etiam a substituto exheredati pupilli legari non posse. Et hoc quidem sine controuersia uel interpretationis difficultate expressum est locis:

L. 126 pr. de legg. I.:

„Ab exheredati substituto inutiliter legatum datur.“

Cf. L. 24. C. de legg. (VI, 37.), L. 87. §. 7. ad Leg. Falc. in med.:

„Nec huic contrarium est, quod quum exheredato pater legatum dederit, nihilo magis substitutus legatis obligabitur, quia eo casu non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum peruenit.“

Hinc simul colligimus, quod etsi legatum exheredato a patre datum fuerit, ne hoc quidem pacto pater ab exheredati relinquere substituto potest,⁸³⁾ quod legata pupillo relicta non recta uia quasi hereditas patris ad eum peruenisse, sed bona iam aduenticia facta esse creduntur. Fideicommissum tamen eius, quod pater exheredato legauerit, uel a substituto potest relinqui teste L. 41. §. 3. de uulg. et pup. i. f.:

„Et ideo, si pater filium exheredauerit, et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit. Alioquin, si legata uel fideicommissa filius acceperit, intra modum eorum fideicommissum hereditatis a filio datum citra Falcidia rationem debebitur.“

et L. 5. pr. de legg. III. (XXXII.):

„Si quis non ab herede uel legatario, sed ab heredis uel legatarii herede fideicommissum reliquerit, hoc ualere benignum est.“

⁸³⁾ Ab exheredato ipso legari legari non potest. nequit, quia omnino a legatario

Denique considerandus est locus L. 41. §. 2. de test. mil. (XXVIII, 1.):

„Si miles exheredauerit filium uel sciens, eum filium suum esse, silentio praeterierit, an legatum a substituto eius dare possit, quaesitum est. Dixi non posse, licet ampla legata reliquerit exheredato.“⁸⁴⁾

Vnde docemur, regulam istam, ne legari possit ab exheredati substituto tantopere fuisse laudatam, ut ne militi quidem hoc licuerit, quod cur mirum possit uideri, hanc esse rationem HVSCHKIO est concedendum, quod regula „a legatario legari non posse“ milites non tenuerit, itaque hac lege mera exceptio a TRYPHONIO memorata esse uideatur.

II. Si plures substituti fuerint filio exheredato, consentaneum est, pro rata illos pupilli habituros esse hereditatem, ita ut fideicommissa forte existentia pro rata praestare debeant.

III. Prorsus aliter res se habebit, si forte institutus heres pupillo exheredato fuerit substitutus. Tum enim, si quid secundis tabulis legatum fuerit, substitutus tenebitur, ita tamen, ut pupilli exheredati hereditatem semper habeat liberam.⁸⁵⁾ Ita enim res habere sese putatur, quasi pater de suo alia pure alia sub conditione legauerit. Huc pertinet L. 11. §. 8. ad Leg. Falc.:

„Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legauerit, necessario

⁸⁴⁾ Verbum „exheredato“ ultimum esse paragraphi tertiae, non primum paragraphi quartae, antiquitus est exploratum. Cf. HVSCHKIUS Vol. VI. p. 390..

⁸⁵⁾ Huc pertinet L. 10. ad Leg. Falc.:

„Quod supra quadrantem apud heredem potest peruenire, supra dodrantem in pecuniam legatum non onerat heredem,

ueluti hereditas pupilli, si forte substitutus sit exheredato“ etc., ubi ingeniose HVSCHKIUS coniecit pro „apud“ „aliud ad“ Vol. VI. p. 379.. Sed ferri posse „apud“ docuit VANGEROVIVS A. p. 311.. Pro „legatum“ „legatam“ legendum esse, dudum obseruatum est a CVIACIO Obs. III. 36.. Cf. PFORDTENIVS p. 68..

ratio confundetur, quum ideo legata ualere dixerit **IULIANVS** a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit.“
Vbi plane insipiunt, qui **Glossam** secuti non de legatorum, sed de utriusque patrimonii confusione dici opinantur ut **ROSSHIRTIVS** p. 536. n. 4.. Cf. **PFORDTENIVS** p. 70., qui recte iudicat.

Paullo aliter res se habet **L. 87. §. 7. ad Leg. Falc.**:
 „Qui filios impuberes duo habebat, alterum heredem instituit, alterum exheredauit, deinde exheredatum instituto substituit ac postea exheredato **Maeuium** et ab eo legauit, et exheredatus fratri impuberi exstitit heres, deinde impubes decessit. Quum iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perueniant, potest dici, legata ab eo relicta praestanda esse, habita ratione legis **Falcidia** in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit.“

IULIANVS fingit, testatorem instituisse heredem filium impuberem **Gaium**, substituisse exheredatum **Titium**, ei substituisse extraneum **Maeuium** et ab eo legasse. **Maeuius** itaque est exheredato substitutus neque tamen in partem hereditatis paternae institutus, et tamen soluere legata cogetur. Ipse iureconsultus, cur hoc ita fiat, rationem addidit, et certe rem acu tetigit, quia **Maeuius** per causam hereditariam uoluntate ac iudicio patris bona eius acceperit. Exheredatus enim instituto substitutus non quidem exheredatus, sed sub conditione uidetur institutus esse. Itaque, si exstiterit conditio, plane patri heres exstitisse putabitur et substitutus **Maeuius** perinde habendus est, ac si instituto fuisset substitutus.

Ex illa autem **IULIANI** ratiocinatione simul sequitur, quod, nisi uoluntate patris ad eum bona paterna uenerint, substitutus exheredati non amplius tenetur, ac si nunquam exheredatus patris hereditatem attigisset. Et hoc ipsum exprimitur sequentibus legis modo citatae uerbis:

„Dicet aliquis: Quid ergo, si exheredatus filius non ex substitutione fratri suo heres exstiterit, sed aut lege aut per interpositam personam atque ita impubes decesserit? Sic quoque existimandus erit substitutus legata debere? **Minime!** Nam quantum intersit, exheredatus filius ex

substitutione fratri suo heres existat an alio modo, vel ex eo apparet, quod alias ab eo legare pater potuit, alias non potuit. Est igitur rationi congruens, ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat.“

Verba citata interpretatione uix puto indigere. Cur enim legari possit ab exheredato, qui substitutus est fratri impuberi instituto, per se planum est, quum nullo modo ab instituto extraneo ille sit distinguendus. Sin autem substitutus non fuerit, cur, licet fratris hereditatem acceperit ab intestato aut per interpositam personam, ab eo legari non possit, ideo fieri uidimus, quod a patre nihil ad eum peruenit: nam quae sine substitutione in fratris hereditate paterna bona exheredatus accepit, ea iam prorsus alterius fratris facta fuisse, nec diutius ad patris personam referri posse putantur. Cf. HVSCHKIUS Vol. VI. p. 388.. Quale uero sit illud „per interpositam personam,“ docemur L. 103. pr. de legg. III.:

„Si pater exheredato filio substituit heredem extraneum, deinde ille extraneus hunc filium heredem instituit et heres factus intra pubertatem decedat, puto ab substituto ei filio omnino legata praestari non debere, quia non directo sed per successionem ad filium hereditas patris peruenit.“

Primum hoc loco, quod dudum a CUIACIO Obs. II, 32. correctum est, legi debet:

„Si pater exheredato filio instituit heredem extraneum,“ quod nisi fiat, locus omnino explicari non potest, dum tamen ex sequentibus ac praecipue ex §. 1. apertum sit, quemadmodum rem sibi finxerit SCAEVOLA.

Pater exheredat filium Gaium eique substituit Maeuium, a quo legata relinquit, instituit autem Seium extraneum, Seius rursus Gaium instituit, Gaius heres existit et intra pubertatem moritur. Maeuius exheredati bona ex substitutione accipit, in quibus inuenit patris hereditatem: quaeritur, num legata debeat a se ut substituto exheredati relicta. Non debet. Nam idem dicendum est, quod antea, scilicet non patris uoluntate ad eum peruenisse bona paterna, ideoque ea, quum medio tempore prorsus ad Seium transierint, diutius non

patris, sed Scii habenda esse. Item L. cit. §. 1. haec tractantur:

„Plus ego in fratre, qui quum heres exstitisset patri, exheredatum fratrem heredem instituit, accepi, substitutum eius legatum non debere, ac ne quidem, si intestato fratri successerit, quia non principaliter sed per successionem bona fratris ad eum peruenerunt.“

Res est eadem atque in principio huius legis, nisi quod non extraneus Scius, sed frater pubes uel certe pubes factus dum frater exheredatus nondum in sua est tutela, heres a patre institutus est, eiusque bona non ab intestato, sed per causam testamentariam ad fratrem pupillum perueniunt. In fine tractatur, quod antea uidimus, si exheredatus ab intestato fratri heres exstiterit, et eidem atque antea decisioni eandem esse rationem additam intelligimus, quod non principaliter patris bona ad exheredatum peruenerint.

In tota itaque hac quaestione disquirenda uidimus, semper esse obseruandum, num quid ad pupillum exheredatum uel substitutum eius ex patria hereditate peruenerit, et si peruenerit, num ipsa testatoris uoluntate an alio quolibet modo factum sit. Deinde uero distinguendum est, utrum ex asse uel ex parte hereditas patris ad pupillum uel substitutum eius transierit, an legati tantum nomine aliquid iis accesserit.

Et siquidem uoluntate testatoris ac ni testamenti eius hereditas tota uel ex parte ad alterutrum pertineat, semper cogendus est substitutus, ut legata undequaque relictis contribuat et usque ad dodrantem eius, quod patris de bonis ad ipsum peruenerit, legatariis praestet.

Porro, si legatum uoluntate patris alterutri obuenerit, legatis nec exheredatus nec substitutus eius unquam tenebitur, fideicommissa erogare saluo quadrante cogentur.

Denique, si lege aliqua, uel per interpositam personam uel alio quolibet modo pupillus uel substitutus acceperit bona paterna, semper ita

res habebitur, quasi non a patre sed aliunde iis obuenerint, neque quicquam ab iis praestandum erit.⁸⁶⁾

§. 8.

CONCLUSIO.

Ex tota denique, quam hucusque exhibuimus, commentatione hoc possumus statuere, eam quam PFORDTENIVS p. 6. primariam in tota hac iuris parte regulam esse uoluit, sustineri non posse. Immo si quid generaliter statui potest, hoc erit:

„In pupillari substitutione si plures hereditatis paternae portiones ad unum substitutum peruenerint, separatim semper singularum portionum ratio est habenda, in singulis autem ipsis portionibus plenae contributioni locus est.“

Haec uero lex generalis duplicem statim patitur exceptionem: Generalis enim et legatorum omnium et portionum contributio fit:

1^o, Si iam ante mortem testatoris pupilli decessu certum sit factum, quod plures portiones ad substitutum sint peruenturae, quum hoc casu una tantum portio peruenisse ad eum fingatur.

2^o, Si coheres substitutus isque in sua portione ultra dodrantem oneratus oneratae suae portioni principali acquisierit minus quidem sua ipsius portione sed tamen etiam ultra dodrantem oneratam pupilli portionem. Quae posterior

⁸⁶⁾ De tota hac quaestione cf. p. 480. 2., ed. VI. p. 553. 2., A. p. PFORDTENIVS §. 7., HOFFMANNVS 309. seq., ARNDTIVS in Lex. p. §. 9. et 10., HYSCHKIVS Vol. VI. 318., SIGMUNDVS p. 26.. p. 376., p. 379., VANGEROVIVS P.

exceptio nititur lege generali de plurium portionum inter se relatu prodenda, quod scilicet:

„portio libera uel liberior ad oneratam accedens adiuvat oneratae portionis legatarios,“ hac distinctione, quod ex iis, quae suo nomine substitutus debet, semper legata secundis tabulis relicta primo loco considerantur et undequaque, quantum fieri potest, praestantur, ceteris uero postea demum consulitur.

Hae autem, quas summatim probas esse diximus, regulae, quemadmodum in singulis quaestionibus interdum immutentur quidem et temperentur, nunquam uero oblitterentur et reponantur, suis ubique locis perspeximus.

CAPVT TERTIVM.

DE IVRIS PRAETORII IN QVAESTIONE
PROPOSITA VI ATQVE EFFECTV.

§. 9.

QVOMODO SVBSTITVTVS SOLVAT LEGATA, SI CONTRA
TABVLAS BONORVM POSSESSIO INTERCESSERIT.

Contra tabulas bonorum possessio quum nihil aliud sit, nisi testamenti facti correctio, nec testatoris uoluntas edicto commisso ad irritum reuocetur, sed tantummodo pro aequitate emendetur, consequens est, ut substitutiones a testatore factae etiam post bonorum possessionem impetratam ualiturae sint. L. 34. §. 2. de uulg. et pup.:

„Etiam si contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris ualet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt.“

Simul autem nihil est magis consentaneum, quam correcto ita testamento etiam substitutionem in tantum factam accipi, quantum reuera ad substitutum est peruenturum, itaque siue deminuat pupilli hereditas, non adhibebitur regula L. 11. §. 5. ad Leg. Falc.:

„De suo dabit substitutus, quoniam pater legauit de suo,“
siue crescat, non aliunde pupillo accessisse quicquam creditur.

Haec est sententia L. 126. pr. de legg. I.:

„Sed si committente aliquo ex liberis in edictum praetoris, quo contra tabulas bonorum possessionem pollicetur, scriptus quoque filius contra tabulas bonorum possessionem petierit, substitutus eius legata pro modo patrimonii, quod ad filium peruenit, praestabit, perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset.⁸⁷⁾

Neque tamen hac ratiocinatione facta terminus quaestioni nostrae impositus est: sed multo aliter, ac si simpliciter in eam portionem, quae ex bonorum possessione contra tabulas ad substitutum peruenit, reuera substitutum fuisset, res se habebit propter concurrentia in hac parte alia iuris principia. Impetrata enim bonorum possessione legata testamento scripta ad irritum recidunt exceptis iis, quae ad liberos et parentes aliasque certas personas pertinent,⁸⁸⁾ et haec ipsa legata ad uirilis portionis quantitatem, si plus fuerit, rediguntur⁸⁹⁾ et singulis heredibus pro rata imponuntur.

Hinc necessario quaestio existit, quomodo substitutus praestet legata tabulis principalibus relicta, praesertim, si et ab ipso legata fuerint relicta. Quod ut acrius perspiciamus, ita rem perquiremus, ut demonstremus, quid faciendum sit:

I.) Si legata a substituto tantum relicta sint.

II.) Si a pupillo tantum legatum fuerit.

III.) Si utrisque e tabulis legata exstent.

I.) Commisso per alium edicto fieri potest, ut uel crescat portio pupilli instituti, uel eadem permaneat, uel deminuat. Quodcumque accidat, substitutum nihilo minus legata a se relicta praestare debere, iam uidimus: quaeritur, utrum pro modo eius, in quod testamento substitutus erat, legata praestet, an eius portionis ratione habita, quam bo-

⁸⁷⁾ Cf. L. 5. §. 1. de legg. praest. (XXXVII, 5.), L. 35. de uulg. et pup..

⁸⁸⁾ L. 1. pr. de legg. praest. (XXXVII, 5.) i. f.: „Hoc est li-

beris et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.“ Cf. §. 1. et 2. ib..

⁸⁹⁾ L. 6. 7. 8. 23. de legg. praest..

norum possessione pupillus acceperit. Ac iam indicauimus, ultimam hanc rationem esse potiozem.

1°, Itaque, si creuerit hereditas pupilli, legata a substituto relicta utique augebuntur, quasi portio libera grauatae accesserit, licet alteram quandam portionem pupillo, qui plus habet ex bonorum possessione, accessisse, proprie dici nequeat. Haec sententia clarissime exprimitur L. 5. §. 1. de legg. praest. (XXXVII, 5.):

„licet enim ex uncia fuerit heres institutus, tamen, quod accessit, augebit legata a substituto relicta.“⁹⁰⁾

Fac itaque testamento pupillum institutum habere CCCC.. Bonorum possessione contra tabulas impetrata accipit MCC., relicta fuerant a substituto DCCC.. Si simpliciter ex testamento heres exstitisset, haberet C., praestaret CCC., iam praestabit solida DCCC., habebit CCCC..

2°, Eadem si permanserit pupilli hereditas, legata, prout secundis tabulis relicta sunt, praestanda esse, consequenter prioribus dicendum est, salua nimirum quarta Falcidia.

3°, Paulo difficilior est quaestio, si imminuta fuerit pupilli hereditas.

Et si quidem ultra dodrantem eius quod habiturus uidebatur, substitutus fuerit oneratus, deminuta hereditate simpliciter praestabit usque ad dodrantem eius, quod acceperit. Finge pupillo relicta fuisse MCC., edicto commisso habuit CCCC., a substituto relicta fuerant M. Si MCC. a pupillo accepisset, praestare debuisset DCCCC., retinisset CCC., quum uero accipiat CCCC. tantum, „pro modo patrimonii, quod ad eum peruenit,“ legata praestabit: legatarii habebunt CCC., ipse retinebit C.. Cf. L. 5. pr. de legg. praest. i. f..

Euenire autem potest, ut pupilli hereditatem, qualis erat ante edictum commissum, si accepisset, soluere potuisset solida legata substitutus, iam non possit. Finge MCC. pupillo relicta, legata DC. a substituto. Substitutus accipit

⁹⁰⁾ Cf. L. 126. pr. de legg. I. cit.

edicto commisso CCCC.. Num DC. praestabit substitutus, an CCCC., an CCC.?

Nec DC. quidem, nec CCCC. praestabit, quum modo tantum patrimonii, quod ad eum peruenit, soluere cogatur legata. Itaque CCC. eum praestare dicemus? Minime! Sed prius adhibenda est regula iuris alia, quam MARCI ANTONINI decreto contineri discimus L. 11. §. 2. ad Leg. Falc.:

„Imperator MARCVS ANTONINVS decreuit, heredes, quibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, quam pro ea parte, quae relicta est, legatorum nomine teneri.“

Cf. L. 125. de legg. I.:

„Si heres centum praecipere iussus sit et restituere hereditatem, et patronus bonorum possessionem contra tabulas petierit, sicut legata, ita et praeceptio pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.“

Cf. L. 77. §. 29. de legg. II.:

„Quum existimaret, ad solam consobrinam suam bona peruentura codicillis ab ea factis pluribus fideicommissa reliquerat: iure successionis ad duo eiusdem gradus possessione deuoluta rationibus aequitatis et perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem releuandam respondi“ etc..

Hinc sequitur, si quis bonorum possessione impetrata partem hereditatis suae amiserit, pro rata etiam legata ab ipso relicta esse diminuenda. Itaque in ea, quam proposuimus specie primum legata a substituto relicta ad tertiam partem reducentur, praestabit itaque non CCC., sed CC., et totidem ipse habebit.

Et haec ratio semper est admittenda, ubi substitutus non fuit oneratus ultra dodrantem eius, quod habiturus esse uidebatur: si fuit, simplicius est, statim Falcidiae rationem in deminuta hereditate induci, quum idem denique inde resultet.

Sed opus est, ut deminutionis huius legatorum causam requiramus: facillime enim quispiam dixerit, quemadmodum pro rata minuantur legata decrescente hereditate, ita auge-

scente esse amplificanda. At uero si testatoris uoluntatem respexeris, uerisimillimum quidem est, eum, si minorem hereditatis partem filio dederit (et per eum substituto), et minora fuisse legata impositurum, praesumi autem non potest, plus eum ullo casu legatariis uoluisse concedere, quod si in animo habuisset, facillime ab alio quoque herede legare iis potuisset.

Altera est difficultas, quod quae ad institutum pertineant, non eodem modo redhiberi posse ad substitutum quis obiiciat. Sed si concedemus, quod infitiamur non possumus, in eo ipso, quod substitutum testator ad hereditatem uocauit, dilectionem eius, non onerationem, luculenter esse demonstratam, quis contendat, non eandem in legatis relinquendis ei demonstraturum fuisse testatorem clementiam, si in minorem eum portionem substituisset, atque instituto? Certis legibus L. 35. de uulg. et pup. et L. 103. §. ult. de legg. III. haec confirmari, quod contendit VANGEROVIUS A. p. 265. nescio, num recte dici possit, quum dubius sit eorum tenor. De omni re cf. etiam HVSCHEKIVS Vol. VII. p. 61. 63..

II.) Sequitur disquisitio de legatis a pupillo tantum relictis, quae propter legum huc pertinentium et difficultatem et oppositas, ut uidetur, inter se sententias uel maximas motu interpretum controuersias.

Tria sunt, quae possint rata haberi:

1^o, Substitutum praestare legata nomine pupilli, itaque nec plus nec minus ei esse soluendum, quam pupillus debuerit, unde sequatur, legata extraneis relictis utique ad irritum recidere.

2^o, Substitutum legatis a pupillo relictis uel omnibus teneri.

3^o, Distinguendum esse, utrum plus acceperit substitutus, quam in quod principaliter pupillus fuerat institutus, an minus habeat. Illud si eueniat, substituto esse legata a pupillis extraneis relictis pro principali pupilli portione praestanda, hoc si accadat, ad irritum ea prorsus recidere.

Et uere omnibus his sententiis propugnatores exstiterant. Primae antiquiores interpretes fere omnes subscripserunt, inter quos CUIACIUS Obs. III. 9., PAPILLONIVS p. 750., ex recentioribus PFORDTENIVS p. 99., HOFFMANNVS p. 340., LEISTIVS B.P. Vol. II. p. 188., tertiam praecipue probauerunt FABER Coni. Lib. V. c. 1., CARVALHO §. 20., VANGEROVIUS A. p. 269., alteram GOVEANVS p. 334. et nostra aetate HVSCHKIUS Vol. VII. p. 65..

1º, Prima itaque ratio prorsus refellitur L. 103. §. 2. de legg. III.; quae nisi prorsus indigno modo mutata fuerit et circumcisa, usque repugnabit. Itaque fortasse bene faciunt, qui antinomiam statuunt inter hanc legem et L. 35. de uulg. et pup. et L. 5. de legg. praest., ut opinionem suam defendant. Sed quamdiu aliter res explicari potest, antinomiam statuere opprobrio est.

2º, Tertia sententia nimia laborare uidetur ratiocinationis licentia. Licet enim bene omnia inter se coniungant illius defensores, tamen non quidem in uerborum interpretatione sed in ratione iuris indaganda libidinese interdum egisse eos existimo. Ita VANGEROVIUS A. p. 277. summa cum sagacitate exposuit, contra substitutum eo casu, si plus acceperit neque tamen legata extraneis a pupillo praestanda soluere uoluerit, legatarios replicationem doli habituros esse. Quid ergo, si idem acceperit, quid si paullo minus? Vbi est VANGEROVIUS illa aequitas, qui propter minimum legatum a coherede substituto relictum contributionem fieri debere negauit, propterea, quod iniquum uideri hoc possit, (cf. supra p. 56.) si tamen uel sestertio imminuta per bonorum possessionem pupilli hereditate a substituto eius legata a pupillo extraneis relicta exigere posse negauit?

3º, Videamus igitur, num altera possit ratio sustineri. Ac primum quidem mirum in modum huic sententiae fauet praescriptum L. 74. de legg. I.:

„Licet Imperator noster cum patre rescripserit, uideri uoluntate testatoris repetita a substituto, quae ab insstituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non evidens fuerit diuersa uoluntas, quae ex multis colligetur“ etc..

Hinc igitur luculenter est colligendum, legata principalibus tabulis relicta tacite in pupillaribus repetita esse uideri, quod si uerum est, omnino non intelligitur, quamam de caussa non soluat substitutus, quae ab ipso uideantur relicta. Cf. HVSCHKIUS Vol. VII. p. 70..

Sed uehementer simplici huic rationi leges aliquae repugnant, dum egregie aliis confirmatur. Videamus L. 103. §. 2. de legg. I.:

„Si filius ex uncia heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus eius utrum ex uncia legata praestat, an uero ex semisse? Et uerius est, ex semisse: sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus.“⁹¹⁾

Casum hac lege tractatum ita sese habere puto: Hereditas continet MCC.. Pupillus ex uncia institutus exceptis debebat CLXXXX., extraneis CC.. Bonorum possessione intercedente pupillus accipit DC., extraneis debet CLXXXX., nam hoc casu ad uirilem portionem reducta non sunt legata extraneis debita. Extraneis legatariis ex uncia debet CC.. Itaque primum ex unciae dodrante (LXXV.) praestabit CCCLXXXX., deinde exceptarum personarum legata ex semisse adaugebit. Similem uero speciem in mente habuisse SCAEVOLAM ex ipsis ultimis legis nostrae uerbis consequi uidetur.

Neque uero in hac decisione est iniquitas. Extranei enim pupilli legatarii sicut eo tantum, quod substitutum habuit pupillus, omnino aliquid legati nomine accipiunt, ita etiam quum iis satisfaciat substitutus, eo debent contenti esse, quod bonorum possessione non interce-

⁹¹⁾ Ii, qui primam sententiam a nobis memoratam defendunt, duce CUIACIO Obs. III. 9. legunt:

„Si filius ex uncia heres institutus sit, habeat et substitutum et ab eo legata data sint“
et uerba ultima:

„sed ex uncia omnibus“ etc. glossema esse contendunt, quod quam nimis audacter correctum sit, non est, quod pluribus exponamus. Cf. HVSCHKIUS Vol. VII. p. 67., VANGERIOVIS A. p. 273.. Contra praecipue VHRIGIUS p. 98. et 106..

dente et substitutionis conditione non existente ab ipso pupillo exigere potuissent, nisi quod alia quoque confundi legata exceptis relicta pati interdum compelluntur, etiamsi forte testator ab ipso hoc, cui substitutum est, impubere, nihil eorum reliquerit, quod non respexit HVSCHKIVS Vol. VII. p. 75.: hic enim ipsa uoluntatis patris correctio auxilio uidetur esse uocanda.

Sed palam nobis obloqui uidetur L. 5. pr. de legg. praest., ubi haec leguntur:

„Filius quis impuberem heredem scripsit eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit, deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem. Legata sunt etiam a substituto impuberis relicta, non tantum liberis et parentibus, uerum etiam extraneis. Quaeritur, an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare? Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt, sin uero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae, scilicet, ut partis dimidia, quae ad eum ex bonis patris peruenit, quartam, id est totius assis sescunciam retineat.“

Et uere VANGEROVIUS p. 269. hunc praecipue locum in suam attraxit sententiam, legata nimirum ab impubere relicta praestanda non esse a substituto, si minus, quam in quod a patre pupillus erat institutus, ad eum edicto commisso peruenerit. HVSCHKIVS contra Vol. VII. p. 65., noua prorsus ratione locum interpretando, certe non obloqui eum L. 103. §. 2. cit. demonstrare tentauit.

Videamus itaque, quidnam VLPIANVS docere nos uoluerit. Iam uero res est clarissima, L. 5. pr. speciem ab eo propositam esse eam, quum imminuta sit bonorum possessione pupilli hereditas, §. 1. autem eum esse casum tractatum, si plus edicto commisso acceperit. Iam uero ex professo VLPIANVS non hac de quaestione uerba facit, utrum legata a pupillo relicta praestanda sint, nec ne, sed de alia potius, num priore quidam casu ex semisse tantum Falcidiam habeat substitutus, altero autem legata augeantur a substituto relicta. Idem igitur uult exponere, quod L. 126.

de legg. I. PAVLLVS expresserat. Itaque, si quis persuadere sibi non possit, aliam huic legi inesse posse rationem, atque eam, quae primo obtutu oculos tangit, habeat sibi hanc opinionem, concedat dummodo, quum hoc loco non ex professo tractetur quaestio nostra, potiore esse uim L. 103. §. 2. de legg. III.

Neque tamen opus est, ut ultimum hoc refugium quaeramus. Rectissime enim uiam monstrasse uidetur HVSCHKIUS qua petitum ad finem perueniamus, licet et addenda aliqua et detrahenda sint eius interpretationi.

Non enim satis apparet, cur „etiam“ illud nouo modo explicandum esse contenderit, ⁹²⁾ quia res eadem permanet, siue legata a pupillo relicta esse fingantur, siue non. Verum, si finguntur, oppositio etiam clarior efficitur.

VLPIANVS haec dicit: Pupillus, heres ex asse, ut uidetur, est institutus. Edicto commisso habet semissem. Legata et ab ipso et a substituto eius sunt relicta. Iam bene notandum est, quaestionem ita inducere VLPIANVM „an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare,“ uox „ea“ autem referri nequit, nisi ad praecedens „legata sunt etiam a substituto impuberis relicta,“ nam si etiam ad legata a pupillo forsitan relicta iureconsultus respicere uoluisset, dicendum fuisset „ea omnia“ uel simile aliquid. Iam hanc quaestionem ita decernit VLPIANVS:

„Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt.“

Ad uerba „praestanda sunt“ et „ab eo“ (scil. impubere) et „a substituto“ posse suppleri, non digna res erat, quae HVSCHKII et VANGEROVII excitaret argutias. Nobis haec inesse sententia uidetur, quam et HVSCHKIUS eruit:

„Impubes legata a se relicta non praestabit nisi liberis parentibusque.“

Hinc possit conici, etiam substitutum legata a se relicta

⁹²⁾ HVSCHKIUS enim legata a significare proponit, sed „pupillo relicta esse negat et tercia.“

„etiam“ illud non „quoque“

exceptis tantum personis praestare debere: sed huic opinioni occurrit iureconsultus dicens:

„Sin uero a substituto relicta sunt“ etc..

Ac deinde supremo loco, quod praecipue intenderat, addit, non ultra semissis, quem accepit, dodrantem substitutum propter legata ipsi imposita teneri.

Et haec interpretatio eo uel maxime adiuuatur, quod §. 1., quam arctissime cum principio huius legis cohaerere uerba ineuntia „Quod si“ indicant, de solis legatis a substituto relictis dicitur, neglectis prorsus iis, quae forte pupillo erant imposita.

Ad tertium itaque locum huc pertinentem peruenimus, quem ipsum maxime uiri docti uexauerunt, L. 35. de uulg. et pup.:

„Etsi contra tabulas patris petita sit a pupillo bonorum possessio, in substitutum tamen eius actionem legati dandam esse, ita ut augeantur legata propterea quod filius extraneis non debuerit. Sic et crescere a substituto data legata, si per bonorum possessionem plus ad filium peruenisset, quemadmodum et ipse filius plus exceptis deberet. His consequens esse existimo, ut si impubes ex asse heres scriptus sit, et per bonorum possessionem semis ei ablatum sit, substitutus in partem legati nomine exoneretur, ut quemadmodum portio, quae per bonorum possessionem accesserit, auget legata, ita et haec, quae abscesserit, minuat.“

Hanc legem, qui diuersam a nostra sententiam defendunt uel omnino non explicant, uel ita, ut initio hunc quidem casum tractari existiment, quum uel minus pupilli hereditate uel certe non plus ad substitutum edicto commisso peruenerit. Quod si accidat, hoc modo legata a substituto relicta augeri contendunt, quod legata extraneis a pupillo relicta ad irritum recidant eorumque substantia ceteris lucro conuertatur. Deinde augeri ea posse AFRICANVM dicunt docuisse, si forte plus acceperit bonorum possessione substitutus, quam in quod pupillus erat institutus: denique, si imminuta fuerit hereditas pupilli, consequenter prioribus mi-

nus debere substitutum proponi arbitrantur. Cf. VANGEROVIVS A. p. 275..

HVSCHKIVS contra Vol. VII. p. 66. elegantissime coniecit, uerbis illis „quod filius extraneis non debuerit,“ non significari, haec legata omnino non deberi a substituto, sed potius lucrum respici e frugibus propter eorum legatorum causam pendentem hereditati accedentibus natum, et propter ipsas has fruges recte dici potuisse, cetera legata augeri. Sed haec interpretatio, licet summae sagacitatis signum, nimis tamen remota uidetur attrahere, quam quae sine grauissimis causis adhiberi debeant.

Quoad igitur VANGEROVII sententiam dicendum est, perquam singulari AFRICANVM ratiocinatione usum fuisse, si imminutam sibi bonorum possessione hereditatem finxisset et deinde de legatis substituti propter pupilli legata extraneis debita ad irritum recidentia augendis dixisset, quum tamen ipsa illa legata longe maius detrimentum intercedente bonorum possessione sensisse probabile sit, quam paucis legatis explosis incrementum habitura sint. Certe si hoc dicere uoluisset, strictius AFRICANO, quam sibi proponeret, species erat definienda.

Num igitur uerisimilius est, quod suspicatur VANGEROVIVS, de hereditate bonorum possessione nec imminuta nec adaucta iureconsultum dixisse? Verisimilius est procul dubio, sed quis unquam iureconsultus Romanus singularem hunc casum non accuratius indicasset? Verum si de edicto commisso uerba fiunt, aliquid mutatum esse fingi in priori rerum conditione, semper debemus contendere, nisi expressis uerbis contrarium affirmetur.

Quid ergo? Nihil restat, quam statim ab initio huius legis de hereditate pupilli intercedente bonorum possessione adaucta uerba esse facta, putare, quam sententiam bene scio prorsus refutari argumento a iureconsulto addito „propterea quod pupillus extraneis non debuerit“ et tota sententia insequenti: „Sic et crescere etc..“

Haec omnia me mouerunt, ut corruptum esse hunc locum putarem: accedit, quod in Codice Florentino pro uoce „propterea“ legitur „praeterea“ et vox „legata“ non

inuenitur. Quod posterius, quum leuioris sit momenti (nihil enim interest, utrum legatur haec vox nec ne), prius illud hanc mihi submitit emendationem, qua et difficultates supra memoratae omnes dissipantur et optime cum L. 103. §. 2. cit. haec lex conciliatur:

„ita, ut augeantur (legata) praeter ea, quae filius extraneis debuerit, et sic crescere a substituto data legata“ etc.,

et iam talem sibi AFRICANVM casum finxisse putandum est, si pupillo propter legata exceptis praestanda inter omnes heredes distributa plus eorum impositum sit, quam ante edictum commissum debuerat.

III. His itaque absolutis ad tertiam nos conuertemus disputationis huius partem, scilicet, ut quemadmodum legis Falcidiae ratio ineatur, si utrisque tabulis legata sint relicta, doceamus.

Qua in re, quum legum praeceptis omnino non adiuuemur, opus est, ut omnia pro iis, quae prima et altera paragraphi huius parte, rata habuimus, diiudicare conemur, et hic memoria nobis haec semper sunt tenenda:

1º, Legata exceptis personis debita semper solida sunt praestanda, utpote, quae uirilium portionis partes sustineant⁹³⁾.

2º, Legata a pupillo extraneis relicta ita praestantur a substituto, ut nunquam ex maiore ea portione debeat, quam bonorum possessione non intercedente pupillus habuisset.

3º, Legata a substituto relicta semper pro uiribus eius, quod ad ipsum peruenit, praestantur, nisi quod deminuta pupilli hereditate et ipsa pari ratione ab initio imminuuntur.

Rursus noua oritur quaestio, quemadmodum legata exceptis debita hereditate ad substitutum perueniente conside-

⁹³⁾ Cf. HVSCHKEVS p. 76., VAN- fieri male negat FRANCKIUS p. GERROVIUS A. p. 283.. Haec ita 159..

randa sint. Qua in re triplicem VANGEROVIVS A. p. 283. rationem proposuit:

Aut enim uelut aes alienum legata illa ante possunt deduci, ita ut de reliquo substitutus quartam habeat, aut substitutus quartam totius hereditatis ceteris legatariis detrahit⁹⁴).

Tertia autem, quam innuit VANGEROVIVS, ratio, id scilicet, quod substitutus exceptis detrahare non possit, de suo ipsius quadrante supplendum esse, teneri nullo modo poterit. Quid enim hoc casu, si forte substitutus accipit DC., exceptis debet CC., suis legatariis sex millia? Vel quarta eius non sufficiet, ut solida inde legata praestet exceptis.

De duabus autem aliis prior est ratio PAPILLONII p. 750., qui nescio quo iure prouocat ad L. 121. de leg. I., ubi prorsus alia res tractatur et postea praecipue HVSCHII Vol. VII. p. 76. et VHRIGII p. 105., eaque omnino et regulis iuris alias usitatis optime respondere et iccirco praesertim uideatur esse adhibenda, quod saepius potest accidere, ut non ita propter testatoris uoluntatem quam propter ipsum edictum commissum, itaque non ut uera legata sed potius ut aliud quodlibet hereditatis onus substitutus eam pecuniam debeat, neque tamen probari potest propter ingentem, quae inde nasceretur iniquitatem, si forte totidem quam pupillus ante edictum commissum habuit, uel etiam minus postea substitutus acceperit.

Posterior sententia est VANGEROVII A. p. 285., qui sua pro interpretatione recte prouocare potuit ad L. 5. pr. de legg. praest. cit..

Nobis utraque ratio ita consociari posse uidetur, ut aeris alieni instar reuera legata illa deducenda esse primum concedamus, tum uero propter aequitatis praecepta fieri debere contendamus, ut in ratione Falcidiae substitutus totam,

⁹⁴) Finge substitutum habere DC., CCCC. relicta sunt extraneis ab ipso, CC. debet exceptis. Priori ratione adhibita CC. solida sol-

uet, habebit ipse C., ceteris legatariis praestabit CCC.. Posteriori praelata excepti habebunt CC., ipse CL., ceteri legatarii CCL..

quam acceperit hereditatem respiciat, itaque, quemadmodum et VANGEROVIVS praescrisit, ceteris legatariis totius, quae ad ipsum peruenit, hereditatis quartam detrahat.

Si non ad uirilem partem reducta fuerint legata exceptis debita, aucta quidem hereditate quemadmodum iis consulatur ad L. 103. de legg. III. perspeximus, imminuta hereditate quin ceteris paria habeantur, non dubito. Cf. L. 5. §. 7. de legg. praest.

His itaque praemissis utcunque res se habeat, facillime omnia diiudicabimus. Generaliter autem hanc fingamus speciem, unde omnia perquiramus:

Testator relinquit duo millia et quadringenta, duo habet filios, suum alterum Gaium, alterum emancipatum Seium.⁹⁵⁾ Gaius est institutus, Seius praeteritus. Gaio substitutus est Sempronius, coheres Maeuius.

1^o, iam primum eum casum tractabimus, si plus edicto commisso pupillus acceperit. Ex quadrante institutus est Gaius, ex dodrante Maeuius. Legata relicta sunt a Gaio exceptis DCCC., extraneis CC., a Sempronio CC.. Bonorum possessione contra tabulas per Seium impetrata Gaius habet MCC., exceptis debet CCCC.,⁹⁶⁾ extraneis nihil. Sempronius Gaio intra pubertatem mortuo habebit MCC., exceptis debet CCCC., quae ante sunt deducenda. Quadrans hereditatis erat DC., hinc igitur legata a Gaio extraneis relicta sunt praestanda. Habebunt illius legatarii solida CC., Sempronii solida CC., Sempronius ipse CCCC.. Quid, si a Sempronio relicta fuerint DC.? Duplex iam ratio ineunda. Primum enim ratio Falcidiae ineunda est in quadrante, ita ut habeant pupilli legatarii non CC., sed

⁹⁵⁾ Emancipatum esse praeteritum, necesse est, nam si suus fuerit praeteritus, testamentum non ualebit, itaque nec substitutio pupillaris.

Simul autem pupillum Gaium institutum esse testamento oportet, quia exheredatus ad bonorum pos-

sessionem non admittitur. Cf. L. 8. pr. L. 20. pr. de B. P. c. t. (XXXVII, 4.).

⁹⁶⁾ Semper in tota hac quaestione tenendum est, legata exceptis praestanda nunquam trientem eius, quod pupillus accepit, excedere posse. Cf. n. 95..

CXII. et dimidium, substituti non DC., sed CCCXXXVII. et dimidium. Sempronius hinc retinet CL.. Iam uero quum ante deductis CCCC. exceptis personis debitis restent CC., ex his ita augebuntur legata a Sempronio relicta, ut ipse tantum inde retineat, quantum ad totius, quam accepit, hereditatis quadrantem explendum sufficiat, itaque legatarii eius etiam habebunt L., in summa CCCLXXXVII. et dimidium, Sempronius CCC.. Denique si a Gaio relicta fuissent CCCC., a Sempronio CC., ex DCCC. post legata exceptis debita soluta, habiturus fuisset Sempronius CCC., Sempronii legatarii CC., Gaii CCC. etc..

2º, Pupillus post edictum commissum tantundem habet quam antea. Iam facile quis dicat, habenda esse omnia, quemadmodum testator uoluerit, sed perperam. Antea enim quum sola patris uoluntate ea acceperit pupillus, iam lex intercessit, et casui solo attribuendum esse uidetur, quod mutatio nulla facta sit, itaque omnia ut ante euenient, nisi quod legata et a pupillo extraneis et a substituto relicta eodem iam iure fruuntur. Fac igitur pupillo relicta fuisse MCC, iam mortuo eo habebunt exceptae solida legata, reliquum ita inter ceteros legatarios distribuetur, ut quadrantem de MCC. Sempronius retineat, illi pro rata concurrant.

3º, Pupilli hereditas est imminuta edicto commisso:

a.) Gaius ex asse institutus exceptis debebat M., extraneis CCCC., Sempronius CCC.. Bonorum possessione impetrata Gaius habet MCC., exceptis debet CCCC., extraneis nihil. Sempronius exceptis debet CCCC., suis legatariis CL., ac uere dicendum est, etiam Gaii legata extraneis debita prius esse ad dimidium reducenda, habebunt igitur CC.. Sempronius itaque debet CCCC. exceptis, CL. suis, CC. Gaii legatariis, ipse retinebit CCCCL..

b.) Eodem casu pupillus debet exceptis M., extraneis CCCC., a Sempronio legata sunt DCCC.. Edicto commisso, Gaio mortuo, Sempronius debebit exceptis CCCC., Gaii extraneis CC., suis CCCC.. CCCC. exceptis praestanda ante deducuntur, restant DCCC., hinc retinet Sempronius CCC.,

reliqua D. inter ceteros legatarios pro rata sunt distribuenda. Habebunt Gaii extranei CLXVI. et de uno bessem, Sempronii CCCXXXIII. et de uno trientem.

Pro his, quae attulimus exemplis facillime, quodcunque accidat, ratio Falcidiae poterit inquiri, ac uere et rei ipsius naturae et aequitati in hac praecipue iuris parte perquam considerandae haec unice ratio prorsus conuenire uidetur. Aliter VANGEROVIVS A. p. 281. seqq. Falcidiam induxit, quum imminuta pupilli hereditate legata a pupillo extraneis relicta uel a substituto soluenda non esse contenderit. HVSCHKIUS autem, quod salua tanti uiri auctoritate dixerim, iccirco minus recte rem persecutus est, quod L. 14. §. 1. de legg. praest., quam ipse citauit Vol. VII. p. 64., omnino praeteruidit: accedit, quod eius praeceptis iccirco nobis subscribere non licet, quia legata personis exceptis debita primum deducenda, deinde in reliquis Falcidiam ponendam esse statuerit. Itaque nostra ratio fere noua uidetur esse proposita.

§. 10.

QVEMADMODVM SOLVANTVR LEGATA, SI SVVS HERES ABSTINVERIT.

Quum propositum habeamus, rationem Falcidiae in duplicibus testamentis ineundam, quam fieri potest uberrime edocere, silentio praetermitti nequit singularis quaedam lex de legatis praestandis regulam exhibens, si suus heres paterna hereditate abstinerit. Haec enim profert PAPINIANVS L. 12. de uulg. et pup.:

„Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres exstitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Iustius enim Praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit. Etenim ius dicenti propositum est,

liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere: praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata dumtaxat e secundis tabulis relicta praestari debent, habita ratione facultatum in Falcidia non patris ut alias solet, sed impuberis.“

Hanc legem qui adhuc interpretati sunt, in duas generaliter partes ita discedunt, ut alii institutum utrumque fratrem dicant,⁹⁷⁾ alii exheredato substitutum fuisse, contendant.⁹⁸⁾

Singuli uero quam uarias iuris rationes ad confirmandas suas opiniones excusserint, accuratius exponere, operae esse pretium non uidetur, itaque capita rerum tetigisse satis habebimus.

Quem ad finem inuiti fere cogimur, ut latius a proposito exspatiemur et remotiora quaedam in usum nostrum redhibeamus.

Opus est enim, ut breuiter doceamus, quid generaliter eueniat, si heres scriptus repudiauerit, uel suus abstinuerit, quod nisi exploratum fuerit, haud ita facile plenam de lege nostra iudicandi facultatem habebimus. Qua in re legatorum paullisper nullo respectu habito, quasnam iureconsulti ueteres in his rebus rationes secuti fuerint, et quae inde uideantur consequi, quam poterimus strictissime considerabimus.

Liceat autem remotis de hac re posteriorum disquisitionibus ad ipsos statim Digestorum locos respicere, quibus

⁹⁷⁾ Ita recentiores tantum non omnes: WARNKOENIGIUS R. A. p. 7., A. G. p. 319., LOEHRIVS p. 334., HOFFMANNVS p. 372., HVSCHKIUS Vol. VII. p. 78., SINTENISIUS p. 452. n. 28., VANGERIOVIUS ed. VI. p. 214.. Ex ueteribus cf. GOEAVNS p. 133..

⁹⁸⁾ Ita praecipue CUIACIUS p. 84., CHESIUS L. I. c. 15. p. 74., POTHIERVS XXVIII, 2.

num. 81. p. 245., PAPILLONIUS p. 752., MAYERVS §. 38. n. 9., WITTIUS p. 862., VANGERIOVIUS ed. I. p. 183.. Plures uide apud HVSCHKIUM p. 79.. Vtramque rationem male confundit MVEHLENBRUCHIUS p. 443.. De pupillo uel exheredato uel qui se abstinuit, uerba fieri, proponit VINCENS CABOTIUS Lib. II. c. 22. p. 636..

diuersarum opinionum quasi signiferos fuisse comperimus IVLIANVM et MARCELLVM. Leges igitur inprimis conferendae hae sunt: L. 40. de acq. et om. (XXVIII, 2.):

„Quaesitum est, an licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris uoluntatem habeat uel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere, utputa si impuberi fuerit substitutus? In qua specie IVLIANVS libro XXVI. Dig. scripsit, incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati, nam qui iudicium parentis oppugnauerit, non debere ex eadem hereditate quicquam consequi. Sed MARCELLVS eleganter distinguit, multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte, ut, si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.“ (IVLIANVS Lib. III. Disp.).

L. 41. *ibid.*:

„Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere.“ (IVLIANVS lib. XXVI. Dig.)

L. 42. *ibid.*:

IVLIANVS lib. XXVI. Dig. scripsit: „Si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum, creditoribus paternis respondere, nisi substitutas ei fuisset: inclinatur enim in hoc, ut putet, substitutum etiam patris onera subiturum. Quae sententia a MARCELLO recte notata est: impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem habere potest successorem: metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin, inquit, et si frater fuit, ommissa caussa testamenti ab intestato possidebit hereditatem et quidem impune. Nec enim uidetur uoluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicetur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris, ceterum utique, si frater a pa-

tre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet.“ (VLPIANVS lib. III. Disp.)

L. 28 de reb. auct. iud. (XXXXII., 5.):

„Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit, ideoque bona patris uenierunt: postea filio hereditas obuenerit, qua adita decessit. Quaero, quum Praetor in ipsum pupillum, quamuis postea hereditas obuenerisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, quum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos ad bona pertinent, nihil acquirat, et quum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint eorumque nihil interfuerit, adiretur, necne, pupilli hereditas, quum ea bona, admissa a substituto hereditate, ad creditores non pertinebant?⁹⁹⁾ Me illud maxime mouet, quod praeceptoribus tuis placet, unum esse testamentum.“

Respondit: „Quod Praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius uenditis in eum actio detur, tametsi¹⁰⁰⁾ postea ei hereditas obuenerit, creditoribus non reddat, idem in substituto filio herede seruandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam eius bona ueneant. Itaque in id, quod postea ei obuenerit, actio creditoribus denegatur, quia id ex aduenticio acquisitum est, non per patrem ad eum peruenit. At quum substitutus filio hereditatem adiit, [postquam pupillus se paternae miscuerit heredi-

⁹⁹⁾ Vulgo pro „admissa“ legitur „omissa,“ pro „hereditate“ „herede,“ pro „pertinebant“ „pertinerent.“ Mihi uerisimilius uidetur, scriptum fuisse: „omissa a pupillo hereditate ad creditores non pertinebant.“

¹⁰⁰⁾ Haec uerba egere emenda-

datione manifestum est. Antiquitus „et“ inserebatur ante „tametsi.“ HVSCHRIVS Vol. VII. p. 99. n. 13. audacius, ni fallor, scriptum fuisse: „det' et b. u.“ contendit, prouocans ad GAII II. 154. 155.. Mihi in mentem uenit, quod facillime restituitur: „tametsi, si.“

tati], ¹⁰¹⁾ tunc hereditas et patris et filii una est et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam inuitus heres obligatur, et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ¹⁰²⁾ ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona ueneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit, quo casu ¹⁰³⁾ efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat. Quodsi substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona uenire debent propter aes alienum patris, neque in bonis patris est, quod pupillus acquisiuit.“ (IAVOLENVS Lib. I. Epist.)

IVLIANVS igitur, qui Lib. XXVI. Digestorum quaestionem nostram tractauit, consequenter iis, quae cap. I. commentationis nostrae exposuimus, „in pupillari substitutione unum esse testamentum,“ doctrinam proponere potuit, hanc fere, quam et IAVOLENVS, praeceptor eius, erat amplexus: ¹⁰⁴⁾

101) Haec uerba glossema esse ad conciliandum hunc locum cum L. 42. cit. immissum, uerisimillimum est. Cf. infra n. 104..

102) „Post obligationem“ significat „post aditionem hereditatis.“ Cf. GAIVS II. 35..

103) HVSCHKIUS eleganter coniecit „qua caussa.“

104) Operam perdunt et oleam, qui L. 28. cit. cum L. 42. cit. conciliare student, de quorum conati- bus cf. MVEHLENBRUCHIUS p. 424., VANGEROWIUS ed. VI. p. 215.. Nam qui auctore GOTHOFREDO pro „non seruandum est“ legunt „seruandum est,“ licet non refutentur ipso iureconsulti argumento addito „quoniam filii pudori parci-

tur“ — nam pudor filii etiam post mortem durat — tamen sequenti omni ratiocinio et Basilicorum auctoritate debellantur. Cf. WITTIVS p. 864. n. 64.. Ii uero, qui uerbis „postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati“ niti praecerunt, prauum glossema comprobare coguntur, quod nec in Basilicis VIII. 7. 27., apud HEIMBACHIVM I. p. 472., reperitur, et totam IAVOLENI rationem uehementer perturbat. Immo dubitari nequit, quin uera inter hos locos antinomia intercedat, quam iccirco statuere facilius possumus, quod L. 28. cit. ad seriem, quae dicitur Edicti, L. 42. ad seriem Sabinianam pertinet. Cf. BLUHMIVS p. 415. 1.. Potiorem

In pupillari substitutione unum dicitur esse testamentum, et hoc quidem ita recipiendum est, ut ad solam patris, qui auctor erat, uoluntatem totum utique testamentum referatur, itaque, quemadmodum fieri nequit, ut ex asse a patre heres institutus ex parte uelit exsistere,¹⁰⁵⁾ uel is, qui in plures portiones scriptus sit, alias adeat, alias non adeat,¹⁰⁶⁾ ita etiam ad eum, qui aliqua ex parte in pupillari substitutione patris uoluntatem oppugnauerit, uel ei se subtraxerit, nulla ex parte, quod patris testamento statutum est, redhiberi debet, sed aut totum testamentum agnoscat, aut quicquid inde consequi possit, ei renuntiet, necesse est. E contrario obtinente alia iuris regula, quod scilicet, qui aliqua ex parte immiscuerit sese paternae hereditati, totam agnouisse creditur et accipere cogitur, identidem eneniet, ut siue quis paternam siue pupillarem hereditatem,¹⁰⁷⁾ siue totam siue ex parte adierit, is etiam alias omnes portiones, in quas aut scriptus sit testamento, aut quas ui testamenti uelut iure accrescendi uel substitutione habiturus sit, adire et onera iis imposita ferre debeat.

At uero hanc IULIANO rationem neutiquam adscribendam esse quispiam dixerit, prouocans ad L. 27. §. 2. ad SC. Treb. (XXXVI, 1.):

„Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiiisset. Et ideo, si pupillo substitutus fuerit ita: „Quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto,“ hereditatem, quae ex substitutione ad eum peruenerit, resti-

uero esse in iure Iustiniano L. 42. cit. in promptu est, et quod eo titulo exhibetur, quo separatim haec quaestio tractatur, et quod luculenter oppositae sententiae correctionem continet. Cf. WITTIVS p. 765., HVSCHKIVS p. 101. seqq., VANGEROWIVS ed. VI. p. 215..

105) Cf. L. 10. de acq. et om..

106) Cf. L. 2. de acq. et om..

107) Cf. L. 40. cit. in med., L. 59. de acq. et om.. Clarissime uero haec sententia confirmata est ab ipso IUSTINIANO in L. 20. C. de iure delib. (VI, 30.).

tuere cogendus erit. Si uero detracto hoc articulo: „Quisquis mihi heres erit,“ substitutus ita fuerit: „Titius filio meo heres esto,“ tum si solus patri heres exstiterit, nihilominus cogendus erit, hereditatem pupilli restituere, si uero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte quamuis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.“ (IULIANVS Lib. XXXX. Dig.).

Quam legem aperte contradicere ipsius IULIANI in L. 40. cit. et L. 42. cit. effatis, manifestum est. Attamen, quum omnes hi loci ex eodem IULIANI libro, Digestis scilicet, deprompti sint, uix dubium posse oriri uidetur, quin IULIANO ipsi tanta sententiarum fluctuatio adscribenda non sit. MVEHLENBRUCHIVS p. 432. quemadmodum haec concilianda sint, erui non posse affirmat, neque tamen de uestigiis huius discordiae inueniendis desperandum esse putauerim. Quod enim iam supra (n. 104.) proposuimus, inter L. 28. et 42. citt. inde fluxisse uideri discrepantiam, quod ad diuersas Pandectarum series pertinent, hoc loco rursus est auxilio uocandum. Ii enim, quibus pars Sabiniana erat curanda, quum sententiam MARCELLI comprobarent, sponte eo adducebantur, ut iure suo usi locum IULIANI, quo alium in finem utebantur, (in quaestione scilicet de restituenda pupilli hereditate) mutatione facta ad suam de iure abstinendi opinionem traducerent, quae coniectura eo ipso confirmatur, quod ultima paragraphi citatae uerba alienam prorsus a loci huius tenore speciem pertractant, nam quum de hereditate restituenda agatur, in fine de retinenda dicitur, quod plane aberrat ab IULIANI proposito. Cf. §. 4. ibid..

Itaque in hac lege non obloqui sibi IULIANVM, sed IULIANO TRIBONIANVM fidenter statuamus.¹⁰⁸⁾

¹⁰⁸⁾ Inter ipsam hanc legem et L. 10. §. 2. 3. de uulg. et pup. uix crediderim esse antinomiam, quod proponit HYSCHKIVS p. 80.. Opus enim uidetur esse, ut speciem I-

LIANI loco supponamus, si exheredatus fuerit pupillus, cui substitutus est extraneus, et is quidem primum solus a patre institutus, deinde cum tertio quodam coherede. L. 10. §

Omnem igitur IVLIANI doctrinam eo potissimum niti uidimus, quod pater sibi ipsi heredem scribat eum, quem pupillariter substituit. Neque tamen funditus hanc rationem pertulit, sed aliqua certe ex parte mitiori iam interpretationi cessisse uidetur. Namque si exheredatus fuerit pupillus eique frater heres substitutus, filio isti paterna se abstinere hereditate et exheredati fratris, si quae fuerint, bona accipere concessit. L. 41. cit..

Qui locus, uti nunc exstat, aliter uix potest explicari, nisi ita, ut siue ex asse institutus fuerit frater, siue ex parte, postquam abstinuit sese paterna hereditate, fratri nihilominus exheredato ex substitutione possit heres existere. Neque igitur fides habenda est HVSCHKIO p. 94., qui de fratre tantum ex parte instituto agi putat, ita ut supplendum sit:

„poterit ex substitutione hereditatem obtinere, si scilicet coheredem habeat,“

quo facto ad L. 40. praecepta applicari hoc fragmentum proponit. Ipse autem HVSCHKIUS concedit, IVLIANVM certe hanc opinionem non habuisse, sed ex Iustiniana tandem ratione talem interpretationem necessariam reddi, quorum prius certum est, alias enim intolerabili libidine IVLIANVS ius tractauisse, neque uero consequenter principiis suis funditus subiectis egisse uideretur.

At uero semper fratrem pupillo exheredato substitutum separare posse hereditates, ut fraternam habeat, patris non habeat, IVLIANVM proponere potuisse, haud improbabile est, quem eo ad hanc decisionem perductum fuisse credi potest, quod PAPINIANVS exprimit L. 12. cit. et MARCELLVS L. 42. cit., fratrem scilicet ab intestato exheredati heredem futurum fuisse, quamobrem iniquum uideatur, uoluntate pa-

2. 3. uero is tractatur casus, si primus quidem filio ex asse instituto extraneus quilibet, deinde uero eidem pupillo coheres extraneus sit substitutus. Ceterum ad hunc locum infra denū erit recurrendum.

tris prorsus eum a fraterna hereditate remoueri, quam habiturus fuisset, si ab intestato succederetur.¹⁰⁹⁾

Has uero IULIANI rationes et praecepta inde proposita uehementer inprimis impugnasse legimus, cuius obtinuit sententia, MARCELLVM. Is igitur hoc praecipue nixus uidetur esse, quod unum quidem sit patris testamentum, sed duarum hereditatum, deinde, quod is, qui semel abstinendo sese tuitus fuerit, non uiuus tantum sed post mortem etiam beneficium Praetoris tenere debeat, ita ut ad eum, qui quauis de caussa personam illius continuet et in se suscipiat, non deterior deferatur conditio, quam uiui illius personae fuerat, quod ultimum egregie exposuit HVSCHKIVS p. 102..

Ex utraque uero hac argumentatione regulae sponte fluxerunt IULIANI praeceptis oppositae.

Primum enim patris uoluntas utrarumque tabularum separatim respectu habito considerari coepta est, ita ut lex proponeretur, si patris omnino uoluntas seruaretur, opus non esse, ut respiciatur, quemadmodum seruaretur. Hinc euenit, ut qui ex parte heres sit institutus, siquidem reliqui heredes uel unus certe adierit, is uelut substitutus etiamnunc pupilli hereditatem possit adire. Idemque est, si ex asse institutus, pupilloque substitutus et ipse substitutum habuerit, qui adiit hereditatem. Quodsi ab intestato succedatur in patris hereditatem, ei, qui pupillo substitutus paternam hereditatem repudiauerit, non licet in pupilli bona ex substitutione succedere. Hic fere sensus est decisionis in L. 40. cit. ac iam uidemus, rursus hanc MARCELLI sententiam impugnare IULIANI L. 41. cit. propositam, quam Hushkiana ratione ad praecepta L. 40. accommodari non debere perspeximus. Sed facillime soluitur haec difficultas, si in L. 40. non de filio substituto, sed de extraneo uerba esse facta concedimus, quod ACCVRSIO ad h. l. auctore dudum fecisse uideo CUIACIUM p. 90..

HVSCHKIVS uero p. 87. quum uehementer hanc interpretationem impugnet, opus erit, ut dubiis eius breuiter re-

¹⁰⁹⁾ L. 10. §. 4., quae huc pertinet, infra considerabitur.

spondeamus, quorum in eo praecipua ratio consistit, quod ubique VLPIANVS de patre et paterna hereditate loquatur, unde efficiatur, de filio tantum substituto agi posse. At uero, quicumque pater est, paternam ut ita dicam qualitatem non solum filii respectu possidet, sed nomine quasi quaesitō fruitur, quod quisquis ei debet tribuere, non quidem ut filius ipse, sed ut filii alicuius procreatori. Quum uero apertum sit in L. 40. de testatore agi, qui impuberem reliquit, testator ille cur pater dici nequeat et paterna eius hereditas, uel adeo, si filius institutus non fuerit, haud difficile est intellectu, et Romanis certe haec dictio non minus usitata fuit quam nobis, qui, si uerbotenus locum uerteris, concedemus, et de filio et de extraneo substituto recte ita loqui potuisse VLPIANVM. Verum dubitatio illa HVSCHKII inde uideatur nata esse, quod VLPIANVS uerba speciem propositam definientia: „utputa, si impuberi fuerit substitutus,“ paullo inferius addidit: „utputa“ autem non significat: „exempli gratia,“ sed „ita Tibi rem fingas,“ „hanc speciem supponas.“

Neque uero magis est, quod obiicit HVSCHKIVS p. 88., „ex eadem hereditate“ non esse posse „ex eodem testamento.“ Immo ex IULIANI ratiociniō procul dubio ita res fingeatur, quasi pupilli et patris hereditas una esset.

Praeterea uero in tota hac lege nihil impedit, quominus extraneum heredem et institutum fuisse et substitutum ratum habeamus, namque etiam VINCENTIS CABOTII Lib. II. c. 22. p. 636. obiectiones factae ex iis, quae ad L. 41. cit. disputata sunt, haud difficile refutantur: quinimmo clarissimum L. 41. statim insequentis praeceptum egregie rationem nostram commendat: haec enim inter utramque legem est relatio, quod L. 41. adstringit praeceptum L. 40. editum, in suo herede substituto aliud obtinere docendo: cuius rei rursus est ratio satis perspicua, quod scilicet suo herede abstinente destitutum non fieri putatur testamentum. Cf. n. 111.. Nec minus fauet eiusdem VLPIANI effatum in L. 10. §. 4. de uulg. et pup.:

„Si ex asse heres institutus filio exheredato substitutus repudiauerit patris hereditatem, quum non haberet sub-

stitutum non poterit filii adire: nec enim ualet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas, nec sufficit ad secundarum tabularum uim, sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit.“

Qua lege de pupillo exheredato et extraneo instituto substitutoque agi, plus quam manifestum est. Hinc itaque euidenter apparet, ex asse institutum extraneum hereditate repudiata tum demum exheredati pupilli hereditatem posse acquirere, si ipse substitutum habuerit: quae decisio recurrit ad primariam MARCELLI rationem, ualere scilicet substitutionem, si patris hereditas omnino ex testamento fuerit adita. Neque uero MARCELLVM L. 40. aliter de hoc casu statuuisse, credi potest, quum omnis eius sententia trahenda sit ad speciem ab VLPIANO L. 40. propositam, in qua nihil dicitur de substituto heredis extranei ex asse instituti. Verum MARCELLVS hunc casum ante oculos habuit, si pupillus fuisset exheredatus, et iam duas fingit species, alteram si ex asse fuerit institutus extraneus, alteram, si ex parte, quo casu posteriore non pupillus ex altera parte erat institutus, sed coheres extraneus. Itaque primo casu si repudiauerit heres, destitutum fit testamentum, et pupillaris substitutio exstinguitur: posteriore, si coheres adierit, quod subintelligi debet, destitutum non est testamentum, et substitutio ualet.

Et his peractis ad alteram MARCELLI ratiocinationem respiciamus, unde quae sequantur, expressa sunt L. 42. cit..

Nam si pupillus abstinerit ab hereditate paterna, substitutus autem immiscuerit sese pupilli hereditati, IULIANVS, quia unum esset testamentum rursus ut iungerentur hereditates postulauerat, MARCELLVS separationem etiam substituto proficere proponit, quod opinio illa impugnet utilitatem pupilli, qui ipse saltem possit habere successorem. Ergo personae pupilli ut hominis sui iuris etiam post mortem consulendum est, quemadmodum supra accuratius exposuimus. Iam uero in uerbis istis, quae addit MARCELLVS: „Alioquin“ etc. optimum rursus habemus aequitatis illius testimonium, quae in fratre substituto obseruabatur. Accedere enim hoc casu dicit MARCELLVS, quod frater certe ab intestato hereditatem fratris habiturus fuisset, et duplex itaque hic

caussa sit, cur implicari non debeat oneribus paternis, altera ex pupilli persona, altera ex ipsius commo d o repetenda. Ultima denique uerba: „Sed quod in fratre scripsit“ etc.. MARCELLI sententiae correctionem ab VLPIANO additam continent. MARCELLVS enim procul dubio de fratre pupilli co-, gitauerat, VLPIANVS modeste adnotat, de testatoris hoc fratre uideri intelligendum esse, cuius opinionis ratio in eo uidetur consistere, quod necessarius patris heres etiam pupilli est,¹¹⁰⁾ itaque, quia ipso iure ualidum manet testamentum, postquam pupillus abstinuit, dici nequit, unquam fratrem substitutum ab intestato ad hereditatem pupilli posse peruenire. Cf. HVSCHKIUS p. 103..

Ex tota igitur, quam hucusque peregrimus, expositione in usum quaestionis nostrae, quatenus si abstinuerit heres uel repudiauerit, substituti impediuntur, quominus pupilli hereditatem adeant, haec eruimus:

1°, Extraneus substitutus, testamento non institutus, nisi destitutum fuerit testamentum, impuberis hereditatem a paterna separatam poterit amplecti, L. 42. cit.. Destitutum uero etiam hoc casu non est testamentum, si pupillus, qui substitutum habebat, isque ex asse institutus abstinuerit.¹¹¹⁾

2°, Extraneus testamento et institutus et exheredato filio substitutus, si ex asse repudiauerit, non potest, si ex parte

¹¹⁰⁾ Cf. L. 2. §. 4., L. 10. §. 1. de uulg. et pup.. Cf. etiam L. 1. §. 7. si quis om..

¹¹¹⁾ De repudiatione et abstentione, ut uoce utar ueteribus ignota, breuiter liceat animaduertere, quod in iure Iustiniano reapse utraque non habetur nisi liberatio ab oneribus hereditatis, non uero paternae uoluntatis oppugnatio atque illusio, quamdiu scilicet non totam ferit hereditatem paternam. Quod si factum sit, repudiatione

quidem destitutum fit testamentum, nisi forte adsit substitutus repudiantis, qui adeat, et pupillaris substitutio perimitur: abstentione uero sui intercedente ipso iure testamentum ualet, et quae in usum tertii fuerant constituta, uim habere pergunt, dum onera tantum, quibus pressus fuerat suus, remittuntur. Cf. VINCENS CABOTIUS Lib. II. c. 22. p. 635. i. f., LASPEYRIUS p. 80., HVSCHKIUS p. 92..

tantum, uel si substitutum et ipse habuerit, et coheres uel substitutus adierit, potest adire impuberis hereditatem. Cf. L. 40. cit..

3º, Frater, uel omnino suus heres testatoris, si substitutus fuerit fratri exheredato impuberi, siue ex asse abstinerit, siue ex parte, siue adita sit quoquo modo hereditas paterna siue non sit adita, fratri impuberi heres poterit exsistere.¹¹²⁾ L. 41. cit..

Et nunc demum ad PAPINTANI illum locum redeunt es uideamus, quemadmodum explicari debeat.

Iureconsultus casum sibi fingit, si ex duobus fratribus alter primum patri ex testamento heres exstiterit, deinde fratri ex substitutione. Hoc casu fratri substituto separationem bonorum patris concedendam et legata dumtaxat e secundis tabulis debita praestanda esse habita ratione Falcidiae in facultatibus impuberis.

Ne resuscitemus fere sepultam eorum, qui de exheredato, cui frater substitutus est, pupillo uerba fieri putauerunt, opinionem,¹¹³⁾ rectiorem quae uidetur esse sententiam statim amplectamur, de institutis scilicet duobus filiis agi. Et in hac specie concedendum esse substituto asseuerant, ut postquam abstinerit sua portione, succedat in fratris hereditatem, dummodo separauerit bona paterna ab ipsius impuberis et ab illis identidem abstinerit: et ex hac denique ipsius

¹¹²⁾ Diuersas omnes doctorum uirorum in hac materia sententias accuratius referre nolui, quia nimis longe a proposito fuisset aberrandum. Sunt uero quot scriptores, tot opiniones. Itaque fusio-rem de hac iuris parte tractationem ad tempus opportunius reseruaturus, eorum hoc loco capitibus at-tactis, quae e fontibus nostris ui-deantur effluere, plura de his re-bus perlegere cupidos ex iis, quo-

rum libros inspexi, iureconsultis praecipue delege ad CUIACIUM l. l., VINCENTEM CABOTIUM Lib. II. c. 22. p. 635., PAPILLONIUM c. VIII., WARNKOENIGIUM in dua-bus commentationibus, LOEHRIVM l. l., HVSCHKIUM l. l., VANGERO-VIUM §. 454.. Cf. scriptores in notis 97. et 98. nominati.

¹¹³⁾ Cf. n. 98., HVSCHKIUS p. 79..

pupilli hereditate praestanda esse legata secundis tabulis relicta habita ratione Falcidia. ¹¹⁴⁾)

Mea sententia talis interpretatio, quotquot inuenerit defensores, iuris uel omnem rationem impugnat, neque moueri possum quantumuis sagacissima HVSCHKII p. 84. expositione, ut ratam eam habeam. Nihil enim PAPINIANVS de eo dicit casu, si spatium deliberandi et per hoc ius abstinendi ad fratrem substitutum fuerit deuolutum, ¹¹⁵⁾ sed prorsus generaliter responsum suum edit itaque etiam eam complectitur speciem, si pupillus uere adierit patris hereditatem, quo casu de separatione a fratre facienda dici nequit, sed si quid omnino, hoc ei potest concedi, ut contra tutores actione pupilli experiatur. ¹¹⁶⁾)

Porro uero praestatio legatorum ex bonis pupilli aduenticiis tantopere omnem de his rebus doctrinam ¹¹⁷⁾ impugnat, ut huius regulae exceptionem ne hoc quidem loco factam esse probabile sit. Accedit, quod omnino nimium quantum languet, ubi de certo quodam casu proposito agitur, neque uero iuris rationes in casum, qui fieri potest, exhibentur, de aduenticiis statim pupilli bonis cogitari, quae unde aduenerint, uix intelligitur. Immo fere semper patris hereditatem etiam pupilli hereditatem fore putandum est, et nisi certis uerbis sermo de aliis fiat bonis pupilli, etiam nulla exstitisse uerisimilius est. Itaque etiam in nostra lege de bonis pupilli aduenticiis PAPINIANVM non cogitasse, aut certe nullius ea momenti habuisse putandum est.

At uero, si PAPINIANI, quibus decisionem suam confirmat, argumenta inspiciamus: „propositum est“ etc., iureconsultum rursus id maximopere laudasse uidemus, quod

¹¹⁴⁾ GOVEANVS p. 133., CHE-SIUS L. I. c. 15., praecipue p. 77. seqq., WARNKOENIGIUS R. A. p. 7., A. G. p. 319., LOEHRIGIUS p. 336., HVSCHKIUS p. 83., VANGEROVIUS ed. VI. p. 214..

¹¹⁵⁾ Huc solum pertinent loci uelut L. 7. §. 1. de acq. et om. et praecipue L. 19. C. de iure delib. (VI, 30.).

¹¹⁶⁾ Nou. I. c. IIII. §. 1.

¹¹⁷⁾ Cf. supra cap. II. §. 3..

remotis tabulis secundis legitimam fratris hereditatem frater habiturus fuisset. Fingamus itaque, remotas fuisse. Quid ergo? Frater in pupilli hereditatem et per eam in paternae hereditatis partem (fortasse etiam in totam, uelut si duobus tantum fratribus institutis fratris pars, postquam frater abstinuit, ad pupillum peruenerit,) successisset. Et haec si causa fuit praecipua decisionis PAPINIANI („praesertim quod“ etc.), cur rursus PAPINIANVM non consequenter eam adhibuisse putemus, ita ut hac lege id, quod L. 41. cit. IULIANVS in exheredato pupillo ratum habuerat, ad institutum sit propagatum?

Verum haec genuina uidetur esse loci interpretatio, quam unus, quantum scio, recte exhibuit HOFFMANNVS p. 372., licet diuerso generaliter ratiocinio fretus:

Frater cum fratre pupillo et quod uerisimillimum est, etiam cum aliis quibuslibet institutus, uel cui substitutus datus est, (nam prorsus generaliter proponit PAPINIANVS, filium patri heredem exstitisse), si abstinuerit ab hereditate paterna nihilominus poterit fratris pupilli, cui substitutus est, hereditatem adire. Praetor enim id respicit, quod non intercedente substitutione ab intestato ille fratris habiturus fuisset hereditatem, et iccirco separationem bonorum patris ei permittit, hanc scilicet, ut non a pupilli bonis ea separet, sed alteram eorum partem ab altera, dum per testamentum utramque habuisset. Quum uero ualidum maneat testamentum, consentaneum est, quod etiam legata in substitutione data soluenda sunt a fratre substituto, neque uero ad irritum recidunt.¹¹⁸⁾ Iam uero supra accuratissime est expositum cap. II. §. 4., legata secundis tabulis scripta, utpote quae suo nomine debeat substitutus, ex omni patris, quam accepit hereditate esse soluenda. Et ipsam hanc regulam, quae uice uersa hac lege egregie confirmatur, hoc casu admittendam non esse PAPINI-

¹¹⁸⁾ Ipsa PAPINIANI uerba: „itaque“ etc. euidenter demonstrant, nihil singulare et abnorme, sed consequentiam quandam licet

circumscriptam et uariatam addi. Alias non utendum erat particula „itaque.“

ANVS dicit, cuius effati facilis est ratio. Legata enim secundis tabulis relicta pupilli hereditati, si quidem institutus ille fuerit, adhaerere putantur: itaque obtinente regula, ut primum legata ista cum pupilli, cui adhaerent hereditate confundantur, deinde ipsa substituti portione augeantur, si substituti portio uel nulla fuerit (L. 11. §. 5. ad Leg. Falc.), uel substituti certe hereditas esse desierit, consequens est, ut ratio illius portionis haberi non possit, et ratio Falcidiae quoad legata secundis tabulis relicta non ut alias in tali, quem PAPINIANVS descripsit, casu assolet, in paterna hereditate, uel potius in ea hereditatis paternae parte, quam frater, nisi abstinuisset, habere potuisset, inducatur, sed in facultatibus tantum pupilli, quae sola ad fratrem peruenerunt, saluis uidelicet bonis, quae aduenticia forte pupillus habuerit. Itaque primum illud „ut alias solet“ ita debet determinari, ut notionem subiiciamus: „in tali casu,“ si scilicet legata secundis tabulis relicta sint, et cetera descripto modo sese habeant: nam si generaliter hoc dictum putes, PAPINIANVS iis contradiceret, quae ipse L. 11. §. 6. ad Leg. Falc. docuerat, deinde autem apparet, uocem „dumtaxat“ perperam iungi cum uocibus „secundis tabulis relicta,“ sed potius ad sequentia trahendum esse „habita ratione facultatum sed impuberis.“

Quemadmodum uero haec PAPINIANI decisio immutari possit fratris dolo malo intercedente, hoc loco exponere longum est. Sufficiat id exposuisse, quod fieri praesumendum est.

Sub fine igitur, ut colligamus, quae hac lege edocemur, omnia, primo loco tertium, quem supra memorauimus casum praecepto L. 41. cit. exhibitum ita possumus amplificare, ut dicamus:

„Frater, si a paterna hereditate abstinuerit, semper adire potest hereditatem pupilli, cui substitutus fuit.“

De ratione uero Falcidiae ineunda facilis obtinet regula:

1^o, Legata primis tabulis scripta adhaerent portioni, a qua scripta sunt, ita ut ab ea praestentur, quisquis ipsam acquisierit, dummodo here-

ditatis nomine hoc factum sit: alias ea interire, planum est.

2°, Legata e secundis tabulis ad irritum recidunt, quotiescunque omnino pupillaris substitutio exstinguitur.

In aliis omnibus casibus eius respectu soluuntur, quod substituto ex paterna hereditate obuenerit, non uero eius ratione, quod potuisset habere, nisi abstinere maluisset. Itaque, si exheredato substitutus successerit, nulla omnino legata ex secundis tabulis praestare necesse habebit, saluo rursus doli mali effectum.

Et has, quae et locorum huc pertinentium interpretatione et ipsa iuris ratione commendantur, regulas neutiquam iis obloqui, quas supra in Falcidiae ratione inducenda adhibendas putauimus, in promptu est.

Restat igitur, ut, siue hunc uel illum casum forte praeteruiderimus, siue negligentius aliquid tractauerimus, ueniam lectores rogemus. Certe pro iis, quae disputata sunt, facile quisquis omnia sibi ad nostram sententiam poterit conformare.

CAPVT QVARTVM.

QVAESTIONES PAVCAE MINVS HVC RESPI-
CIENTES NEQVE TAMEN QVAE SILENTIO
POSSINT PRAETERIRI, TRACTANTVR.

§. 11.

DE STIPVLATIONE „QVANTO AMPLIVS.“

De stipulatione „quanto amplius“ uerba facturus, omnino non totum eius orbem circumscribere in mente habeo, sed ea tantum breuiter attingere placet, quae strictius ad quaestionem nostram, quam summam proposuimus, attingere uideantur.

Haec itaque stipulatio, quando usuuenerit, multis locis docemur, ex quibus exhibemus L. 1. §. 12. ad Leg. Falc.: „Interdum omnimodo necessarium est, solidum solui legatariis, interposita stipulatione: „Quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, reddi.“ Veluti, si quae a pupillo legata sint, non excedant modum legis Falcidiae, uereamur autem, ne impubere eo mortuo alia legata inueniantur,¹¹⁹⁾ quae contributione facta excedant dodrantem. Idem dicitur et si principali testamento

¹¹⁹⁾ Quod, quale sit, ostendunt (XXIX, 3.), L. 81. ad SC. Treb. GAIUS II. 181., §. 3. I. de pup. (XXXVI, 1.) etc. subst. (II, 16.), L. 8. quemadm. test.

quaedam sub conditione legata sunt, quae an debeantur incertum est, et ideo, si heres sine iudice¹²⁰⁾ soluere paratus sit, prospiciet sibi per hanc stipulationem.“¹²¹⁾

Et is quidem casus, si sub conditione quaedam legata fuerint, non est, quem hic pertractemus,¹²²⁾ uerum hinc colligimus, ubicunque tabulae pupillares exstent, necessario cum legatariis¹²³⁾ pupilli, si totum, quod erat relictum accipere uelint, stipulationem esse ineundam,¹²⁴⁾ ut quod amplius acceperint, quam per legem Falcidiam licuerit, legatis scilicet a substituto relictis in contributionem uocatis, reddere possint compelli. Haec autem stipulatio ideo locum habet, quia etsi repeti potest id, quod solutum est, tamen fieri potest, ut non sit soluendo is, cui solutum est, ac per hoc pereat, quod datum est. L. 1. §. 9. si cui plus. Sin uero res, quae legata est, apud legatarium interierit, probandum est, exceptione succurri ei, qui promisit, L. 1. §. 15. ib..

Connexa est cum stipulatione „quanto amplius“ cautio, quae fideiussorum habet praestationem, L. 3. §. 1. ib.. Quae cautio, si interposita non fuerit, etiam post soluta legata conditionem interponendae satisfactionis gratia competere docemur. L. 3. §. 10. ib..

Sed ut redeamus ad duplicia testamenta, si tutores pupilli cautionem exigere obliti sint, (L. 80. pr. sub fine ad leg. Falc.), ii et ipsi pupillo et heredi eius, (L. 84. ad leg. Falc., cf. supra n. 10.), tutelae actione tenebuntur, pupillo, si uiuo eo Falcidia locum habere inceperit (propter legata sub conditione relicta), heredi eius uariis de caussis, praecipue tamen propter legatorum contributionem. L. 1. §. 1. 2. si

¹²⁰⁾ Vel potius arbitro. Cf. L. 1. §. 6. si cui plus (XXXV, 3.), L. 12. ad leg. Falc..

¹²¹⁾ Haec eadem exprimuntur L. 2. C. de usur. et fruct. legat. (VI, 47.), L. 1. pr. si cui plus (XXXV, 3.), L. 31. ad leg. Falc..

¹²²⁾ Tertium casum cf. L. 1. §. 8. si cui plus.

¹²³⁾ Exceptiones hinc factae memorantur L. 3. §. 4. 5. si cui plus.

¹²⁴⁾ Si fideicommissum a legatario relictum sit, quid eueniat cf. L. 1. §. 13., L. 5. si cui plus.

cui plus. His consequenter, si plures fuerint pupillo substituti pro rata iis committetur stipulatio in eam uidelicet partem, quam quisque sibi retinere potuisset, siue ex primis tabulis ea opus fuerit, siue ex secundis. L. 11. §. 6. ad leg. Falc..

Denique ad locum peruenimus, quem multis semper interpretum conatibus uexatum hic afferre malui, quam in interpretatione L. 11. §. 6. ad leg. Falc., quum omnino non eo illum pertinere persuasum habeam, dico L. 1. §. 3. si cui plus:

„Marcellus ait: Qui quadringenta in bonis habebat, imuberem filium heredem instituit eique substituit Titium et Seium. Nihil a pupillo testator legauit, sed a Titio trecenta. Vtrum ducenta inquit praestabuntur an centum quinquaginta, nam trecenta nullo modo eum praestare. Mihi uidetur uerius, non amplius eum parte sua erogare compelli, certe nec minus, secundum quod eueniret, ut non soli committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda sit, sed causa cognita Falcidiam locum habere et legatorum modus facit et aeris alieni onus.“

Sed antequam accuratius hanc legem interpretemur, emendatio perquam necessaria uidetur esse facienda, haec scilicet, ut §. 3. uerbis „sed causa cognita“ finiri, et §. 4. uerbis „Falcidiam locum habere“ induci statuamus, quod quum Basilicorum auctoritate confirmetur,¹²⁵⁾ doctorum

¹²⁵⁾ Ita GOVEANO auctore HVSCHKIUS Vol. VI. p. 417., HERRMANNUS p. 422., VANGEROVIUS A. p. 249. n. 51.. Praecipuum uero praeter sententiae, quae in textu illustrabitur, obscuritatem et perversitatem et falsam, quae proponeretur, opinionem, ad Falcidiam detrahendam causae cognitione opus esse, huius emendationis adminiculum in turbato penitus para-

graphi quartae tenore consitum est, cuius, ut nunc exstat, initium: „Et siquidem evidens aes alienum est,“ quo referatur, non habet, dum tamen dubitari nequit, quin cum uerbis: „Falcidiam locum habere et legatorum modus facit et aeris alieni onus,“ una sententia arctissime cohaereat. Porro uero hac emendatione probata, etiam altera quaedam correctio facienda

uirorum argumentis praeterea stabilitum est.¹²⁶⁾ Et necessaria hac emendatione facta per se concidunt Glossae et posteriorum fere omnium interpretum explicationes, eo praecipue nixae, quod uerbis „Mihi uidetur uerius“ etc. intermediam quandam expresserit sententiam VLPIANVS, qualem scilicet ius XII. tabularum commendet, sed in fine paragraphi ipsum illud, quod L. 11. §. 6. ad Leg. Falc. PAPINIANVS praescripserat, et ipse ratum habuerit, „Falcidiam caussa cognita locum habere“. Verbis autem „Secundum quod eueniret“ alium respicere casum VLPIANVM, quam MARCELLVS exhibuerat, hunc scilicet, si omnes heredes onerati essent et ambigeretur, utrum Falcidia locum haberet, nec ne.

Paullo aliter PFORDTENIVS p. 63. etc., qui uerba „certe nec minus“ ita explicat, ut VLPIANVM non XII. tabulas respexisse, sed duplicem Falcidiae rationem euitare hoc praeepto uoluisse contendat. De qua opinione cf. VANGEROVIVS A. p. 252. n. 56.. Sed mittamus hos interpretationis conatus, quos omnino sanam sententiam non continere persuasum habemus et consideremus HVSCHKII explicationem Vol. VI. p. 418., qui aliter rectum erui posse desperans, antinomiam inter hanc legem et L. 11. §. 6. ad Leg. Falc. statuendam esse proponit. Ita autem locum restituendum esse putauit:

„eueniet, ut non solum¹²⁷⁾ committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda sit, sed caussa cognita.“

uidetur esse, ut scilicet in fine §. 3.:

„sed omnibus heredibus interponenda est, sed caussa cognita“

leuissima mutatione facta legamus:

„sed omnibus heredibus interponenda esset caussa cognita,“

unde duplex, quod offendit, „sed“ euitatur, et prorsus demum ad Basilicorum similitudinem locus redigitur. Quam alteram emendationem ab illustri KELLERO aliquando

mecum communicatam ambabus amplectendam esse putauit.

¹²⁶⁾ In Basilicis haec sunt:

„καὶ συμβαίνει, μὴ μόνῳ αὐτῷ, ἀλλὰ καὶ τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ ἐξ εὐλόγου αἰτίας βεβαιουῦσθαι τὴν ἐπερώτησιν.“

¹²⁷⁾ Hanc lectionem esse in antiquis codicibus GOVEANVS memorat, sed etiam Basilica tuentur uulgatam „μὴ μόνῳ αὐτῷ.“

inter uerba „committatur“ et „interponenda sit,“ non inter uoces „soli“ et „omnibus“ oppositionem inducere uoluisse VLPIANVM contendens. ¹²⁸⁾

Denique igitur hanc fere eruit sententiam: „Si plures sunt substituti, VLPIANVS dicit, nullum eorum ultra id, quod acceperit, legata praestare debere, Falcidiam tamen semel tantum ex iis, quae pater reliquerit, induci, itaque singulos substitutos ex sua portione quartam detrahere non posse. Hinc consequi, ut si stipulatione „quanto amplius“ opus fuerit, non singulis oneratis sed omnibus heredibus ea interponatur, itaque si utrique substituto legata fuerint imposita, quae coniuncta dodrantem hereditatis paternae excedant, ambo suis legatariis coniunctis quartam detrahere, et euenire posse, ut is substitutus, qui suae portiois quartam habuerit, praeterea aliquid accipiat, dum alter cuius portio exhausta fuerit, ne quartam quidem eius retineat.“ ¹²⁹⁾

Me, quominus HVSCHKII opinionem ceterum planam et loci tenori satis accommodatam ratam habere possem, hoc praecipue impediit, quod intelligere nequeo, cur omnino hic

¹²⁸⁾ Perperam VANGEROVIVS p. 257. n. 60. HVSCHKIO obicere uidetur, quod emendatione illa facta notio uerbi „committere“ inferior esse uideatur notioni uerbi „interponere.“ Reuera enim ex tota HVSCHKII interpretatione apparet, hoc loco VLPIANVM interpositionem stipulationis potiore habere debuisse, nam committi stipulationem substitutis, dudum exposuerat.

¹²⁹⁾ Exemplum liceat apponere, quod HVSCHKIUS ipse finxit: Hereditas est DCCC., aes alienum, cuius nondum conditio existit CCCC.. Substitutus Titius debet CC., Gaius CL.. Iam quum Falcidia hereditatis soluto aere alieno sit C.,

legata uero CCCL. excedant dodrantem, sed nihilominus ante conditionem existentem solida debeantur, uterque iam substitutus propter L. iusto plus soluta cautionem potest ex dimidia parte exigere. POTHIERVS XXXV, 2. num. 68. not. m. p. 514. quoad cetera haec eadem ante proposuit, at uero non „eueniet“ legit, sed „euenire“ et VLPIANVM ipsum hoc ratiocinium dixit reieciisse, quasi quod perperam ex falsa propositione consequeretur: et hunc sensum esse uerborum, quae et ipse perperam retinuit: „Falcidiam locum habere“ etc..

locus in Digesta receptus sit, quum tamen VLPIANI, quam HVSCHKIVS inuenisse sibi uidetur sententia¹³⁰⁾ L. 11. §. 6. reprobata sit, et spreta hac opinione necessario et ipsum illud, de quo uerba facere iureconsultum HVSCHKIVS contendit, stipulationis „quanto amplius“ genus obsoleuerit. Cur itaque, ut nihilominus memoraretur, opus fuit? Accedit, quod uel HVSCHKII rationem secuti alium atque MARCELLVM postea casum finxisse VLPIANVM concedere cogimur.

Tertio loco breuiter exhibeamus HERRMANNI p. 420. sententiam, qui satis audacter ita legendum esse proposuit:

„ut ei soli committatur stipulatio, nec omnibus hereditibus interponenda sit, sed caussa cognita“

et uerba „certe nec minus“ ut glossema prorsus damnauit.

Infitiari nequeo, sententiam quandam ita existere, quae num digna sit VLPIANO, auctor eius diiudicet, postquam praecedentes paragraphos considerauerit.

Equidem eam sententiam, quam GOVEANVS ad L. 77. ad Leg. Falc. breuiter innuit, et VANGEROVIUS A. p. 253. amplis argumentis confirmauit, unice sustineri posse existimo,¹³¹⁾ VLPIANVM nimirum eum casum in mente habuisse, si altero substituto dubitante,¹³²⁾ alter adierit, et eius legatarii legata petierint.

¹³⁰⁾ Quam et §. 1. expressam esse putat, negligens quod ibi dixit VLPIANVS „quam his, quae a substituto impuberi relicta sunt,“ unde intelligitur. non de pluribus eum substitutis cogitasse. Cf. Vol. VI. p. 419..

¹³¹⁾ Vel, quod etiam fieri possit, sub conditione substituto ante acceptam bonorum possessionem secundum tabulas.

¹³²⁾ HVSCHKIVS l. c. in interpretatione huius legis frustra se Basilicorum scholia dicit inspexisse, quorum primum se non intelligere affirmat. Et reuera uerba eius,

uti sunt, intelligi nequeunt. Accuratus tamen in hunc locum inquirenti uisum mihi est, ipsum iam Scholiastam hanc, quam nos defensori sumus sententiam implicite proposuisse, quae quum postea non satis perspicua uideretur, praua correctione prorsus locus turbatus est. Legitur enim:

„Εἰ παρ' ἐνός τῶν ὑποκαταστάτων τοῦ ἀνήβου ἄμετρα ληγατεύθῃ, πλείονα ὢν ἔχει οὐκ ἀπαιτεῖται, εἰ μὴ παραπράτῃσει τὸ δ', διὸ τῶ β' ἀμύξιμι ἢ ἐπερώτησις“

Talem enim speciem, qua substitutus ipse cautionem exigat, paragraphi 1. et 2. disquisitione induci, in promptu est, porro nihil in omnibus MARCELLI uerbis ab VLPIANO citatis inueniri apparet, quod refutari possit, quam ultimum illud:

„nam CCC. nullo modo eum praestare,“

nam si quaestioni a MARCELLO propositae, utrum CC. praestanda sint, an CL. respondere uoluisset VLPIANVS, non intelligitur, cur in eo correxerit MARCELLI sententiam, quod ipse ille non negauerat, CCC. praestari non debere. Dicendum fuit:

„Mihi uidetur uerius, non minus eum parte sua praestare, amplius certe non dabit.“

Cf. etiam VANGEROVIVS A. p. 254. n. 58. VLPIANVS igitur MARCELLO obiicit, reuera euenire posse, ut solida Titius legata praestare cogatur, siquidem portio eius tota uideatur esse hereditas, idque fieri, quando Seius cunctetur in ad eunda sua portione. Simul autem, si ita legata Titius soluerit, cautionem exigendam esse a legatariis, ut reddant, quanto plus quam licuerit, acceperint, et stipulationem igitur utriusque heredi substituto esse interponendam, quod Seius, postquam adierit, solida C. repossere possit, Titius quartam suam legatariis erogam. ¹³³⁾

Hanc itaque uiam secuti et satis probabilem sententiam

quae uerba una litterula mutata et plana fiunt et nostrae fauent interpretationi. Corrigendum est enim pro obscuro illo:

„εἰ μὴ παρακρατήσῃ τὸ δ“

ita:

„εἰ μὴ παρακρατήσῃ τὸ β“

hoc sensu: „nisi etiam alterius portionem acquisierit,“ quod quale sit, statim ex iis, quae disputauimus, apparebit.

¹³³⁾ Et certe hic casus perquam est memorabilis et dignus,

quem fusius VLPIANVS tractauerit. Obloqui enim uidetur regulae, quam ab IULIANO exhibitam narrat MARCIANVS L. 32. §. 2. ad Leg. Falc.:

„IULIANVS scribit, si utriusque heredis pars exhausta sit legatis, et alter ex heredibus cautionem praetoriam acceperit a legatariis, non aequaliter, sed pro suo modo legis Falcidiae rationem et actionem ex stipulaturum.“

huic loco inesse, et propter speciem a MARCELLO propositam, male ab omnibus in L. 11. §. 6. ad Leg. Falc. interpretanda eum esse consideratum uidimus. Neque tamen infitior, uel ipsi huic interpretationi subiici quidquam debere, quod in lege nostra disertis uerbis non indicatur. Sed quum ceterae omnes explicationes et ipsae hoc uitio laborent, haec eo praestat, quod prorsus sanam denique sententiam eruit.

§. 12.

SI ARROGATO SVBSTITVTVM FVERIT, QVEMADMODVM
RATIO FALCIDIAE INEATVR.

Si testator arrogato filio pupillariter substituerit, omnia quidem, quae huius ex bonis ad arrogatum filium peruenerint, pro iis, quas hucusque locum habere docuimus, regulis in rationem Falcidiae deducuntur, sed ipsius arrogati bona non eodem modo substitutis deferuntur, immo ad alios arrogati heredes pertinent. Id quod exprimitur L. 10. §. 6. de uulg. et pup., qua simul docemur, quidnam a patre arrogatore ad filium uideatur peruénisse :

„In arrogato quoque impubere dicimus, ad substitutum eius ab arrogatore datum non debere pertinere ea, quae haberet, si arrogatus non esset, sed ea sola, quae ipse ei dedit arrogator, nisi forte distinguimus, ut quartam quidem, quam omnimodo ex rescripto DIVI PII debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, superfluum habeat. SCAEVOLA tamen Lib. X. Quaest. putat, uel hoc arrogatori permittendum, quae sententia habet rationem: ego etiam amplius puto, et si quid beneficio arrogatoris acquisiuit, et haec substitutum posse habere, utputa arrogatoris amicus uel cognatus ei aliquid reliquit.“

Cf. L. 22. §. 1. de adopt. (I. 7.).

„Sed an impuberi arrogator substituere possit, quaeritur. Et puto non admitti substitutionem, nisi forte ad quartam solam, ¹³⁴⁾ quam ex bonis eius consequitur.“

De sententia utriusque loci non est, quod addamus, nisi quod statuendum est, ea, quae beneficio arrogatoris acquisita esse uideantur, arbitrio esse definienda.

Itaque nulla est difficultas, praeterquam quod haec legum decisio regulae generali „neminem pro parte testatum pro parte intestatum decedere“ obloqui uideatur.

Sed dudum a CVIACIO, Papin. p. 771. obseruatum est, bona arrogati non tam iure hereditario quam aeris alieni instar utilibus actionibus ab iis exposci, qui ad hereditatem eius non facta arrogatione peruenerint, itaque non hereditatis petitione sed ex stipulatione aut uere facta aut subintellecta agi, ¹³⁵⁾ quem ipsum ad finem cautio illa a patre arrogatore heredibus filii de hereditate reddi solita exigebatur L. 40. de uulg. et pup.. ¹³⁵⁾

Arctissime huic quaestioni ea est connexa, utrum, qui a patre arrogati naturali pupillariter huic substituti erant, bona arrogati illa exposcere possint, an pupillaris substitutio arrogatione extinguatur. Et uerius est, de iure extinguere. L. 17. §. 1. de adopt. (I, 7.):

„Eorum dumtaxat pupillorum arrogatio permittenda est his, qui uel naturali cognatione uel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere.“

De facto tamen ita substitutum bona patris arrogati naturalis accepisse putandum est, ut mortuo et patre arrogatore et pupillo arrogato, non eius ab intestato heredes in princi-

¹³⁴⁾ Quod VLPIANVS L. 10. §. 6. uerba addit: „Ego etiam amplius,“ quae non sunt L. 22. §. 1. eo nititur, quod illic ex professo quaestionem sollerter tractat, hic capita attigisse satis habet.

¹³⁵⁾ Non multum reuera differt

a CVIACII sententia MVEHLENBRUCHII ratio, licet ipse aliter se statuere credat. Cf. Vol. XL. p. 411..

¹³⁶⁾ De hac cautione cf. §. 3. I. de adopt. (I, 11.), L. 18—20. de adopt. (I, 7.).

palia arrogati bona admitterentur, sed substituto illi utiles actiones ad id, in quod substitutus erat, expetendum concederentur, quemadmodum ipsa illa patris arrogatoris cautio, personae publicae propter incertitudinem heredis dari solita, ¹³⁷⁾ uerba continebat: „ad quos ea res pertinet.“
L. 19. pr. de adopt. ¹³⁸⁾

Restat quaestio, quemadmodum hic substitutus Falcidiae inducat rationem. Dicitur enim potest, quum non tam ex substitutione, quam utilibus ille actionibus haec bona acquisierit, legata ab illo relicta extincta posse uideri. Sed ipsa illa cautio saepius memorata etiam hac parte libertatibus et legatariis prospicit, (cf L. 19. pr. de adopt.) ¹³⁹⁾, et quemadmodum utilibus actionibus ipse substitutus hereditatem patris arrogati naturalis assequatur, ita etiam prioribus eius legatariis non tam legati nomine, sed quasi ex stipulatione teneri eum in tantum scilicet, quantum salua quarta praestare iis coactus esset, si ipse uere ut substitutus hereditatem accepisset, putandum est. Ceterum quaecunque supra exposuimus eodem modo euentura esse arbitror, contributionem praesertim legatorum et stipulationem „quanto amplius.“

§. 13.

QVID OBSERVANDVM SIT, SI VTRISQVE TABVLIS EADEM RES LEGATA FVERIT.

Legata primis tabulis relicta secundis tacite repetita uideri ANTONINI et SEVERI rescripto confirmatum erat. L. 74. de legg. I.:

¹³⁷⁾ Cf. §. 3. I. de adopt., L. 18. pr. de adopt., ubi serui publici uel liberti publici hunc in usum proponuntur. L. 3. C. de tabulariis et scribis (X, 69.) liberae perso-

nae in horum locum successerunt.

¹³⁸⁾ Cf. SINTENISIUS p. 446. n. 7..

¹³⁹⁾ Cf. MUEHLENBROUCHIUS p. 415., qui controuersas de hac lege sententias expendit.

„Licet Imperator noster cum patre rescripserit, uideri uoluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta“ etc..

Itaque, si quis eadem legata rursus a substituto reliquerit, dicendum erit, bis legata deberi? Minime! Ita enim antiqui haec diiudicauerunt, ut si quis nominatim uel generaliter legata secundis tabulis repetiisset, hoc non duplicandorum eorum gratia, sed propter nimiam quandam praecautiōem fecisse testatorem arbitrarentur.

Repetitio igitur eorundem legatorum secundis tabulis facta non ualet, sed tacita illa, de qua diximus, sufficere uidetur. L. 113. §. 3. de legg. I.:

„Sed si pater impuberi filio substituerit et a substituto legata repetierit, si pupillus heres exstiterit et intra pubertatem decesserit, repetitio non ualet, quia uoluntas defuncti haec est, ut semel debeantur.“

Adde L. 81. §. 7. med. eod.:

„Hoc enim, quod rursus a substituto legatur, perinde habendum est, ac si repetita legata essent.“

Eadem autem legata a substituto ita possunt repeti, ut uel conditio iis adiiciatur uel conditio primis tabulis addita remittatur. Qua in re facili utendum est regula „melio rem caussam spectari in soluendis legatis,“ itaque conditio secundis tabulis adiecta non ualet, sub conditione autem primis tabulis relicta, pure repetita, pure debentur. Huc facit L. 81. §. 7. fin. eod.:

„Quare et si pure a filio, sub conditione a substituto legatum fuerit, perinde omnia seruabuntur, ac si tantum a filio legatum fuisset, contra autem, si a filio sub conditione, a substituto pure legatum fuerit, et pupillus pendente conditione decesserit, ex substitutione sola legatum ualebit.“

Cf. L. 52. §. 1. ib..

Quae cur ita habeantur, caussa facillime perspicitur. Secundis enim tabulis, si conditio adiecta fuerit, pure legata debentur, quia propter tacitam, quae subintelligitur repetitionem, minus commoda repetitio non ualere putatur, si primis, — secundis aliquid praeterea legatum esse uidetur.

Sin uero a pupillo sub conditione ita legatum fuerit, ut mortuo eo intra pubertatem conditio deficiat, uelut „si ad pubertatem peruenerit,“ et a substituto legata fuerint repetita, distinguendum est, quemadmodum facta sit repetitio. Nam si dictum sit:

„Quae a filio meo legauit, quaeque eum dare iussi, si mihi heres esset, ea heres meus iisdem diebus dato“ uel simile aliquid, non debet legatum illud substitutus. Quodsi pure facta sit repetitio:

„Quae a filio meo legauit, heres meus dato,“ legata debet substitutus omnia, nam inter ea, quae a filio legata sunt, uel ea habentur, quae postquam in suam uenisset tutelam, debuisset, et hoc casu eorum conditio remissa esse uidetur. L. 32. de legg. I. Et eodem modo intelligenda est L. 113. §. 4. de legg. I.:

„Si ab impubere legatum fuerit sub conditione, si ad pubertatem peruenerit, et a substituto repetitum fuerit legatum, debetur et a substituto: nec uidetur repetita conditio, quae inutile legatum facit,“ quo loco de priori ista repetitionis formula non cogitasse MARCIANVM, apertum est.

Similiter, si aliquid plus legatum sit a substituto, quam inutiliter a pupillo legatum fuerat, legatum ualebit. L. 19. §. 1. eod.:

„Idem (PAPINIANVS) eodem loco et in substituto impuberis scripsit, ut si fuerit ab impubere inutiliter legatum, substitutus hoc debeat, si hoc amplius legatum ab eo sit relictum aliquid, nec ille patri heres exstiterit et decesserit.“

Cuius rei ratio similiter rursus inde cognoscitur, quod eum, qui plus relinquit a substituto non id solum quod plus inutili priori legato datum fuerit, ualere uoluisse praesumi debeat, sed potius plus legando et confirmasse uideatur prius legatum et adauxisse, dum mera repetitione nihil egisset, et omnia ita permansissent, uelut primis tabulis constituta fuerant. Neque hoc contradicit L. 53. pr. eod., quae statim infra exhibebitur, quum, si utile fuerit prius le-

gatum, et secundis deinde tabulis incrementum ceperit, recte dici possit, quod excedat, hoc esse quod a substituto relictum est, si uero inutiliter primis tabulis legatum fuerit, non item dici possit, eo, quod intercedat inter summam numerorum primis tabulis inutiliter legatorum, et summam secundis tabulis datorum effici id, quod plus legatum sit. Sed quum legatum inutile, quantumcunque sit, pro nihilo tamen haberi debeat, etiam tota illa summa secundis tabulis legata excedere uidebitur modum inutilis illius legati et iccirco debebitur.

Sed opus est, ut uideamus, quidnam omnino statuerint antiqui, si plus minusue legatum fuerit secundis tabulis, quam e primis debebatur. Hoc enim casu facile quis dicat, nouum uideri legatum relictum esse, et utrumque substitutum debere. Sed aliud uoluerunt antiqui, quum primo casu id tantum amplius praestandum esse dixerint, quod modum legati primis tabulis relictis excederet, L. 53. pr. eod.:

„Quid ergo, si maiorem quantitatem a substituto reliquit? Quod excedit, hoc erit, quod a substituto relictum est, quod uero concurrit cum summa superioribus tabulis inscripta, inde debebitur.“

His igitur consequenter quispiam dixerit, si minus reliquerit testator tabulis secundis, tanto minus deberi, quanto minus relictum sit. Sed haec non recte est argumentatio, ac potius ita ratiocinandum uidetur: „Id quod plus debetur a pupillo, nominatim a substituto non est repetitum, neque tamen minus debetur propter tacitam repetitionem: itaque regula illa supra proposita „legata sequi causam meliorem“ etiam hoc casu semper adhiberi recte potest.“ Iam uero L. 53. pr. cit. occurrere uidetur L. 113. §. 2. eod.:

„Si quis a primo herede centum legauerit alicui et eidem a secundo ducenta posteaque generaliter repetierit legata, trecenta uidetur repetisse.“

Sed diuersitas est inter utrumque casum. Testator enim, si aliter legatum non repetierit, quam nouum legatum a secundo herede relinquendo, non eandem habuisse uidetur uoluntatem ac si ita legauerit:

„Titio CC. lego, praeterea, quae a filio legauī, heres meus dato.“¹⁴⁰)

Hoc enim casu praesumendum est, bene sciuisse testatorem, se legata primis tabulis relicta repetentem etiam C. Titio dari iubere.

Quod uero diximus, si minus legatum fuerit tabulis secundis, nihilo secius deberi, quod primis datum erat, ita intelligendum est, si utiliter primis legatum fuerit. Nam si inutiliter, ex iis, quae supra ad L. 53. pr. de legg. I. disputauimus, non plus dicemus deberi, quam quod scriptum est, reliquum enim licet tacite repetitum sit, inutiliter tamen repetitum est, quia nullo modo conditionem eius mutatam esse euinci potest.

Itaque uoluntatem testatoris, qualis praesumi possit, uel maxime in hac iuris parte considerandam esse uidemus.

Porro attingenda est quaestio, quae iam supra est adumbrata, quid fiat, si eadem res utrisque tabulis pluribus fuerit relicta. In quo recurrendum est ad Sabinianorum illud „unum esse testamentum:“ perinde enim rem se habere dicemus, ac si eodem testamento diuersis personis eadem res legata fuerit, itaque non ii, quibus primis tabulis legatum est, rem habebunt, reliqui aestimationem uel uice uersa, sed inuicem omnes erunt collegatarii. Cf. L. 41. §. 6. de uulg. et pup., L. 53. §. 1. de legg. I., L. 34. §. 10. ib., nisi quod e primis tabulis prius actio datur, L. 34. §. 10. de legg. I.¹⁴¹)

Verbum addamus de praelegatis pupillo forsitan a patre relictis. Quaestio fit, utrum quasi aduenticia pupilli bona habeat ea substitutus, an in rationem Falcidiae conicere debeat. Et uerius uidetur, prius illud locum habere, quod colligere possumus ex L. 32. de legg. III., unde apparet, legata illa in patris hereditate non haberi.

¹⁴⁰) Non idem erit, si scriptum sit:

„Quae a filio legauī, heres meus dato, Titio CC. dato.“

Nam hoc casu Titius habebit CC..

¹⁴¹) Huc etiam respicere uidetur

L. 29. si quis om. causs. (XXVIII, 4.).

Denique maximi est momenti, ut sciamus, utrum dies legatorum a substituto datorum a morte cedat testatoris an pupilli, et inde, quod pater de suo legat, recte coniiceremus, a morte patris cedere, itaque uitam pupilli nihil esse nisi in adeunda hereditate cunctationem quandam — pupilli enim mors conditio habetur, quae tacite inest, L. 7. §. 5. quando dies legat. (XXXVI, 2.) — sed certissimis quoque legum argumentis haec sententia comprobatur. L. 1. quando dies:

Mortuo patre, licet uiuo pupillo dies legatorum a substituto datorum cedit.“

Cf. L. 7. §. 3. 4. 5. eod.:

„Inde dicimus: Et si a substituto legatum sit relictum, quamdiu institutus deliberat, defuncto legatario non nocet, sed postea heres institutus repudiauit, nam ad heredem suum transtulerit petitionem. Tantumdem et si ab impuberis substituto legetur, nam ad heredem suum legatum transfert. Tractari tamen potest, si impuberi substitutus damnatus sit, si intra pubertatem filius decesserit, Seio centum dare, an uiuo pupillo defunctus Seius transferat, quasi ea conditio sit expressa, quae inerat? Et magis est, ad heredem legatarii transire.“

De tota hac quaestione conferatur HVSCHKIUS Vol. VII. p. 54. seqq..

COMMENTATIO ALTERA.

ONVS PROBANDI CIVINAM IN ACTIONIBVS TAM
CONFESSORIA QVAM NEGATORIA INCVMBAT HABITA
RATIONE FORMVLARVM IN ANTIQVO IVDICIORVM
ORDINE VSTATARVM EXPONITVR.

IGNOSCAS CANDIDE LECTOR,
SI SPE SVNT, VT SVNT, INFERIORA TVA.
OVIDIVS.

PRAEFATIO.

Cuinam in actionibus tam confessoria quam negatoria incumbat onus probandi, iam glossatorum aetate quaesitum fuisse uideri, deinde autem a uiris doctis quam maxime in dubium esse uocatum, nemo non uidebit, quicumque ad hanc iuris Romani partem semel animum aduerterit. Qua in re quum omnia undequaque satis et perpensata sint et illustrata, antiquas opiniones ratiocinationesque noua commentatione resuscitare, operae pretium esse non uideatur, nisi et minus adhuc considerata quaedam afferri possint, unde lux accedat quaestioni propositae.

Nos itaque, quum hunc libello nostro titulum praefixerimus, ut formularum in antiquo iudiciorum ordine usitatarum ratione habita summam quaestionem nostram disquirere conaremur, facile apparebit, quidnam imprimis tractandum nobis putauerimus. Tota enim haec disputatio duas in partes ita distribuenda esse uisa est, ut primum quidem, quatenus erui posse credibile sit ex formularum antiquitus editarum tenore, quam possemus accuratissime expendere, deinde uero omnem hanc controuersiam, qualis hodierno etiam die exstat, breui conspectu perlustrare, in capitibus argumentorum utrinque prolatorum attingendis paullisper uersati.

At uero quum diligentius in formulas inquireremus, fieri non potuit, quin alii strictim quaestioni de ipsis actionis confessoriae atque negatoriae nominibus operam daremus, unde per se eo deducebamur, ut opinionem uulgatae contrariam comprobaremus. Deinde autem tertiam quoque formulam

prohibitoriam dico, iuxta eas, de quibus ex proposito agendum fuit, breuiter considerandam esse putauimus, quum utramque cognitionem haud minimum ad rem conferre persuasum haberemus: itaque ut ueniam rogemus hoc loco, necesse est, ne quis succenseat, quod latius interdum digressi esse uideamur.

Omnia uero ista ne inuita prorsus exegisse arguamur Minerua, optare magis quam sperare possumus.

Ceterum liceat animaduertere, etiam in hac scriptione accuratam nos librorum, quibus usi sumus, enumerationem proprio indice addere maluisse, quam singulis semel nominatis quaerendi eos molestiam afferre lectoribus.

PARS PRIMA.

IN VSVM QVAESTIONIS PROPOSITAE QUID STATVI
POSSE VIDEATVR EX FORMVLIS IN ANTIQVO
IUDICIORVM ORDINE VSITATIS.

CAPVT PRIMVM.

QVAESTIONES PRAEPARATORIAE.

§. 1.

I. ANTE LEGEM AEBVTIAM QVEMADMODVM DE SERUITVTI-
BVS CERTATVM SIT.

L. 5. §. 1. si usfr. pet. (VII, 6.) haec leguntur:

„Vtrum autem aduersus dominum dumtaxat in rem
actio usufructuario competat, an etiam aduersus quemuis
possessorem, quaeritur.“

Conferatur L. 6. §. 3. si seru. (VIII, 5.):

„Haec autem actio in rem magis est, quam in personam
et non alii competit, quam domino aedium et
aduersus dominum, sicuti ceterarum seruitutum in-
tentio.“¹⁾

¹⁾ Agit nimirum haec lex de L. 2. §. 1. si seru. WESTPHALIVS
seruitute oneris ferendi. Cf. L. 1. §. 977..

His itaque locis perspectis quaestio oritur, qui factum esse uideatur, ut primo in fragmento uestigia contrariae cuiusdam sententiae inueniamus, ex qua aduersus dominum solum confessoria competat, altero uero edoceamur, in quibusdam seruitutibus actionem domino tantum aduersus dominum concedi.

Quam dubitationem eo rectissime tolli opinor, quod quum Romae legis actiones florebant, actiones illae, quas nominibus postea confessoriae et negatoriae insignitas inuenimus, nonnisi species uindicationis et contrauindicationis fuerunt, itaque quasi ipsa rei uindictio inter duo tantum dominos usuueniebant.

Et negatoriam quidem actionem contrauindicationis esse speciem, iam superiore saeculo uisum est quibusdam, licet argumenta aliunde illi petierint, ac nobis in sequentibus placebit.

Primus autem, ni fallor, pluribus hanc coniecturam commendauit MICHAELIS HEBERVS,²⁾ prouocans ad L. 8. pr. si seru.:

„Et hic quoque, sicut in ceteris seruitutibus actio contraria dabitur, hoc est, ius Tibi non esse me cogere,“ et ad §. 2. I. de act. (III, 6.):

„Contra quoque de usufructu et de seruitutibus praediorum rusticorum item praediorum urbanorum inuicem [quoque] proditae sunt actiones.“³⁾

Eo enim, quod „contraria“ dicatur actio negatoria et identidem uerba „contra“ et „inuicem“ adhibita sint, perspici putauit, contrauindicantis hanc actionem fuisse: et ipsam hanc rationem sequitur REINHARDTVS.⁴⁾

²⁾ Non me praeterit, quod iam HOTOMANNVS ad §. 2. I. cit. p. 475. similem quandam sententiam protulerit, cui ex parte assentitur BACHOVIVS ad h. l. p. 929., sed HEBERVS eorum nullo respectu habito primus accuratius rem exposuit.

³⁾ Cf. etiam L. 8. §. 5. si seru., L. 15. de O. N. N. (XXXVIII, 1.), GAIVS III. §. 3..

⁴⁾ VELTHEMIVS §. 4. pr. num ad uindicationem et contrauindicationem respiciat, non satis est lucidum.

Nec uero magni facio utriusque legis auctoritatem, primum, quod omnino notio illa actionis reciprocae non inest in uocibus adhibitis „contra“ et „in uicem“, ⁵⁾ deinde, quod ipsa actio confessoria eodem modo contraria dicitur L. 8. §. 5. si seru., L. 15. de O. N. N., denique, quod praesumi potest, nec VLPIANVM nec TRIBONIANVM de antiquis istis cogitasse legis actionibus, quarum iam dudum formae obsoletae erant et repositae. ⁶⁾

Neque tamen, quod fontium certis egere uideamur praeceptis, ab opinione laudata discedendum est. Quum enim negari non possit, seruitutes certe praediales ab antiquissimo tempore in usu fuisse — nam nullo modo nec in aruis colendis nec in aedificiis exstruendis carere iis potuerunt — quumque simul controuersias de iuribus istis nunquam non exstitisse concedendum sit, sponte quaeritur, quoniam modo Romani antiquissima aetate uel dominium suum ex parte uiolatum uel ius in re tuiti fuerint.

Porro, si seruitutum naturam accuratius paulisper inspexerimus, statim uidebimus, non omni tempore tam excultam et perpolitam de iis doctrinam fuisse, qualem hodie admiramur. Immo primitus utique praeualuisse dicemus eam definitionem, quae passim exstat: L. 5. §. 9. de O. N. N. (XXXVIII, 1.):

„Imposititiam, quum quis posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, postquam seruitutem aedibus suis imposuit, contra seruitutem fecit,“

⁵⁾ Nec magis recte hinc conicitur, actionem negatoriam nomen habuisse „contrariae.“ Sed aut negatoria aut negativa appellabatur L. 5. pr. si usfr. pet., §. 2. I. de act. „Contrariae“ nomen non est, quem dicunt terminus technicus, sed tum demum potest usuuenire, si opponatur confessoriae. Perperam itaque statuerunt BRISSONIVS in Lex. ad uocem „negatorius“ et AL-

BERTVS §. 170. n. 1.. Rectum tuetur SELLIVS p. 388..

⁶⁾ Omnino autem, quum fieri possit, quod infra uidebimus, ut de seruitute negatorie agatur, male illi egerunt, etiam uindictionis locum obtinere posse actionem negatoriam praeteruidentes. Et hoc iam antea propemodum perspexit SCHROEDERVS §. 4., §. 9. i. f., qui tamen et ipse ad rectam sententiam non peruenit.

L. 86. de V. S.:

„Quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia?“¹⁾

Hinc colligi potest, quum dominium ius plenum sit et exclusiuum in re aliqua,²⁾ si seruitus imponeretur, antiquos alterius dominio detrahi aliquid, alterius addi sibi finxisse, unde apparet, seruitutes olim non quasi iura propria et per se constantia habitas fuisse, sed earum notionem semper cum extensi circumscriptiue dominii notione concidisse. Quod si concedimus, sponte consequitur, et confessoriam et negatoriam actionem nihil quondam fuisse, nisi de dominio actiones, exemplo ipsius rei uindicationis.

Simul apparet, quum necessario legis actioni sacramento submitti debuerint tales controuersiae, quia scilicet de dominio fuerunt natae, eandem in iis usuuenisse agendi formam, quam in rei uindicatione obtinuisse GAIUS docet III, §. 16., itaque similiter uindicationem contrauindicatione elisam, et eo denique, quod Praetor uindicias diceret, actoris reique partes constitutas, hoc est, alterum ad sui iuris probationem adstrictum esse, ambiguum esse nequit. In tali autem legis actionis sacramento specie et confessoriae, quae postea dicebatur, et negatoriae simul semper quasi uindicationi et contrauindicationi locum fuisse, uerisimillimum est, ita, ut utracunque adhiberetur, altera contrauindicandi caussa et ipsa deberet in medium proferri, id quod indicare uidentur ipsae formulae postea usitatae:

SI . PARET . IVS . ESSE . et

SI . PARET . IVS . NON . ESSE.

Vnde in legis actione ita se rem habuisse, facile est coniciendum:

Vindicatio: AIO . MIHI . IVS . ESSE.

Contrauindicatio: NEGO . TIBI . IVS . ESSE.

¹⁾ Cf. L. 12. quemadm. seru. liceat. Necessè enim erit, ut ad probandam eam recurramus. Cf. (VIII, 6.), IANVS A COSTA p. 517..

²⁾ Hanc definitionem certam et indubitatam proponere, paullisper infra §. 27..

uel ita :

Vindicatio: NEGŌ . TIBI . IVS . ESSE.

Contrauindicatio: AIO . MIHI . IVS . ESSE.

Ipsi enim rei uindicationi similis si fingamus hoc iudicium, falsa inde resultabunt. Nam si hanc fuisse uindicationem proponas :

AIO . MIHI . IVS . ESSE.

et contrauindicationem eandem, uelut in rei uindicatione :

AIO . MIHI . IVS . ESSE.

et dominus et qui seruitutem uindicabat, recte hoc dicere potuit: nam in seruitutibus praediorum, de quibus iam solis loquimur, alterum ius altero non excluditur. Similiter res se habet in negatoria.

Nam et si quis uindicauerit:

NEGŌ . TIBI . IVS . ESSE.

et aduersarius iisdem uerbis contrauindicauerit, nihil agitur.⁹⁾ Prout uindicatae datae fuerint, iudicium deinde confessorium uel negatorium euasisse quum uel is, qui uindicando aut contrauindicando negauerat aliquid, uel is, qui confessus erat de iure suo, hoc est, qui ius sese habere contenderat, probare deberet, in promptu est, et haec quidem accuratius tractare superuacaneum uidetur, quum prouocare liceat ad disquisitiones KELLERI Pr.C. §. 15.. Cf. infra §. 15..

⁹⁾ Quod non satis enucleauit controuersiis nequaquam suffecisse, RAUSCHENPLATVS §. 2.. Ipsam non est quod pluribus exponatur.

§. 2.

II. QVVM PER FORMVLAS AGERETVR, CVINAM GENERALITER
COMPETIERIT ACTIO CONFESSORIA, CVINAM NEGATORIA.

1. VVLGATA OPINIO.

Quum per formulas apud Romanos agi coeptum esset, et actio confessoria atque negatoria non iam duplex semper iudicium efficerent, sed simpliciter intenderetur, ius esse uel non esse, quaeri potuit, quisnam huius illiusue actionis intendendae facultatem haberet, et hanc quaestionem plerique omnes ita diiudicauerunt, ut L. 2. pr. si seru. quasi normam antiquitus praefinitam in medium proponerent:

„De seruitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria quam negatoria: confessoria ei, qui seruitutem sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.“

Hinc sole clarius dicunt effici, confessorie eum tantum agere posse, qui seruitutem aliquam sibi competere contendat, negatoriam domino proditam esse, qui rem suam ab aliorum turbationibus uelit tueri. Praeterea prouocant ad THEOPHILVM ad §. 2. I. de act., ubi haec sunt:

„Ὡστε οὖν ἐπὶ τῶν ἀσωμάτων οὐχ ὁ αὐτὸς κινεῖ καὶ κομφεσσορίως καὶ νεγαιορίως, ἀλλὰ κομφεσσορίως μὲν ὁ λέγων, προσεῖναι αὐτῷ τὸ ἀσωματόν οἷον τὸν usumfructum ἢ τὴν δουλείαν κατὰ τῆς ἄλλου δεσποτείας, νεγατορίως δὲ τὴν in rem κινεῖ ὁ δεσπότης τοῦ ἀγροῦ ἢ τῆς οἰκίας, ἀναβεβαιούμενος, τὸν ἀντίδικον μὴ ἔχειν τὸ uti frui, ἢ τὸ δίκαιον τῆς δουλείας κατὰ τῆς αὐτοῦ οἰκίας ἢ κατὰ τοῦ αὐτοῦ ἀγροῦ.¹⁰⁾

¹⁰⁾ Cf. notulae ad h.l. t. et u. in gae Comitibus 1751.
editione THEOPHILI Reitziana, Ha-

At posterior hic locus non generalem quandam regulam exhibere, sed obiter tantum in actionis confessoriae et negatoriae usu exemplis illustrando uersari et quae de usufructu tamquam certa et explorata poterant proponi, ad reliquas strictim seruitutes redhibere uidetur. Itaque omnis uis remanet in L. 2. cit., unde tota illa fluxit doctrina, qua eum, qui seruitutem uindictet, confessorie, dominum contra eum, qui seruitutem sibi arroget, negatorie semper agere statutum est, nullo omnino discrimine interposito, utrum uerbis affirmatiuis concepta sit talis confessoriae negatoriaeue intentio, an negatiuis circumuestita et uice uersa. Quae breuius monuisse hoc loco sufficiat. Statim enim in §. 4. ad haec praecepta recurremus, eorumque praecipuos auctores nominabimus.

§. 3.

2. VELTHEMII SENTENTIA.

VELTHEMIVS in dissertatione de actione confessoria et negatoria ingeniose multa disputauit de utriusque actionis natura atque usu, eamque denique sententiam excussit, quam VANGEROVIUS, Vol. I. §. 353. n. 1. prorsus respuendam esse perperam censuit. Licet enim nimia quadam audacia VELTHEMIVS saeuierit, infitiam tamen non possumus, haud raro eum uel proxime uideri a ueritate abesse. Itaque operae pretium duxi, sententiam uiri illius, utpote qui primus¹⁾ argumentis contrariam a uulgata opinionem defendere conatus

11) Hanc sententiam, quam suam tantum auctoritate VELTHEMIVS falcit, e conceptione scilicet formulae nomen ortum esse utriusque actionis, inueni apud HEBERVUM §. 1., qui ipse ad PLACENTIVUM et

CISNERVM prouocat: nec aliter iudicasse uidetur REINHARDTVS §. 4. i. f. et GLVECKIVS Vol. X. p. 250.. Cf. etiam HOTOMANNVS ad §. 2. I. de act. p. 474. med.. VELTHEMIVM sequitur WEHING-INGENHEMIVS §. 151.,

sit, breuiter exponere, quum praesertim a plerisque recentioribus non satis diligenter soleat examinari.

VELTHEMIVS igitur haec assecutus est: Confessoriam atque negatoriam non a re atque sententia,¹²⁾ sed a uerbis ipsis intentionis esse denominatas, ideoque confessoriam esse, ubi quis agat „esse ius,“ negatoriam, ubi „non esse ius.“

Hinc consequi, ut et dominus agere possit utraque actione et is, cui seruitus debeat, ita quidem, ut si seruitus consistat in patiendo, ius nobis in alieno competere e seruitute contendamus, sin uero seruitus in non faciendo consistat, ius non esse in suo hoc inuitis nobis facere seu ita factum habere agamus, quoniam seruitutem nobis debeat: priori itaque casu locum esse confessoriae, posteriori negatoriae. Hinc tandem eo peruenit, ut discrimine inter negatiuas, quae dicuntur, et affirmatiuas seruitutes anxie seruato, confessorie agi statuerit propter competentem seruitutem affirmatiuam et propter libertatem a negatiua, negatorie uice uersa et propter competentem seruitutem negatiuam et propter libertatem a seruitute affirmatiua. Itaque utramque actionem et domino competere et ei, qui seruitutem habeat. Prouocat VELTHEMIVS ad L. 4. §. 7., L. 8. §. 5. si seru., L. 15. de O. N. N., quas leges adminicula suppeditare nulla arbitramur. Quum uero acerrime uideatur repugnare L. 2. pr. si seru. duplici modo eam studet explicare.

Aut enim TRIBONIANI incuriae cuidam censet adscribendum esse, quod de usufructu solo ab VLPIANO dictum ad omnes peraeque seruitutes redhibuerit, qua in re haud indigno nititur argumento, quod Lib. XVII. ad Edictum et de usufructu et de seruitutibus realibus locutus sit VLPIANVS, itaque facile fieri potuerit, ut quod de usufructu dixerit, TRIBO-

FRITZIUS Vol. I. p. 363.. Nouissime etiam ZIELONACKIUS p. 219.. Optime contra enixus est SELLIVS p. 368. n. ***

12) Ita enim exprimi solet sententia §. 2. exhibita auctore THEO. PHILO ad §. 2. I. cit.. Cf. VINNIUS p. 370. et infra §. 4..

NIANVS, (uel potius is, cui titulus ille erat redigendus,) uocem „seruitutes“ substituendo generalem in regulam mutauerit, idque inde colligi contendit, quod uerba parenthesi inclusa ad usumfructum luculenter respiciant.

Aut ita ratiocinandum proponit: VLPIANVS directo duas in rem actiones de seruitutibus competere, perhibet et recte quidem. In rem enim actiones siue uindicationes eas tantum nominare possumus, quas contra possessorem dirigimus. Confessoria igitur seruitutem nobis interceptam, negatoria libertatem a dominio sublatam uindicamus. Quum uero ius nobis in nostro competere asserimus, quod nullam seruitutem debemus, uel ius in suo non competere contendimus, in possessione quodammodo iuris esse uidemur. Atque ea, quae possidentur, uindicare uelle, seu actione in rem persequi, de uindicatione doctrinae contrarium est. Sed quum possessio iurium sit uacillans, nec facile quis possideat, quis non, diiudicari possit, actio confessoria et negatoria etiam iis prodita est, qui in possessione iuris esse uidentur, quo expeditius difficillimae de iure controuersiae expeditantur.

Quod ratiocinium artificiosius esse, quam probabilius in promptu est, neque ipsum VELTHEMIVM magni fecisse has nugas persuadere mihi possum. Nos quemadmodum rectius sit explicanda lex illa, statim uidebimus, quemadmodum uero tota VELTHEMII opinio ceterum ingeniosa sit emendanda §. 5. disquiremus.

§. 4.

3. AVCTORIS SENTENTIA.

Ex iis, quae supra §. 1. disputata sunt, seruitutes ex antiquissima opinione non propria quaedam iura continere, sed in dominio uel adaucto uel deminuto consistere probatum esse, apparuit. Quae quum ita essent, utramque actionem aequae ac rei uindicationem ex dominio natam esse licuit contendere. Porro uero, quum nomen utriusque, quod re-

otissime VELTHEMIVS perspexit, ex antiquissimis legis actionis sacramento uerbis sollemnibus depromptum esse, plus quam uerisimile sit, neque uero dici posse uideatur, ei aliquando, qui ita uindicaret „nego Tibi ius esse“ confessoriam, ei qui „ago ius esse“, negatoriam assertionem adscriptam fuisse: neque etiam posteriore tempore prorsus immutatas esse actionum notiones, probabile sit — quaeritur, an melior quaedam ratio possit in medium proferri. Et talem quidem rationem ex iis, quae supra uidimus, egregie statui posse, persuasum habemus. Quum enim ex Romanorum saltem doctrina (quod infra demonstrabitur §. 27.) dominium ius plenum sit et exclusiuum in re aliqua itaque duplex eius integra sit auctoritas, non dubito, quin ad hanc diuisionem ita referri debeant actiones illae, ut confessoria sit ea, cuius ui ac potestate dominus ius faciendi aliquid sibi competere contendit uel in suo uel in alieno, propter ipsum suum dominium eiusue extensionem in iis, quae domino propter plenum ius suum facere licet, negatoria contra, qua negat dominus aliquid in suo fieri debere uel in alieno, pari modo propter ipsum suum dominium (cf. infra §. 11. et §. 33.) eiusue extensionem in ea qualitate, qua alios ab usu rei suae excludere potest¹³⁻¹⁵). Et huc procul dubio respicit §. 2. I. de act., quem locum saepissime uersatum, nunc paullo accuratius inspiciamus.

13) Confessoriam actionem ex dominio natam proposuit etiam GESTERDINGIVS p. 13.. Rationem in textu descriptam primus proposuit KELLERVS in lineamentis Institutionum §. 88..

14) DE REX p. 298. actionem negatoriam omnino negat esse ex dominio proditam, nihilque aliud esse contendit, nisi instar actionis de libertate personali (uindicationis in libertatem) propter

rerum libertatem expressum, pro-uocans ad THEOPHILVM ad §. 2. I. de act. ubi legitur:

EI . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΕΛΕΥΘΕΡΟΝ . ΕΙΝΑΙ .

(scilicet agrum), quae uerba externa specie deceptus sine ulla ratione confundit cum eiusdem THEOPHILI ad §. 13. ib. effato:

EΙ . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΕΛΕΥΘΕΡΟΝ . ΕΙΝΑΙ .

(sc. hominem). Certe uero longe

„Aequè si agat quis, ius sibi esse, fundo forte uel aedibus utendi fruendi, uel per fundum uicini eundi, agendi, uel ex fundo uicini aquam ducendi: in rem actio est. Eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum, uelut, si quis agat, ius sibi esse altius aedes suas

praestantior haec ratio est eorum commentis, qui ex dominio quidem proditam dicunt negatiam, sed nihilominus falsa ei fundamenta substruunt. Cf. infra §. 19. seqq..

15) Strictiorem quandam nimè haud pauci tribuerunt actioni negatoriae, propter eas tantum dominii turbationes competere eam docentes, quae seruitutum imaginem praeferrunt. At uero ubique eam moueri posse, ubi quis dominum ullo modo, sine seruitute arrogata siue aliter turbet uel turbauerit, testes sunt et leges haud paucae uelut L. 8. §. 4. 5., L. 11., L. 13. si seru., L. 6. §. 2. arb. furt. caes. (XXXXVII, 7.), L. 2. de arb. caed. (XXXIII, 27.) etc. et praecipui hac de re scriptores uelut THOMASIVS §. VIII., REINHARDTVS §. 9., WESTPHALIVS §. 983., GLVECKIVS p. 242., PUCHTA M. R. p. 166., FRANCKIVS p. 32., HOFFMANNVS p. 223., VANGEROVIVS §. 353. n. 1., praecipue ZIELONACKIVS p. 224., SELLIVS p. 390. n. ***, ZIMMERMANNVS p. 311., et qui auctor est inter recentiores huius sententiae HEISIVS Lib. II. c. 2. n. 14.. Contra post HEBERVIVM §. 19., FRITZIVM p. 366. etc. praecipua cum arte disputauit SCHMIDTIVS p. 169.. Niti potuerunt de-

fensores huius opinionis etiam argumento quodam adhuc praeteriisso. Legitur enim in Epanagoges (ed. ZACHARIAS Lips. 1852.) Lib. XXXVIII. fr. 27. (Dig. lib. VIII, 5. l. 8. §. 7.):

„Τοῦ μὴ ἐξεῖναι τινη καπνὸν ἀπὸ ποδοφίου ἢ καπνοδοῦχον βαλανείου ἐπιπέμπειν τῷ γείτονι, ἢ κόπρον ἢ ὕδωρ ῥίπτειν, εἶδος δουλείας ἐστίν,“

unde conici possit, eas tantum dominii turbationes, quae seruitutem spirent, negatoria esse depellendas: sed hoc eatenus tantum uerum est, quod certe plerique loci ab aduersariis adducti turbationes exhibent, quae seruitutum loco iure fieri possint. At uero Romani in seruitutibus admittendis multo erant magis anxii, quam nos: itaque, quae nos facile uelut seruitutes constitueremus, ea a Romanis non eodem loco habita, et iccirco etiam turbationes passim memoratas seruitutum imagines ductas non utique fuisse putandum est. Accedit, quod VLPIANVS L. 5. §. 7. si usfr. pet. (VII, 6.) generaliter finem esse dicit negatoriae „ne proprietatis dominus inquietetur.“

tollendi prospiciendive uel proiiciendi aliquid, uel immit-
tendi tignum in uicini aedes. Contra quoque de usu-
fructu et de seruitutibus praediorum rusticorum inuicem
[quoque]¹⁶⁾ proditae sunt actiones, ut si quis intendat,
ius non esse aduersario utendi fruendi, eundi agendi,
aquamue ducendi, item altius tollendi prospiciendive,
uel proiiciendi immittendive. Istae quoque actiones in
rem sunt, sed negatiuae. Quod genus actionis in con-
trouersiis rerum corporalium proditum non est, nam in
his agit, qui non possidet, ei uero qui possidet, non est
actio prodita, per quam neget, rem alterius¹⁷⁾ esse.
Sane uno¹⁸⁾ casu, qui possidet, nihilominus is actoris

16) Vocem „quoque“ non sol-
licitauerunt adhuc interpretes, ne-
que tamen ferendam puto hanc
iterationem: „Contra quoque“ —
„inuicem quoque.“

17) Pro „alterius“ mss. ha-
bent: „actoris,“ quod uerbum
non uidetur genuinum, nam nec
notio iniecta „acturi“ sufficit.
„Auctoris“ exemplo CICERONIS
pro Caecina 19. et VALERII PRORI
24. (editionis Ernestianae II. in
Meermannii Thesaurō I, 109., qui
tamen locus non est in nouissima
MOMMSENII editione suspectaeque
igitur uidetur esse auctoritatis) haud
pauci. Melior uidetur lectio in
textum recepta „alterius,“ quam
ex uno codice antiquissimo CHA-
RONDAS eruit, nec pauci postea
tuiti sunt. Cf. SCHRADERVS in edit.
Inst. ad h. l.

18) Quisnam sit unus ille casus,
multum quaesitum est a uiris do-
ctis, quorum opera non unus de-
nique, sed haud pauci casus inuenti

sunt, ad quos haec uerba possint
quadrare. Nos nihil attinet, singu-
las eorum opiniones repetere, quas
recitauerunt GOTHOFREDVS ad h. l.,
DOVIATIVS §. 8., SCHRADERVS ad
h. l. Multi deinde uaria coniec-
tando „illo uno casu,“ „hoc
uno casu,“ „in eo casu“ etc.,
nescio quo iure ad THEOPHILVM,
qui uertit „ἐνὶ δὲ μόνῳ θέ-
ματι“ et deterioris notae mss.
pronocantes, effecerunt, ut ad
ipsam actionem negatoriam haec
uerba respicerent, uel etiam nihil
mutando ipsum hoc in loco inesse
posse clamitauerunt uelut A COSTA
ad h. l., NIEVELTVS p. 40., KIN-
DVS p. 201., SCHRADERVS ad h. l.
Quod posterius nisi barbaramente
proprus dictionis usum inuerteris, fieri
nequit. Verba enim „sane“ et
„nihilominus“ euidenter probant,
de ipsa rei uindicatione agi.
Itaque aut recurrendum est ad an-
tiquam DONELLI coniecturam „non
uno casu,“ quam amplectitur

partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.“

IVSTINIANVS hoc loco, postquam §. 1. de ipsa rei uindicatione locutus est, etiam alias esse in rem actiones continuat, earumque exhibitis exemplis, quemadmodum inter se differant uindictio et actiones §. 2. descriptae exponit. Quod ultimum ut prius dispiciamus, uindictionem in rebus corporalibus, negatoriam et confessoriam in incorporalibus usuuenire docet, deinde in uindictionibus eum tantum agere posse, qui non possideat, breuiter indicat et uerbis quidem ita conceptis, ut facili intelligamus negotio, oppositionem non eam esse, ut negatorie et confessorie semper is agat, qui possideat, quod male statuit HOTOMANNVS ad h. l., sed uterque potius, et qui possideat et qui non possideat.¹⁹⁾ Cur autem in uindictione is tantum agere possit, qui possideat, saepenumero rectis uirorum doctorum argumentis est stabilitum: Videas hac de re THEOPHILVM ad h. l., DOVIATVM §. 4. 5., VINNIVM ad h. l.. Nimis uero multum inde collegit MERENDA Lib. X. p. 13., qui uel onus probandi in negatoria semper incumbere reo his uerbis exprimi statuit.

Itaque ad priorem §. 2. partem redeamus, qua inter exempla seruitutum, de quibus confessorie agatur, est ius altius tollendi, inter ea iura, de quibus negatorie experiamur ius altius non tollendi. Hoc loco TRIBO-

VINNIVS p. 874., aut quod etiam uerisimilius est, TRIBONIANVM haec scribentem unum tantum ex pluribus istis, qui enumerantur, casibus in mente habuisse putandum est. Non enim uideo, cur leuissimum hunc errorem admittere potuisset uirum iuris peritissimum tanta cum pertinacitate infitiamur, si locum fere desperatum mitius iudicando aptissime possimus sanare: nihil enim est, quod fingit sibi SCHRAEDERS, IVSTINIANVM aenigma pro-

posuisse iis, qui Institutiones tractarent, quum, si uere unus tantum talis casus exstitisset, facillime etiam potuisset reperiri.

¹⁹⁾ Quomodo BACHOVIVS ad h. l. et postea THOMASIVS §§. 13. — 18. nec non LVDENIVS p. 245. contra clarissima loci huius uerba, etiam has actiones contra possessorem tantum intendi, statuere potuerint, uix intelligitur. Cf. hac de re infra §. 29..

NIANVM per incuriam quodammodo aut uerborum tenore deceptum ius altius tollendi confessoria uindicandum esse, docuisse et uice uersa propter ius altius non tollendi negatoriam competere statuisse, ueteres iureconsulti consentiebant, et quum THEOPHILVS ad h. l. expresse dicat:

„εἰ καὶ τοῖς ῥήμασι νεγατορίας κινουμένῃ τῇ in rem
ἀλλ' οὖν τῷ ἀποτελέσματι κομψεσσορία ἐστίν,“

quasi certum proponebant, quod et nunc a plerisque receptum est, omnino a uerborum tenore in utraque actione discedendum esse et id solum respici debere, quatenam res petita et quisnam sit effectus actionis. Itaque quisquis intendat, seruitutem sibi competere, confessoria uti, et affirmatiuam haberi eius intentionem, etsi uerbis sit negatiua, et uice uersa, qui ui actionis neget, rem suam seruire, negatorie agere, etsi oratio sit affirmatiua. 20) Cf. supra §. 2..

Alii, ut exempla negatoriae exhiberent, compilatores ea, quae GAIVS III. §. 3. in usum confessoriae protulit, simpliciter in contrarium mutasse, opinati sunt: itaque factum esse, ut ius altius non tollendi inter ea receptum sit exempla, in quibus negatoria usuuenit. Cf. VANGEROVIUS §. 342. n. 3. 4.. Hinc tamen loco Institutionum lux non accedit, et omnino ineptum est, iureconsultos illos, quibus Pandectarum compilatio curae erat, quasi scribas habere: id quod iam IOHANNES FABER notauit ad §. 2. I. de act. p. 119. num. 8..

Denique fuerunt, qui transponenda uerba suaserint, ita ut ius altius tollendi negatoriae adscribatur et uice uersa, uelut BACHOVIUS p. 931..

20) Ita iam Glossa ad h. l. VINIVS p. 870., BACHOVIUS p. 931.. Cf. KNORRIVS P. I. c. 1. §. 1., NIEVELTVS p. 40., GEISLERVS §. 6.. Ex posterioribus pauci disertis uerbis ipsam hanc sententiam proponunt, sed plerique quasi indubitatum intuentur neque operae ducunt pretium, de hac re fusius dicere. Lu-

culenter tamen rursus expressa est opinio illa apud VANGEROVIUM §. 353. n. 1., SCHMIDTIVM p. 160. et imprimis apud SELLIVM p. 390. n*. Si quis uero conspectum prauarum, quae aliquando defensae sunt, opinionum cupiat perlustrare, eum delegamus ad NIEVELTVM cap. III. et ESTOREM §. 23..

Nobis, ut rectius haec omnia possimus diiudicare, primo loco quaerendum est, quum notio iuris altius non tollendi plana sit, quid tandem de iure altius tollendi recte statuendum esse uideatur.

Et hodie quidem opinio est perquam uulgata, in seruitutibus praediorum urbanorum libertatem a seruitute rursus seruitutem haberi. Cf. LOEHRIVS p. 126., p. 506., VANGEROVIVS §. 342. n. 3.. Contra hanc sententiam a CVIACIO Vol. III. p. 1048. primum prolatam acerrime pugnat BACHOVIVS p. 320., qui rectissime perspexit, quod postea uariis sub formis semper tamen rursus praeteruisum est, ius altius tollendi nullo modo pro deletione uel coarctatione iuris altius non tollendi habendum esse, sed si quid in hac re uel pacto uel alio modo constituatur, semper non seruitutem nasci, sed antiquam libertatem redimi, quae sententia expressa est L. 4. §. 29. de usuc. (XXXX, 3.):

„non etiam eam, quae libertatem praestat sublata seruitute.“ Cf. VELTHEMIVS p. 15. i. f..

Ad quod malum auertendum non proficiunt VANGEROVII l. c. n. 3. 1. argutiae, qui seruitute praediorum urbanorum constituta, non ut in praediis rusticis et seruitutibus personalibus ius tantum aliquod in re aliena acquiri, sed reuera uicino partem dominii sui prorsus subtrahi uicinoque addi contendit: qua dominii parte, quae iam cum alterius dominio prorsus coaluerit, recuperata facile dici posse, non esse solutam antiquam seruitutem, sed nouam in alterius dominio constitutam. Ad quam rationem firmandam VANGEROVIVS pro-uocat ad L. 5. §. 9. de O. N. N., sed iam supra §. 1. dispeximus, legis illius uerba generaliter ad seruitutes reales redhibenda esse, non propriam seruitutum praediorum urbanorum naturam describere.

Quum uero haec ipsa opinio luculenter exprimi dicatur a THEOPHILO ad §. 1. I. de seru., eius uerba paullisper lubet inspicere:

„ἢ ὄσπε μοι ἐξαῖναι τοὺς σταλαγμοὺς ἤτοι τοὺς κρουνοὺς τοὺς ἀπὸ τῶν ἐμῶν κεράμων ἐκπέμπειν κατὰ τῶν σῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τοῦ σοῦ μεσαύλου ἢ σὸ εἶχεσ τοιοῦτον δίκαιον κατὰ τῶν ἐμῶν οἰκημάτων

καὶ ἤτησά σε, ὥστε μὴ ἐκπέμπειν σε
κατὰ τῶν ἐμῶν δωμάτων ἢ κατὰ τῶν ἐμῶν
μεσούλων τοῦς σταλαγμοῦς“ etc.

THEOPHILVS de seruitute stillicidii immittendi locutus, seruitutem stillicidii auertendi in eo docet consistere, si quis rogauerit uicinum ius stillicidii habentem, ne stillicidia uelit immittere. Hinc facilem fieri coniecturam, si quis habeat ius, ne altius tollat uicinus, et rogauerit hic, ne amplius hoc ius habeat, seruitutem nasci altius tollendi, proposuerunt. At uero me iudice seruitus stillicidii non immittendi et altius tollendi nullo modo possunt comparari. Si quis Romae aedificabat, ita ut toti suae superficiei uellet superstruere, necesse habebat, ut si area uicini iuxta esset, ius stillicidii sibi acquireret, id quod apud nos propter ius particulare in his rebus intercedens plerumque aliter se habet. Item si iuxta aedificium uicini aedificaret neque legitimum seruaretur spatium, quod saepissime factum esse, facile est probatu, seruitute ista opus erat. Rebus autem ita sese habentibus fieri potuit, ut uicino aliqua de caussa incommoda fieret seruitus illa pridem imposita, cui si subtrahere uellet aream suam uel aedificium, uicinum, ne stillicidium pergeret immittere, rogare debebat. (Haec fere uerba sunt THEOPHILI cit.) Et in hoc subsistit VANGEROVIVS, dum ita est pergendum: Quum uero liberum non sit uicino, cui seruitus debetur, sua uoluntate uel pacto simpliciter constituto stillicidium auertere, quod cadit in uicinas aedes uel aream, quia fons et origo stillicidii coeli sunt motus, sequitur, ut fieri aliquid debeat, unde impedimentum obiciatur stillicidio. Itaque ex mea sententia, si dominus aedificii antea seruientis ius acquirat, canales uerbi gratia uel tegulas colliciares in tecto uicini antea dominantis, affigendi easque reficiendi uel inuito uicino, seruitutem stillicidii auertendi uidetur sibi comparasse.

Et haec quidem prorsus conueniunt cum THEOPHILI dictis, simul autem intelligimus, perperam illud THEOPHILI effatum ad seruitutem altius tollendi redhiberi. ²¹⁾

²¹⁾ Pari modo seruitutes non constituantur, ubi seruitutem protegendi uel non proiciendi non tegendi uel proiciendi quis exer-

Quaeritur itaque, quidnam rectius de hoc iure statui posse uideatur. Qua in re, quum latus coniectandi campus pateat, ueteribus recentioribusque conatibus nostram quantulumcunque addere liceat opinionem.

Videtur autem, quod in fontibus nostris occurrit ius altius tollendi duplicem habere significationem: aut enim ipsum est ius altius tollendi in dominio consitum, quo casu multum distat a seruitute, quod infra accuratius uidebimus §. 11. et §. 33., aut uere seruitutum analogiae subest: ac tum quidem certa et constante notione caret uariisque ex causis nomen accepit.

Primum enim hoc concedi potest VANGEROVIO:

Seruitutes, quum indiuiduae essent, fieri debebat, ut uel totae manerent, uel totae tollerentur, si quid noui de iis inter uicinos conueniret. Iam finge, aliquem seruitutem habere, ne luminibus suis officiat. Qui, quum lumine tantum exiguo opus haberet, ius uicino uoluit concedere, ut X. pedes altius tollere posset. Hoc ita fieri potuit, ut seruitutem remitteret, sed pacto conuento postquam X. pedes altius esset sublatus, denuo sibi constituendam curaret, uel ita, ut non remissa seruitute ius aliud quoddam iuxta eam existere pateretur, quo non quidem tolleretur sed coërceretur seruitus sua, ueluti seruitus, ne luminibus officiat, iure X. pedes altius tollendi. Et tale ius aduersario concessum licet effectu nihil aliud esset, nisi seruitutis cuiusdam prioris circumscriptio, improprie tamen et ipsum inter seruitutes potuit enumerari, quo nescio an multum contulerit, quod ex nostra saltem doctrina de iure tali confessorie agebatur. Quum uero actio confessoria, quod infra uidebimus, κατ' ἐξοχήν sit actio de seruitutibus prodita, facillime fieri potuit, ut uice uersa, quod per confessoriam uindicaretur, seruitus improprie appellaretur.

Neque tamen putauerim, seruitutem altius tollendi semper hinc lucem accipere: quaeritur itaque, num credendum sit iis, qui cum praeceptis iuris publici certam aedibus alti-

cuerat, sed de his ex analogia seruitutis altius non tollendi iudican- dum uidetur esse.

itudinem praefinitibus conferendam hanc seruitutem censuerint.

Qua in re primo loco respondendum est ad VANGEROVII l. c. n. 3. 4. a. obiectionem quandam, qui probari debere ait, ubique apud Romanos, non tantum Romae Byzantiue talia fuisse statuta. Sed, quum leges in Pandectas receptas non in eos tantum casus, qui essent, sed etiam qui esse possent, regulas exhibere fatendum sit, quid mirum, id quod Romae certe Byzantiue obtinuit, alias certe obtinere potuit, iis esse praecisum? Accedit, quod probatio ista a VANGEROVIO exacta ne tanta quidem difficultate laborat. Traiani enim de altitudine aedium praescripta non ad urbem tantum spectasse, uerisimillimum est ex uerbis AVRELIJ VICTORIS c. 13. epit. i. f., et ZENONIS constitutionem L. 12. C. de aed. priu. (VIII, 10.) expresse IVSTINIANVS ad prouincias extendit L. 13. eod..

Quoad autem alteram quaestionem, num tales leges²²⁾ priuatorum dispositionibus irritae fieri potuerint, ita uidetur

22) SVETONIUS in Octauio c. 89. testis est, Rutilium (P. Rutilium Rufum med. saec. VII.?) librum exhibuisse „de modo aedificiorum,“ qui ab Augusto in Senatu pariter atque orationes Q. Metelli (Q. Caecili Metelli Macedonici A. 623. habitae) recitatus sit:

„quo magis persuaderet, utramque rem non a se primo animaduersam, sed antiquis iam tunc curae fuisse.“

Quo loco luculenter significatur, de modo aedificiorum iam ante Augustum certum aliquid ualuisse, quod num legumlatione, an consuetudine tantum sancitum fuerit, non liquet. Ut ut uero temporibus illis res sese habuerit, et ab Augusto et postea saepius certas in hac re regulas

proditas fuisse, constat. De Augusto cf. STRABO V. 3, 7., de Nerone TACITVS Ann. XV. 43., de Traiano AVRELIJ VICTOR epit. 13., de Septimio Seuero L. 1. C. de aed. priu. (VIII, 10.). Neque his obstant, quae legimus L. 14., L. 24. de S. P. V. (VIII, 2.) et L. 8. C. de seru. (III, 34.): nam ipsum ius naturale ibi laudatum iure ciuili erat circumscriptum. Delegebis, quas memorauimus, imperatorum cf. imprimis GOTHOFREDVS ad L. 1. C. de aed. priu., NIEVELTVS c. 1. §. 4. seqq., ESTOR §. 11., (qui non in his tantum, sed etiam alias haud pauca mutatus esse uidetur a NIEVELTO, quem tamen non nominauit), DIRKSENIUS p. 417., SCHRAEDERS ad h. l.

statuendum esse: Titius, Sempronius, Gaius uicini sunt. Sempronius in medio ultra LXX. pedes uult aedificare, licet hic modus statutus sit. Quaeritur, cuiusnam praecipue intersit, ne id fiat. Ac procul dubio respondendum est, interesse uicinatorum, (cf. HORATIUS Epp. I. 18. 84.), uelut procul dubio praecipue uicinis consulendum erat hoc modo post incendium Neronianum. Cum his itaque stipulatur, ²³⁾ ut altius aedificari patiantur: itaque, quum operis noui nuntiatio a uicinis non fiat (L. 1. §. 17. de O. N. N.), nec ciuili actione ab iis impediatur, nihil superest, nisi ut iuri publico fiat obnoxius. Ab hac autem parte nihil impediendi obici soluisse, uel eo apparet, quod saepius leges illae sunt iteratae, et continua scriptorum de altitudine aedificiorum exstant documenta ²⁴⁾, praeterquam quod si

²³⁾ Huc facit L. 11. §. 1. de S. P. V.:

„Si inter Te et uicinum Tuum non conuenit, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris“

Cf. initium huius paragraphi, Nov. 63., L. 12. §. 1. C. de aed. priu. (VIII, 10.), quem tamen locum aliter interpretatus est DEUTSCHLAENDERVS §. 3.. A nobis stat NIEVELTUS p. 36. et BAVERVS §. 5.. Cf. FABER p. 119. num. 8..

²⁴⁾ Ex his scriptorum effatis, quae sunt sexcenta dignissima quaedam afferro:

IVVENALIS Sat. XIII. 86.:

„Aedificator erat Cetrionius . . .
 alta parabat
 Culmina uillarum

 Vt spado uincebat Capitolia nostra
 Posidés.“

CLAUDIANVS de cons. Stilichonis III. 131. de Roma:

„Qua nihil in terris complectitur
 altius aether,

 quae luce metalli
 Aemula uicinis fastigia conserit
 astris.“

PETRONIVS Sat. c. 120. 27.:

„Aedificant auro sedesque ad sidera mittunt.“

SENECA controu. II. 9.:

„Aedes ipsae, quas in tantum extruxerunt, ut domus ad usum et munimentum paratae sint nunc periculo, non praesidio: tanta altitudo aedificiorum est tantaeque uiarum angustiae“ etc..

SENECA consol. ad Helu. c. 9.:

„Quo altius turres sustulerint, — quo maiori mole fastigia coenationum subuexerint.

publice in aedificantes esset animaduersum, procul dubio interdictum uel actio quaedam popularis de his rebus fuisset prodita, cuius nullibi uestigia exstant. Neque uero mirandum est, haec ita euenisse, quum multa conferrent, ne modus iste praefinitus seruaretur, adeo seruari posset²⁵). Itaque quam maxime uires capit coniectura, ipsas illas leges publicas in commodum magis priuatorum, quam ciuitatis fuisse editas, quae coniectura eo potissimum firmatur, quod quemadmodum iam supra monuimus, exemplum legimus nullum, unde, qui altius aedes extruxerit, ut rursus deponeret, publice coactum uel poena affectum esse, probari possit²⁶). Sed uerum esse uideatur, quod affert VANGEROVIVS, funditus non differre,

SALVIANVS adu. auarit. I. 4.:

„Supra humanos uisus elata
culmina — inserta nubibus
aërio habitatore fastigia.“

Adde PLINIVM N. H. III. 4., SAL-
LVSTIVM B. C. c. 12., IUVENALEM VI,
31., VITRUVIVM II. 8. (in edit.
Bipont. Plerique citant c. 9.).

25) Huc facit VITRUVIVS II.
8.:

„Ergo, quum recipere non pos-
set area plana tantam multitu-
dinem ad habitandum in urbe,
ad auxilium altitudinis aedifi-
ciorum res ipsa coegit deuenire.“

Cf. etiam TACITVS Ann. XV. 43.
i. f. Optime uero hanc ipsam in
rem inquisiuit SELCHOVIVS §§. 24—
29..

26) Immo unus exstare uidetur
locus talis apud VALERIVM MAXI-
MVM VIII. 1. 7. (damnatorum):

„M. Aem. Porcinam (cons. A.
617.) a L. Cassio (cens. A. 629.)
accusatum crimine nimis subli-
me exstructae uillae in Alsiensi
agro graui mulcta affectit.“

Quem locum perperam a plerisque
inter eos uideo enumeratum, quos
n. 21. protuli. At uero praeteruiden-
dum non est, quod L. Cassius
(Longinus Rauilla) censor erat, de-
inde, quod non tam propter altitu-
dinem uillae, quam propter caus-
sam eius, luxum dico, hanc poenam
esse inflictam putandum est. Cuius
rei testis est VELLEIVS PATERCVLVS
II. 10., apud quem legimus, da-
mnatum esse Aemilium:

„quod sex millibus HS. aedem
conduxisset,“

ex qua utriusque loci discrepantia
facile quis argumenta depromat, cur
omnino non magni faciendam esse
existimet narratiunculam istam.

Porro uero re ita explicata non
officere uidebimus L. 45. §. 1. de
R. I., quam in commodum suum
aduersarii possent adducere. Eli-
ditur enim fragmenti huius auctori-
tas L. 29. C. de pact. (II, 3.).
Multa in hac re perperam disputa-
uit NIEVELTVS p. 35..

utrum seruitus publica an priuata tollatur seruitute contraria: nam et hoc modo antiquam redimi libertatem. Sed interesse aliquid, nemo non uidet: et reuera huc pertinent, quae VANGEROVIVM de seruitutibus urbanis non recte disputauisse, supra statuimus. Legibus enim publicis si quid de aedificiorum altitudine statueretur, omnino hoc ita intelligendum est, ut dominium in urbanis praediis hanc statim definitionem recipiat: „ius plenum et exclusiuum in superficie sua usque ad LXX. pedes.“ Quod si rectum ducimus, procul dubio hac lege remissa dominio aliquid accedet, et seruitutis notio qualem supra paragrafo 1. exhibuimus, locum habebit.

Attamen fateor, neque hanc seruitutis altius tollendi speciem prorsus uideri satisfacere. Circumspiciendum itaque, num quid praeterea possit constitui. Legimus autem L. 11. pr. de S. P. V.:

„Qui luminibus uiciorum officere, aliudue quid facere contra commodum eorum uellet, sciet, se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.“

Quid igitur, si contrario huius praescripti seruitutem altius tollendi effici opinemur, ut scilicet is ius altius tollendi habeat, cui aedificanti permissum sit, antiquam aedificii formam non seruare et uicini domum aliquo modo, sed eo non stricte definito, si opus fuerit, in utilitatem suam adhibere, uelut tigni immittendi uel oneris ferendi etc. gratia, quorum quid euenturum sit, non ab initio statim liquidum est,²⁷⁾ unde efficia-

²⁷⁾ Ne confundatur, quaeso, haec ratio cum PAGENSTECHERI p. 70.: „si scilicet uicinus concedere debeat alteri, ut ille suis impensis contignationem imponat eius aedibus,“ cui sententiae accedit argumentis additis DEVTSCHLAENDERVS §§. 5. 6.. Propius ad nostram sententiam ex parte certe accedunt citati apud STRAUSSIVM §. 15. et SCHILTERVS, de quo cf. R. C. SENKENBERGIUS medit. 1. §. 8.. Omnino

tamen contra sententiam eorum monendum est, quod, si recta esset, seruitutem hanc in omnibus ubique aedibus, non uicinis tantum habere possemus. Est enim seruitus talis magis in usum domini, quam praedii dominantis acquisita: neque hoc multum potest referre, utrum per portam uel adeo porticum (cf. SENKENBERGIUS §. 12.) aditus sit ad contignationem, nec ne.

tur, ut si quis seruitutem altius non tollendi adquisierit, is utique possit, quominus altius tollat, impedire uicinum, is uero, a quo quis ius altius tollendi sibi adquisierit, ne tum quidem uicinum possit prohibere, si suum ipsius aedificium tactum fuerit.

Et hanc coniecturam, qua seruitutis naturam atque indolem procul dubio accipit ius altius tollendi, si probauerimus, simul intelligemus, quemadmodum seruitus altius non tollendi exclusiuam adaugeat uim dominii, ita ius altius tollendi affirmatiuae incrementum afferre: quo facto eo adducimur, ut eorum reiectis opinionibus, qui effectum actionis considerato ius altius non tollendi confessorie peti existiment, ius autem altius tollendi negatorie, prorsus sana docuisse arbitremur *IUSTINIANVM* §. 2. I. de act: quin immo exemplis ibi allatis et confessoriae et negatoriae eum, quem dedimus, locum uere adscribendum esse, apparet²⁸).

Postquam uero iure elegantius exculto non etiam dominii adaucti imminutiue notio praeualuit, sed proprium ius seruitutum construi coeptum est, per se euenit, ut seruitutibus in genera deductis, fere omnes in dominii partis

28) Locum inspicere liceat, qui ultimam, quam proposuimus seruitutis altius tollendi speciem impugnat, dum maxime laudatur ab iis, qui *PAGENSTECHE*RI sententiae subscripserunt, L. 1. de S. P. V.:

„Si intercedat solum publicum uel uia publica, neque itineris actusue neque altius tollendi seruitutes impedit.“

(In *Basilicis* uerbotenus fere eadem leguntur.)

Mihi iam antequam in seruitutem altius tollendi accuratius inquirerem, mirum uidebatur, quod seruitute altius non tollendi neglecta, quam egregie huc pertinere, in

promptu est, seruitus altius tollendi nominata sit. Locum, quemadmodum legitur, si sanum habemus, et *VANGEROWII* §. 342. 3. 1. commenta concidunt, et ultimae nostrae rationi uehementer officitur, ita ut sola eorum sententia uel huius legis respectu habito rata possit haberi, qui ad leges publicas seruitutem illam retulerint. At me iudice „non“ illud, quod facillime potuit uel excidere, uel propter praecedens „neque“ ab imperitiis deleri, restituendum est, ut de seruitute altius non tollendi uerba fiant.

affirmatiuae incremento quodam consistere animaduverteretur, quibus, quum inseriret actio confessoria, facili negotio hoc titulo ea insigniebatur, ut κατ' ἐξοχήν de seruitutibus actio uideretur esse: negatoria uero, quum plerumque nouae isti confessoriae opposita esset, ei generaliter tribueretur, qui ius aliquod in suo exerceri pati nolebat, dominum dico. Et huc trahenda est famosa illa L. 2. pr. si seru:

„De seruitutibus competunt nobis in rem actiones tam confessoria quam negatoria (ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent), confessoria ei, qui seruitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.“

Non huc facit, quam citant L. 4. §. 7. eod. et ex parte tantum rubricae titulorum D. VII, 6. et VIII, 5..

Qua in lege interpretanda ingentes VELTHEMI conatus supra perspeximus: nobis nihil aliud ea uidetur esse expressum, nisi generalis de actionibus nostris regula, quam capitibus tantum rerum attactis rectam esse, non est infitiandum. Cf. FRITZIVS p. 360. med.. Sed plus etiam concedamus aduersariis nostris, sustineri posse, quod indicat THEOPHILVS, posteriore tempore uim et effectum actionum imprimis esse consideratum: hinc enim nullo modo sequitur, actionem de iure altius non tollendi confessoriam a quoquam esse nominatam, at recte dici potuit, effectum esse confessoriam, quia scilicet seruitutem ea petimus et de seruitutibus nobis debitis κατ' ἐξοχήν usuuenit actio confessoria: sed ex illo THEOPHILI effato aliud quidquam eruere nisi θέμα θεωρητικόν, iniquum est.

§. 5.

4. DIFFERENTIA INTER AVCTORIS VELTHEMIQVE SENTENTIAM.

Supra, quum nouam VELTHEMII de actione confessoria et negatoria rationem pluribus exposuerim, quem primum multis et ueterum et recentiorum commentis obuium isse concessi, restat, ut quam tandem in re ab eo discedendum esse putauerim, et cur propriam de utriusque actionis usu disquisitionem instituerim, quum promptae iam et perfectae liceret subscribere, breuiter exponam.

Verum enimvero VELTHEMIVS intentionis conceptione definiri, quanam actio confessoria sit, quanam negatoria, rectissime statuit: sed in eo uituperandus est, quod hoc formulae exteriori intuitu nimis contentus, altiora eius fundamenta repetere neglexit. Quod si fecisset, praeterire non potuisset uirum sagacem, perperam denique uel ex seruitute, non de seruitute tantum negatoriam actionem institui posse, ipsum se proposuisse, quum, p. 18. hanc formulam ratam habuerit:

NON . ESSE . EI . IUS . COMPASCENDI . INVITO . ME.

id quod non primum contendisse VELTHEMIVM liceat animaduertere: ignorasse enim uidetur, iam ZACHARIAM Q. XIV. prorsus idem statuisse. At uero formula ista, licet suo modo cum refragantibus legum dictis eam conciliare studuerit VELTHEMIVS, teneri neuiquam potest. Haec enim ipsa est confessoriae actionis indoles atque natura, quod de seruitute nobis debita, siue omnino nobis non concedatur, siue turbermur in tranquillo eius usu, hac actione experiamur. Itaque si dominus praedii seruiantis praeter seruitutem compascatur, eo nos turbasse uidetur in seruitute exercenda, quo facto licet, ius nostrum confessorie persequi. Vbi autem probauerimus, tam latum nobis in fundo uicini ius esse, ut uel ipsum dominum possimus remouere, sponte sequetur, ut prohibeatur ille, quominus compascatur. Sed omnino hanc seruitutis speciem qua dominus ab usu rei suae excluderetur, non ma-

gis admissam esse censuerim, ac si quis impedire uoluerit dominum, quominus ipse eat agat in fundo suo, itaque non domino quasi relinqui ius compascendi dicemus, sed rectius ipsum hoc ius sibi acquirere putabimus aduersarium a domino.

In hoc itaque recte egerunt, quos reprehendit VELTHEMIVS l. c.: nobis autem talis error subuenire non potuit, quia negatoriam ex dominio tantum eiusue extensione in parte exclusiua, non uero ex ui exclusiua incrementi cuiusuis dominii competere statuimus.

Similiter in eo discedimus a VELTHEMIO, quod distinctionem istam, quam semper de seruitutibus, quae in non faciendo et quae in patiando consistunt, exhibuit, negligendam censuimus, quia ex nostra de confessoria et negatoria doctrina omnis ista differentia sine ulla difficultate singulis se propositis accommodat.

Denique, quod infra uidebimus, plane VELTHEMII rationem spernemus, in requirendis illis, quae ad fundamenta formularum fulcienda pertinent: et in omnibus omnino de onere probandi praeceptis enucleandis.

Itaque praecipuas uiri illius laudes in eo ponendas esse arbitramur, non quod exarata undique, et quae statim recta se comprobent, ipse de actione confessoria et negatoria praecepta exhibuit, sed quod facem praetulit posterioribus, primus ad ipsum formularum tenorem respiciens et odiosum illud, negatoriam uerbis quidem, sed re et effectu confessoriam impugnare, haud mediocribus nixus argumentis inchoauit.

§. 6.

III. DE IPSIS FORMVLIS IN ACTIONE CONFESSORIA ET
NEGATORIA VSITATIS.

Legis actionum tempore ita inter uicinos duo eosque praediorum uicinorum dominos actum fuisse, ut alter uindicaret:

AIO . MIHI . IVS . ESSE .

alter contrauindicaret:

NEGO . TIBI . IVS , ESSE .

uel uice uersa, paragrapho huius commentationis prima perspeximus.

Legis actione sacramento in desuetudinem abeunte, et negatorie et confessorie per sponsonem actum esse, uerisimillimum est, (cf. KELLERVS p. 116.), neque porro dubitari poterit, quin in his praecipue actionibus animaduersa fuerint uitia illa sponsonum, quae KELLERVS enumerat p. 111. Quum itaque arbitrium desideraretur in formulas harum actionum immittendum, (CUIACIVS Vol. III. P. I. p. 482., RAUSCHENPLATIVS n. 39., SELLIVS p. 328.) propriae et peculiariae formulae, quibus arbitrium inerat, introducebantur, exemplo formulae petitoriae in rei uindicatione, et Praetor quidem in Edicto primo loco proposuisse uidetur formulam de usufructu, tamquam iure in re aliena ceteris longe perfectiore²⁹⁾. Cf. L. 2. pr. cit. si seru. uind.: „ad exemplum

29) Breuiter monendum uidetur esse, etiam conditionem triticariam de usufructu et seruitutibus praedialibus usuuenisse, nimirum, si quis seruitutem stipulatus fuerit.

L. 1. pr.i.f. de cond. trit. (XIII,3): „Et generaliter dicendum est, eas per hanc actionem peti, — siue ius stipulatus quis sit, ueluti usumfructum, uel seruitu-

tes utrorumque praediorum.“

Cf. HEFFTERVS G. p. 73., nec non SAVINIUS Vol. V. Add. XIII, N. XXXIII. et XLI., quae actio iccirco locum habere potuit, quia dubitabatur, utrum seruitutes essent res certae an incertae. Cf. L. 75. de V. O. (XXXXV, 1.), L. 8. de usfr. ear. rer. (VII, 5.).

earum, quae ad usumfructum pertinent.“ Quae formulae quales fuerint, facillime ex fontibus nostris scriptoribusque antiquis assequi possumus. Et primo quidem Edicti, qui uidetur fuisse, ordinem secuti, de usufructu formulam quae-ramus. L. 5. pr. si usfr. pet. (VII, 6.):

„Vti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest.“

Cf. L. 9. pr. si seru. (VIII, 5.), L. 22. de aq. et aq. pl. arc. (XXXVIII, 3.), ubi pro „contendat“ rectius leges „intendat“, L. 62. §. ult. de euict..

Adde THEOPHILVM ad §. 2. I. III, 6.:

„εἰ φαίνεται τὸ ὑτι φρου εἶμὸν εἶναι,“

et imprimis STEPHANVM ad Basil. XVI. L. 6. c. 5. th. 1.³⁰):

„εἰ φαίνεται με δίκαιον ἔχειν τοῦ ὑτι φρου.“

In negatoria haec erat: L. 5. pr. si usfr. pet.:

„quum inuito se negat ius esse utendi fructuario.“

L. 11. §. 2.. de pignor. (XX, 1.):

„Si uelit cum creditore proprietarius agere, non esse ei ius uti frui inuito se.“

STEPHANVS l. c.:

„εἰ φαίνεται σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ ὑτι φρου inuito me.“

THEOPHILVS l. c.:

„εἰ φαίνεται τὸ ὑτι φρου μὴ ἔχειν τὸν ἀντίδικον κατὰ τοῦ ἐμοῦ ἀγροῦ.“

Hinc itaque facile colligimus, hanc fuisse formulae confessoriae intentionem:

³⁰) Cf. ZACHARIAS LINGENTHALIENSIS p. 260. et eiusdem Basilicorum Supplementa (Lips. 1846.) h. l. Scholium STEPHANI esse, non constat quidem, sed uerisimillimum est. Certe autem, cuiuscunque sit, auctoritas manuscripti Basilicorum, in

quo inuenitur, tanta est, ut fides uel maxima huic scholio sit habenda. Videsis ZACHARIAE ANEKLOTON, in quo plura sunt de Codice Constantinopolitano palimpsesto, cui scholium illud debetur.

SI . PARET . A° . A° . IVS . ESSE . EVNDI . AGENDI .
IN . FVNDO . CORNELIANO .

Cf. CICERO in Verr. L. I. c. 12., KELLERVS p. 118., SCHMIDTIVS p. 151. etc..

In negatoriae formulae intentione constituenda dubitationem mouet, quod et STEPHANVS et VLPIANVS L. 5. pr. cit. atque PAPIANVS L. 11. §. 2. cit. addunt uerba „inuito me,“ quae omittit THEOPHILVS. In confessoria a nemine eorum addita sunt.

Quam rem antequam acrius inspiciamus, liceat de seruitutibus praedialibus formulas proditas paullisper considerare. In quibus animaduertendum est, quod diuerse actor intendit, prout scilicet ius in alterius re aliquid faciendi sibi competere ait, uel aduersario deberi negat, aut iure aliquid in suo factum esse ait, uel in uicini fundo factum esse negat. Nobis itaque in sequenti formularum conspectu curae fuit, ut et hanc diuisionem obseruaremus et de seruitutibus rusticis atque urbanis singulatim formulas exhiberemus. Singulis formulis enumerationem locorum, quibus occurrant, addidimus, quo facilius quaeque inueniri possit, generaliter autem delegamus ad GAIVM III, §. 3., ad §. 2. I. de act. et THEOPHILVM ad h. l.

A. Confessoria:

1°, De seruitutibus praediorum rusticorum:

SI . PARET . A° . A° . IVS . ESSE . EVNDI . AGENDI .
DI . IN . FVNDO . CORNELIANO .

L. 9. pr. si seru., L. 17. §. 3. de aq. et aq. pl..

2°, De seruitutibus praediorum urbanorum:

a.) SI . PARET . A° . A° . IVS . ESSE . ALTIVS . TOLLENDI .

Cf. L. 8. §. 5., L. 9. pr., L. 11. si seru., L. 15. de O. N. N., L. 13. §. 10. de damn. inf. (XXXVIII, 2.), L. 26. de exc. rei iud. (XXXIII, 2.).

b.) SI . PARET . A° . A° . IVS . ESSE . ALTIVS . TOLLENDI . INVITO . N° . N° .

Cf. L. 4. §. 7. si seru., L. 15. de O. N. N..

c.) SI . PARET . A^o . A^o . IVS . ESSE . ITA . AEDIFICA-
TVM . HABERE .

L. 1. §. 7. de O. N. N..

d.) SI . PARET . A^o . A^o . IVS . ESSE . ITA . AEDIFICA-
TVM . HABERE . INVITO . N^o . N^o.

L. 17. comm. praed..

B. Negatoria:

1^o, De servitutibus praediorum rusticorum:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . EVNDI .
AGENDI . IN . FVNDI . CORNELIANO.

L. 9. pr. si seru., L. 3. §. 8. de riuis (XXXXIII, 21.).

2^o, De servitutibus praediorum urbanorum:

a.) SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . IMMITTEN-
DI . STILICIDIVM.

Cf. L. 4. §. ult., L. 9. pr. si seru., L. 11., L. 13., L. 8. §. 5.
ib., L. 15. de O. N. N..

b.) SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . AEDIFICA-
RE . INVITO . A^o . A^o.

Cf. L. 20. de S. P. V. (VIII, 2.), L. 2. de O. N. N., L. 1.
§. 4. de remiss. (XXXXIII, 25.).

c.) SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . ITA .
AEDIFICATVM . HABERE.

Cf. L. 36. de S. P. V., L. 6., L. 9., L. 11., L. 13., L. 14.
§. 1., L. 17. §. 1. si seru., L. 29. §. 1. ad leg. Aquil. (VIII,
2.), L. 4. de seru. leg. (XXXIII, 3.), L. 6. §. 2. de arb.
furt. caes. (XXXVII, 7.), L. 45. de damn. inf. (XXXVIII,
2.), L. 15. de O. N. N..

d.) SI . PARET . IVS . NON . ESSE . N^o . N^o . ITA .
AEDIFICATVM . HABERE . INVITO . A^o . A^o.

Cf. L. 6. pr. L. 9. pr., L. 12., L. 17. pr. et §. 1. si seru..

Et his intentionum speciebus totus earum orbis, quoad
legum certa documenta, est circumscriptus. Cf. BARNABAS
BRISSONIVS de formulis p. 358..

Succedit igitur quaestio, quam unum adhuc SCHMID-
TIVM (p. 161.) uideo tetigisse, quidnam scilicet sibi uelint

uerba „inuito me,“ quae quum in certa quadam formularum specie omnino non inueniantur, in aliis passim adsint, passim absint, (cf. L. 14. §. 1., L. 17. pr. si seru.: contra L. 17. §. 1. ib.) merito ambigitur, utrum semper incuria tantum sint ommissa, quod haud raro factum esse, euidenter probant loci uix allati, an uero passim tantum pro libidine agentium usuuenerint, an denique certa de iis regula sit constituenda.

Ex formularum itaque, quem dedimus, conspectu patet, in confessoria de usufructu uerba, de quibus agitur, non occurrere, neque magis, quod nescio an praeteruiderit SCHMIDTIVS in ulla formula confessoria de seruitutibus praediorum rusticorum insunt. In confessoria de seruitutibus praediorum urbanorum passim ea inueniri, loci allati testantur. SCHMIDTIVS (p. 157.) hinc coniecit, de usufructu quidem et ceteris seruitutibus personalibus simpliciter ita actum esse:

SI . PARET . A^o . A^o . IVS . ESSE . VTENDI . FRV-
ENDI . FVNDI . CAPENATE.

in reliquis autem seruitutibus addi oportuisse „inuito me.“ Si quis enim intendant:

SI . PARET . IVS . ESSE . ALTIVS . TOLLENDI.

actionis quidem confessoriae solitum fundamentum huic intentioni inesse, ius scilicet actori seruitutis nomine competens. Victurum itaque eum esse, probantem, in fundo suo aliquo tandem modo ius altius tollendi sibi competere. At uero propter ipsam realium seruitutum ad certum quoddam praedium relationem, duplex esse debere intentionis fundamentum: primum enim contineat opus esse seruitutis petitionem, deinde uero demonstrationem iuris contra ipsum reum dirigendi: et hoc alterum exprimi uerbis „inuito N^o N^o.“ In seruitutibus autem personalibus non opus esse hoc addimento: in uerbis enim:

SI . PARET . IVS . ESSE . VTI . FRVI . FVNDI . CA-
PENATE.

et posituum, ut ita dicam, actionis fundamentum inesse et plenam iuris indolem et descriptionem. Nihil enim ad seruitutes personales pertinere duplicitatem illam realium. Ti-

tium, si habeat ius utendi fruendi, contra quemuis illud habere. Cf. SCHMIDTIVS p. 163..

Qua in argumentatione nescio quomodo fugere potuerit SCHMIDTIVM, eadem omnia quadrare ad intentionem confessoriae de seruitutibus praediorum rusticorum. Scilicet si intendo:

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . IRE . AGERE.

nihil intendisse uideor: sin uero ita:

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . IRE . AGERE . INVITO . N° . N°.

non magis proficio, caput enim intentionis est loci cuiusdam nominatio. Itaque, si ago:

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . EVNDI . AGENDI . IN . FVNDO . CAPENATE.

ipsa illa fundi Capenatis nominatio satis superque demonstrat actionis meae fundamentum et relationem. Non enim probare cogor, generaliter me ius quoddam habere cundi agendi neque etiam tale me ius habere inuito N°. N°, sed probare debeo, hoc ius mihi competere in ipso illo, qui formulae inest loco. Prorsus itaque, quo inuito illud ius exerceam, nihil atinet, eodem modo contra quemuis hoc ius mihi turbantem intentio sufficiet. Itaque de seruitutibus rusticis ita actum fuisse:

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . EVNDI . AGENDI . IN . FVNDO . CAPENATE.

persuasum habeo idque eo magis, quod reuera nusquam in fontibus nostris additamentum illud in hac confessoriae specie occurrit, quod facile collatis locis supra adscriptis perspicias.

Sequitur, ut de seruitutibus praediorum urbanorum dispiciamus, et in his proxime a ueritate abesse SCHMIDTIVM concedo, nisi quod etiam hic saepius eueniet, ut loci determinatione intentioni satisfactum sit: exempli gratia in hac actione:

SI . PARET . IVS . ESSE . A° . A° . TIGNA . IMMITTENDI . IN . PARIETEM . AEDIVM . SEMPRONIANARVM.

ut addatur „inuito Sempronio“ utique opus non est: nam iure meo respectu aedium Sempronianarum probato eueniet, ut inuitis uel omnibus id exercere possim.

Sed quum actione confessoria etiam ius in nostro aliquid faciendi persequamur, uideamus, quid statuendum sit, si quis de iure altius tollendi agat. Et in tali re facillime potest fieri, ut quis non generaliter tale ius sibi uindicet, sed rursus certae tantum personae cuiusdam respectu habito, uelut uicino ad dextram. Ac tum demum melius aget, si intendat:

SI . PARET . MIHI . IUS . ESSE . ALTIUS . TOLLENDI .
INVITO . N° . N° .

uel

ITA . AEDIFICATVM . HABERE . INVITO . N° . N° .

licet iure suo contra uicinos omnes probato etiam omissis istis uerbis contra certum quemdam uicinum uictoriam sit reportaturus. Ac uere egregie uobis fauere uidetur, quod ubi de seruitutibus urbanis actio confessoria memoratur, plerumque non insunt uerba, de quibus agitur, sed duobus tantum locis (L. 4. §. 7. si seru. et L. 15. de O. N. N.) de iure altius tollendi leguntur, et in eo ipso casu, quem modo descripsimus.

Apparet itaque, in confessoria actione generaliter opus non esse uerbis „inuito N°. N°.“, quum fundamentum actionis et desiderium agentis ex ceteris affatim appareat. Prorsus autem aliter statuendum est de actione negatoria. Si quis enim intendit:

SI . PARET . N° . N° . IUS . NON . ESSE . EVNDI
AGENDI . IN . FVNDO . CAPENATE .

fundamentum talis actionis positum est in eo, quod aduersarius ius nullum habeat. Iam fingas, probare posse eum, quicumque intenderit, reuera ius illud Titio non esse, quid eueniet? Quisnam finis est iudicii? quaenam condemnatio? Rectissime enim Ulpianus exhibet fr. 5. pr. si usfr.:

„de suo enim non de alieno iure quemque agere oportet.“

Quisquis autem potest intendere „ius alii non esse,“ licet ipse nullum ius habeat, et huc facit THEOPHILVS ad §. 2. I. de act. dicens:

„Καὶ διὰ τί μὴ καὶ ἐνταῦθα, ἐν ᾧ κινεῖ τις νεγατορίως τὴν in rem, μὴ λέγομεν, αὐτὸν κακῶς κι-

νεῖν, οὐ γὰρ ἐκ τῶν αὐτῶ προσόντων, ἀλλ' ἐκ τῶν σαθρῶν τοῦ ἀντιδίκου πειρᾶται ἑαυτῶ τὴν νίκην περιποιεῖν· λέγει γὰρ τὸ *uti frui tónδε μὴ ἔχειν*.²⁸⁾

Attamen in actione negatoria aliter res se habet, quod egregie demonstrat VLPPIANVS l. c.:

„Quamquam enim actio negatiua domino competat aduersus fructuarium, magis tamen de suo iure agere uidetur quam alieno, quum inuito se negat ius esse utendi fructuario.“

Et hoc, quod de usufructu proditum est, generaliter ad omnem actionem negatoriam pertinere, consentaneum est. Itaque fidenter statuo, ubique in hac actione opus esse uerbis „inuito me,“ quippe quae ius agentis indicent, idque ipsum eo probatur, quod in fontibus nostris et plerumque addita sunt ista uerba, ubi de negatoria sermo fit et ita, ut interior, cur modo desint modo adsint, ratio nulla appareat, quamobrem facile condonandum est iis, qui, quum breues esse uellent, uerborum per se necessariorum mentionem non fecerint.

Finem itaque faciamus huic de formulis commentationi, breuiori conspectu rursus iis, quae obuenant formularum discriminibus exhibitis:

1^o, Confessoria:

a.) SI . PARET . IUS . ESSE . N^o . N^o. VTENDI . FRVENDI . (EVNDI . AGENDI . IN) . FVNDO . CORNELIANO . TIGNVM . IMMITTERE . TIGNA . IMMISSA . HABERE . IN . AEDES . SEMPRONIANAS. etc.

31) Respiciunt haec THEOPHILI uerba ad id quod superius dixerat:

„ἕκαστος ἐνάγων ὀφείλει περιποιεῖν ἑαυτῶ τὴν νίκην ἐκ τῶν προσόντων αὐτῶ“ etc.

quae ipsa uerba uerbotenus descripta sunt in L. XII. c. 24.

Epanagoges et in L. XXVII. c. 14. Prochiri ed. ZACHARIAE (Heidelb. 1837.).

De iis, quae continuant locum citatum infra est agendum §. 13.. Sententiam quod praeserunt obscuriorem hoc loco nullum eorum respectum habui.

b.) interdum:

SI . PARET . IVS . ESSE . A^o . A^o . ALTIVS . TOLLE-
RE . (ALTIVS . AEDIFICATVM . HABERE) . INVITO .
N^o . N^o .

2^o, Negatoria:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE .VTENDI .
FRVENDI . (EVNDI . AGENDI . IN) . FVNDI . CORNE-
LIANO . TIGNA . IMMITTERE . IN . AEDES . SEMPRO-
NIANAS . TIGNA . IMMISSA . HABERE . ALTIVS . TOL-
LERE . ALTIVS . AEDIFICATVM . HABERE . INVITO .
A^o . A^o .

§. 7.

III. DE ACTIONE PROHIBITORIA.

1. DE EXSISTENTIA ACTIONIS PROHIBITORIAE.

Quod iam in praefatione indicauimus, prohibitoriam nos actionem commentationis huius orbe amplexuros esse, quum summam, quam proposuimus, quaestionem attingere certe uideatur, id iam diligentius liceat exsequi.

ZACHARIAS LINGENTHALIENSIS, iureconsultus clarissimus, A. MDCCCXXXIII. in annalibus iurisprudentiae historicae Vol. XII. p. 258. de actione prohibitoria pro specie uindicationis habenda, commentationem exhibuit, cuius fundamenta posita sunt in scholio STEPHANI iam supra laudato (cf. §. 6.) ad Basil. lib. XVI. L. 6. c. 5. th. 1. (L. 5. pr. D. si usfr.), quod hoc in libro primo est excussum.

Hoc itaque in scholio, cuius uerba formulas exhibentia litteris statim uncialibus descripsimus, haec leguntur:

*„Ὁ Πράτωρ καὶ τοῖς ἀσώματα ἐκδικουῖσι δίδωσι τύ-
πους τινὰς, ἕνα μὲν τὸν κομφεσσόριον ἔχοντα
οὕτω·*

ΕΙ . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΜΕ . ΔΙΚΑΙΟΝ . ΕΧΕΙΝ .
 ἕτερον δὲ νεγατόριον, ἔχοντα οὕτω .

ΕΙ . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΣΕ , ΜΗ . ΕΧΕΙΝ . ΔΙΚΑΙΟΝ .
 ΤΟΥ . ΟΥΤΙ . ΦΡΟΥΙ . ΙΝΒΙΤΟ . ΜΕ .
 προτέθεικε καὶ ἄλλον τύπον προνιβιτόριον οὕτως
 συγκαίμενον .

ΕΙ . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΜΕ . ΔΙΚΑΙΟΝ . ΕΧΕΙΝ .
 ΤΟΥ ΚΩΛΥΕΙΝ . ΣΕ . ΤΟΥ . ΟΥΤΙ . ΦΡΟΥΙ .

Huic STEPHANI testimonio duo suffragantur loci Digestorum :
 L. 11. si seru. :

„An unus ex sociis in communi loco inuitis ceteris iure aedificare possit, id est, an si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri, ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint, ius sibi prohibendi esse, uel: illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, num possint cum eo ita experiri: ius Tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. Et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi ius esse socio, quia magis ille, qui facere conatur, ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus, ad suum arbitrium uti iure communi uelit,“³²⁾

et L. 5. pr. si usfr. :

„Quamquam enim actio negatiua domino competat aduersus fructuarium, magis tamen de suo iure agere uidetur, quam alieno, quum inuito se negat ius esse utendi fructuario, uel sibi ius esse prohibendi.“

Praeterea ZACHARIAS affert LABBAEVM qui haec habet p. 99. :

„Προνιβιτ³³⁾ ἀγωγή κωλυτική.
 προνιβιτορία κωλυτική.“

³²⁾ ZACHARIAS emendat „uti re communi,“ fortasse recte. Cf. tamen SCHMIDTIVS.

dum esse dicit: „προνιβιτορία,“ recte quoad sensum, sed certe glossator abbreviatura usus scripsit:

³³⁾ ZACHARIAS manifeste legen-

„προνιβιτ.“

et PSELLVM u. 563—565.:

„*Ἡ μὲν γὰρ οὐτίλῃα τις δανεισταῖς διδομένη,
Ἡ δὲ κομφεσσορία τις, ἣ δὲ νεγατορία,
Ἡ δὲ προῖβιτορία τις, ἣ δε σπεκιαλλία*“ etc.

ubi BOSQVETVS notat ad u. 561.:

„actiones in rem enarrat ordine litterarum, ut in Gloss. Basil., ubi „*προῖβιτορία ἦγουν κωλυτικῆ, κωλύουσα τὸ γινόμενον εἰς βλάβην.*“

Ex his Glossis ZACHARIAS rectissime coniecit, non STEPHANVM solum, sed alios quoque iureconsultos Byzantinos de hac actione sciuisse.

Equidem his ZACHARIAE locis noui nihil addere possum, praeterquam quod in Basilicis rubrica tituli: „si seruitus uindicatur uel ad alium pertinere negetur“, haec est:

„*Ἐὰν δουλεία ἐκδικῆται, ἣ παρ' ἄλλον ἢ ἀρμόζουσα κωλύηται.*“ (Bas. L. LVIII, 5.)

et rubrica tituli: „si ususfructus petatur uel ad alium pertinere negetur“:

„*Ἐὰν χρῆσις καρπῶν ἀπαιτῆται, ἣ ἐξ ἄλλον ληφθῆναι κωλύηται.*“ (Bas. XVI, 6.),

uere tamen leges glossaeque allatae ad euidenciam euincunt, prohibitoriam quandam formulam iuxta negatoriam usuuenisse, quae nescio an summorum nunc iureconsultorum communis sit sententia. Certe agnouerunt hanc actionem SCHMIDTIVS p. 164., VANGEROVIUS (in editionibus post A. 1844.) §. 353. n. 1. i. f. et summae in his rebus diiudicandis auctoritatis uir KELLERVS p. 119..

At contra ZACHARIAM ad STEPHANI scholium prouocantem surrexit alter STEPHANVS, quem hercle gaudendum est, in effatis STEPHANI maioris explicandis ius authenticae interpretationis non habere.

Noui huius STEPHANI libellus in eorundem annalium Vol. XIII. p. 274. haec fere continet:

In L. 11. si seru. uerba:

„et an socii cum eo ita agere possint, ius sibi prohibendi esse“

ad interdictum prohibitorium referenda esse, ex auctoritate L. 3. §. 1. de O. N. N.:

„Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus nouum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi diuidendi iudicio uel per Praetorem.“
et concedendum est, hoc fragmentum aliquam certe argumenti speciem praeferre.

At uero ZACHARIAS ipsam illam STEPHANI obiectionem praeuidit et undique illustrauit, fieri eam non posse, nisi prorsus peruerse per interdicta actum esse statuere uelimus. Itaque in L. 21. pr. de O. N. N.:

„stipulatio de O. N. N. interponi solet, quotiens uicinus dicit, ius sibi esse prohibere uicinum, opus nouum inuito se facere,“

uerba ista „dicit, ius sibi esse“ etc. externam tantum intentionis formam habere, reuera de sola ante Praetorem affirmatione extra ordinem facta intelligenda esse. Cf. L. 1. §. 4. de remiss..

Contra quam ZACHARIAE rationem STEPHANVS imprimis attulit L. 3. §. 1. cit. adiutam haud exiguo aliarum legum comitatu. Sed in L. 3. §. 1. nescio an uerba „per Praetorem“ quoad Iustinianeam ius prorsus sufficiant, licet antea et ciuilem actionem et interdictum iis comprehendere dictio fuisset audacior. Reliqui autem loci a STEPHANO allati ad unum omnes nihil probant. L. 1. §. 17. de O. N. N. simpliciter proponit, eum tantum nuntiare posse, qui ius habeat, opus nouum inhibendi etc. itaque non inuoluit, eum, qui interdictum uelit impetrare, ius suum prohibendi statim probare: sed ius tantum habere (uel se habere putare L. 5. §. 14. de O. N. N.) debere.

L. 1. §. 6. de O. N. N. rectissime dicitur, in O. N. N. nos possessorem facere aduersarium, iccirco scilicet, quia post edictum editum contra eum ut reum agere debemus. Cf. §. 31. infr.. Porro attulit L. 1. §. 10. ib.:

„Inde quaeritur apud CELSUM L. XII. Dig. si post O. N. N. conueniat Tibi cum aduersario, ut opus faceret, an danda sit conuentionis exceptio.“

Praeteruidit STEPHANVS, quae antecedunt:

„Et post O. N. N. committunt se litigatores praetoriae iurisdictioni.“

Itaque paragraphi huius praeceptum aliter nequit intelligi, nisi ita, ut quaeratur, an conuentionis exceptio danda sit, si neglecto pacto nihilominus actionem quam ante ea licebat intendere, postea intenderit.

Et huc etiam respicit L. 21. §. 2.:

„Habet autem ista stipulatio conditionem, ut ita demum committatur, si iudicatum fuerit,“ etc.

quae uerba non indicant quidem, quod recte STEPHANVS uidit, nouam quandam actionem, sed non magis uel minimum STEPHANO contrarium affirmanti adminiculum praebent.

Sed satis in his uersati sumus. Non refutauit ZACHARIAM STEPHANVS: et quicumque sine opinione praesumpta L. 11. si seru. inspexerit, opus est, concedat, uerba:

„et an socii cum eo ita agere possint, ius sibi prohibendi esse,“

procul dubio certam quandam actionem spirare, L. 21. pr. de O. N. N. uero:

„quotiens uicinus dicit, ius sibi esse prohibendi uicinum opus nouum inuito se facere,“

omnino nihil aliud continere uideri, nisi simplicem uicini affirmationem et eam quidem ante Praetorem faciendam et si opus fuerit, iureiurando calumniae confirmandam.

Sed nimis comes, in hac de L. 11. si seru. disquisitione aliquam dubitationem mouere potuisse concedamus STEPHANVM: ea certe, quae ad L. 5. pr. si usfr. et scholium STEPHANI protulit, prorsus sunt futilia. Vnam enim esse contendit actionem et negatoriam et prohibitoriam, non effectum tantum, uerum etiam intentionem, ita, ut haec sit formula:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . FVNDO .
 CORNELIANO . VTENDI . FRVENDI . VEL . A^o . A^o .
 IVS . ESSE . PROHIBENDI N^m . N^m . QVOMINVS . VTA-
 TVR . FRVATVR . FVNDO . CORNELIANO . etc.

quali intentionis monstro nescio quid cogitari possit informis. Sed STEPHANVS nihilominus cur haec ita esse oporteat, causam adducit, quia scilicet ex suo quisque iure, non ex debilitate iuris aduersarii uictoriam sibi parare debeat: iam uero negatoriam ipso hoc uitio laborare, quod aduersarii debile ius in medium producat: itaque addidamento illo

prohibitorio opus esse, ut uitium illud corrigatur. Quod si uerum est, duplex habemus in intentione fundamentum quod utrumque probare adstringitur actor, et sibi ius esse prohibendi et alteri ius quoddam non esse: hac itaque separatione quoad probationem ex debilitate iuris aduersarii nihil proficitur: sin uero uice uersa pari loco habenda est utraque pars, ita ut „u el“ particula locum obtineat particulae „siue,“ eo adducimur, ut uincat actor, si alterutrum probauerit: itaque utrumque intendere non opus habebit, sed id tantum, quod probaturum se sperat, quo facto duas intentiones statim excudimus. Praeterea prorsus neglexisse uidetur STEPHANVS, quod uerba „inuito me“ addita sunt in formula negatoria, quibus ipsum illud continetur, quod iuris prohibitiui mentione facta formulae uult iniicere. Cf. SCHMIDTIVS p. 164. n. 17.. Sed quousque tandem haec ratiocinatio, quum inania me loqui apertum sit! Ecce enim prouocat STEPHANVS ad ipsum STEPHANI scholium, quo haec ita esse, atque STEPHANVS iunior exposuit, luculenter confirmetur. Licet enim initio scholii tres ille procul dubio diuersas actionum formulas proposuerit, postea tamen rectam uiam reperit, erroremque fatendo duas tantum esse docuit intentiones, confessoriam scilicet et illam, quam supra STEPHANI minoris inuentum exhibuimus. Quid enim aliud significant haec scholii uerba:

„Εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ ὁ νεγατόριος τύπος ἄρ-
 μύττει τῷ προπριεταρίῳ κατὰ τοῦ λέγοντος, ἑαυτὸν
 οὐσουφρουκτουάριον εἶναι, καὶ κινῶν ὁ προπριετα-
 ρίος νεγατορίως κινεῖ λέγων, εἰ φαίνεται, σε μὴ
 ἔχειν δίκαιον τοῦ οὐτιφρουι καὶ τρόπον τινὰ
 οὐκ ἐκ τῶν οἰκείων δικαίων, ἀλλ' ἐκ τῶν ἐπιστάθρων
 τοῦ ἀντιδίκου κατεσκεύασε τὴν νίκην ἑαυτῷ, ὅμως ἐκ
 τῶν ἐπομένων τοῦ τύπου ῥημάτων δείκνυται, ὅτι
 δεόντως κινεῖ· λέγων γὰρ, ὅτι· εἰ φαίνεται
 σε δίκαιον μὴ ἔχειν τοῦ ὀτι frui inuito me,
 ἢ οὕτως, εἰ φαίνεται με δίκαιον ἔχειν τοῦ
 κωλύειν σε χρῆσθαι τοῦ οὐτιφρουι, δηλοῖ ὅτι
 δεσπότης ἐστίν“ etc.

quam hoc : „Primo quis obtutu mirari possit, si Dominus negatorie ita agat:

SI . PARET . TIBI . NON . ESSE . IVS . VTI . FRVI.

quasi dominus a iuris sui agendi probatione immunis effectusque iam certa spe praeditus sit, siquidem reus sui iuris probationem perducere nequeat. Quae quamuis ita non sint, formula tamen ista

SI . PARET . TIBI . IVS . NON . ESSE . VTI . FRVI.

prorsus congruit cum uoluntate actoris et intentione: quemadmodum enim recte uoluntas eius sit intelligenda, ex sequentibus formulae uerbis patet:

VEL . SI . PARET . MIHI . IVS . ESSE . PROHIBENDI .
TE . VTI . FRVI.

aliis uerbis, is qui negatorie agit, dominium suum probare debet, in quo ius prohibendi positum est.“

Haec uersio est argumentationis STEPHANI GOTTINGENSIS ad uerbum facta et hinc intelligi contendit ueram STEPHANI BYZANTINI sententiam.

Habeat sibi haec commenta. Equidem nescio, quomodo STEPHANVM maiorem formulam negatoriam repetendo eique uerba „inuito me“ addendo, dicentem:

„ἐκ τῶν ἐπομένων τοῦ τύπου ῥημάτων“

non ad haec ipsa uera „inuito me“, sed ad ea „uel sibi ius esse prohibendi“ alludere potuisse persuadere sibi ualuerit: neque magis intelligere possum, cur STEPHANVS in scholio a negatoria formula prohibitoriam etiam altero loco separauerit, expresse dicens „ἢ οὐτως“ — quod non idem esse ac simplex „ἢ“ quisquis concedet — si uere una formula utramque intentionem contineri docere nos uoluisset.

Itaque ex hoc saltem STEPHANI scholio euidenter apparet, formulam exstitisse prohibitoriam, cuius de usu statim accuratius erit dispiciendum.

Denique in fine huius paragraphi, ne falsam refutasse, rectam non undique exhibuisse uideamur loci ex scholio allati sententiam, liceat promittere, nos ad fusiorem eius interpretationem infra esse redituros §. 13..

§. 8.

2. DE VSV ACTIONIS PROHIBITORIAE.

Quisnam fuerit usus actionis prohibitoriae, egregie iam ZACHARIAS p. 266. exposuit. Qui quum rectissime omnia, quae generaliter de hac actione disputauit, illustrasse uideatur, uix, quod addamus, inueniemus.

ZACHARIAS igitur, postquam nec cum furti prohibiti actione, nec cum interdictis prohibitoriis ullo modo cohaerere hanc actionem docuit, neque etiam ius operis noui nuntiationis ea stabiliri euicit, hanc prohibitoriam actionem de controuersiis rerum incorporalium proditam esse ex ipsis STEPHANI uerbis:

„Ὁ Πράιτωρ καὶ τοῖς ἀσώματα ἐκδικοῦσι δίδωσι τύπος τινὰς ... προτέθεικε δὲ καὶ ἄλλον τῦπον προνιβιτόριον“

merito statuere potuit.

Prohibitoria itaque in rem actio est. Quaeritur, cuiusnam competat.

Ac facile quis dicat, cuius competere, qui propter ul- lum ius in re, quod habeat, pati non teneatur, etiam alios hoc ius exercere. Sed quod iam supra de VELTHEMI sententia notauimus (cf. §.5.), qui negatoriam interdum etiam ex seruitute, non de seruitute competere proposuerat, hoc loco est repetendum. Falsam enim uel hanc puto esse intentionem:

SI . PARET . IUS . MIHI . ESSE . PROHIBENDI . N^m .
N^m . COMPASCI . IN . AGRO . CAPENATE.

si ego seruitutis nomine solus ius habeam pascendi. Namque haec ipsius actionis confessoriae, quod iam supra indicaui- mus, indoles est, quod generaliter per eam seruitutem nostram, qualiscunque est, uindicamus, itaque siue omnino, siue ex parte in exercenda illa impediamur, confessorie contra uin- dicantem debemus agere: nam ipsum ius nostrum alios prohibendi non prius constabit, quam si per confessoriam seruitutem nos habere probauerimus: quod simulatque fa-

ctum erit, rursus non opus est actione de iure nostro prohibendi, sed ipsa confessoriae uis in hoc iure nos tuebitur: aliis uerbis: quicumque eum, cui seruitus debetur, in exercenda seruitute turbat, ipsam istam seruitutem aggredi uideatur, non ius ex ista seruitute contra alios competens, itaque non negatorie uel prohibitorie depelletur, sed confessorie alter ius suum uindicabit.

Itaque directo actionem prohibitoriam ex ipso dominio competere, fidenter statuamus, ita quidem, ut quemuis uel seruitutis nomine uel alia de causa in libero domini usu nos turbantem ea actione remoueamus. Quod ipsum quum supra §. 4. de negatoria actione statuendum esse uiderimus, sequetur, ut utriusque effectus prorsus concidat, uel potius, ut prohibitoria undique negatoriae orbe circumscribatur, et simili relatu iam antiquioribus iureconsultis hanc formulam notam fuisse dicit VANGEROVIVS §. 353. n. 1. i. f. (edit. post A. MDCCCXXXIII.) uelut BRISSONIO L. V. c. 24.. Sed BRISSONIVS l. c. uncialibus tantum litteris scripsit uerba L. 5. pr. si ususfr. et L. 11. si seru. ad prohibitoriam pertinentia, omnino uero non apparet, num hoc ideo fecerit, quia formulam eam sua ui ac potestate constantem habuerit: sed potius propter formulae similitudinem acrius ista uerba extulisse uidetur: alias pluribus et distinctius de hac formula dicturus fuisset. Itaque etiam in indice prohibitoriae actionis mentionem non fecit. Similiter iudicandum est de NIEVELTO p. 41. i. f..

Sed ZACHARIAS incredibile ait esse, Praetorem ludos quasi uerborum exercitationesue dicendi in Edicto uoluisse instituere, itaque opus esse, ut licet saepissime utraque actio possit adhiberi, casus quidam nihilominus inueniantur, ubi alteri tantum locus sit. Et quatenus negatoria ampliorem comprehendat orbem, facile esse perspectu, quum scilicet nunquam intendi possit:

SI . PARET . IUS . MIHI . ESSE . PROHIBENDI . N^m .
N^m . ITA . AEDIFICATVM . HABERE .

prohiberi enim tantum posse, quod immineat, uel repetitum iri credi possit. Et hoc rectum est. Nobis uero ex iis, quae

§. 4. et huius paragraphi initio disputauius, altera oritur quaestio, num recte ita agatur:

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . PROHIBERE . N^m .
N^m . ALTIVS . TOLLERE .

et hanc formulam sanam habeo, quia hoc casu seruitus in ipso iure prohibendi consistit, neque iccirco opus est, ut seruitus ipsa antea sit probata, priusquam de iure prohibendi constet, sed utrumque eadem ratione simul efficitur.

E contrario actionem prohibitoriam negatoriae fines excedere ZACHARIAS continuauit, uelut in casu L. 11. si seru. proposito. Socios enim inter se agere posse „ius sibi esse prohibendi,“ sed non „ius non esse aedificandi,“ quod reuera hoc ius in solo communi socius habeat.

Alterum esse casum, si quis aedium habeat usumfructum et ruina imminente nolit in iis necessariam instituere refectionem, neque etiam damni infecti cautionem praestare, ita ut iam cauere debeat proprietarius. Hoc si euenerit, ius esse domino fructuarium prohibere uti frui (L. 9. §. 5. de damni inf.) et actione quidem prohibitoria. Sed posteriorem hunc prohibitoriae usum ipse ZACHARIAS non magni facit, certe iam antiquis temporibus uindicationem concedit obtinuisse.

Quoad uero prius illud, errare uidetur ZACHARIAS. Procul dubio enim in L. 11. cit. uerbis „Et magis dici potest“ MARCELLVS non respexit ad singulas formulas supra in ea lege propositas, sed ad summam suam quaestionem, scilicet, num aedificare possit socius, an actione a sociis recte prohibeatur, et hoc ultimum ait ratum esse, quia aedificando socius suum quidem ius exerceat, sed alienum simul offendant. Inde uero, quod prohibendi tantum ius sociis concessit, neque opus perfectum, uti supra uidimus, etiam prohiberi possit, sequitur, ut haec intentio:

SI . PARET . IVS . NON . ESSE . ITA . AEDIFICATVM .
HABERE .

effectu careat, quia nulla sit actio prohibitoria hunc in usum prodita. Cur autem uel additis uerbis „inuito me“ socius ita intendere nequeat, causa in promptu est, quia tacendo

consensisse uidetur socius (ex analog. L. 3. §. 2., L. 1. §. 9. 10. quod ui aut clam (XXXXIII, 24.) itaque nihil restat nisi actio communi diuidendo. Cf. L. 28. comm. diu. (X, 3.), L. 27, §. 1. de S. P. V..

Denique ZACHARIAS non solum recta legis, de qua agimus, interpretatione, sed ex ipsa formularum intentione remouetur, quum nihil omnino impediatur, quominus priusquam aedificatum sit, socius intendat, „ius non esse inuito se.“ Sed haec uerba grauissima, uti saepius in commentatione laudata, ita etiam hoc loco uir egregius neglexit. Cf. SCHMIDTIVS sub No. VII. VANGEROVIUS in edit. post A. MDCCCXXXIII. §. 353. n. 1. i. f..

His itaque euictis facile ad finem peruenimus:

Prohibitoria actio nullibi usuuenit, nisi si actioni negatoriae simul locus sit. Nihilominus peculiaris est actio et propriam habet intentionem. Ergo actio prohibitoria et negatoria diuersae sunt duae actiones, quibus idem ius nobis competens pro libidine nostra tuemur, dominium dico eiusque in parte exclusiua extensionem.

Qua in re, utrum uere, quod ZACHARIAE placet, uerborum ludos Praetor instituerit, nec ne, hucusque non liquet, fortasse tamen rationem aliquam si non probare, tamen haud absonam reddere infra continget.

§. 9.

3. PROHIBITORIA ACTIO NVM NEGATORIA DICENDA SIT AN CONFESSORIA.

Qui alias ac nos rationes secuti sunt in definiendis actionum nominibus, simili atque in actione negatoria et confessoria licentia usi non dubitabant, quin nunc negatoriam nunc confessoriam esse prohibitoriam, recte possit statui. Itaque uerbi gratia:

SI . PARET . A^o . A^o . IVS . ESSE . PROHIBENDI .
 N^m N^m . ALTIVS . TOLLERE .

esse confessoriam,

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . PROHIBENDI . N^m .
N^m . IRE . AGERE . IN . FVNDI . CORNELIANO .

esse negatoriam hallucinabantur, uelut SCHMIDTIVS p. 168.. Nobis prorsus absurdum uidetur esse, his de rebus quaerere. Actio enim prohibitoria proprium suum nomen habet, neque omnino opus est, ut confessoriae negatoriaeue eam subsuamamus, licet §. 2. I. de act. generalis illa diuisio praescripta sit, quam etiam STEPHANVS in scholio agnoscit. Sed eo ipso, quod non scripsit: „τρίτον δὲ τὸν προηβιτόριον,“ sed fusius ita: „προτέθεικε δὲ καὶ ἄλλον τύπον προηβιτόριον“ satis uidetur indicasse, hanc formulam extra eam diuisionem uersari. Ceterum, si quis non possit, quin uel confessoriam uel negatoriam hanc actionem habeat, utique eam negatoriam esse contendo, quum ipsa uox „prohibere“ negatiua sit.

CAPVT SECVNDVM.

DE ONERE PROBANDI IN ACTIONE CONFESSORIA ET NEGATORIA.

§. 10.

I. VELTHEMI RATIO.

Quod iam antea diximus, iccirco quam maxime VELTHEMIVM laudem merere, quod primus ad formulas actionum, de quibus agimus, propius accedendum esse putauerit, hoc et in eo animaduertendum est, quod consideratis singulis actionibus earum fundamenta requisierit eorumque probationem actori incumbere statuerit. Pro sua itaque de confessoria et negatoria doctrina hoc schema, quod dicunt, proposuit:

1º, Seruitutem asserendo:

a.) Actio confessoria:

Est mihi ius (in Tuo: seruitus de patiando.)

Fundamentum: quia mihi seruitutem debes.

b.) Actio negatoria:

Non est Tibi ius (in Tuo: seruitus de non faciando.)

Fundamentum: quia mihi seruitutem debes.

2º, Seruitutem negando:

a.) Actio confessoria:

Est mihi ius (in meo: seruitus de non faciando.)

Fundamentum: quia Tibi seruitutem non debeo.

b.) *Actio negatoria:*

Non est Tibi ius (in meo: seruitus de patiando.)

Fundamentum: quia Tibi seruitutem non debeo.

Haec igitur fundamenta actionum probatione esse confirmanda statuit: quae thesis per se quidem rectissima est. Cf. WEBERVS de onere probandi p. 126.. Sed hic adhiberi non statim debet, quum VELTHEMIVS falsa interdum fundamenta supposuerit.

Iure autem in formula prima et altera seruitutis probationem exigendam esse docuit, quum vere utraque intentio eo nitatur, quod quis seruitutem sibi asserit.

Quoad tertiam et quartam formulam longa disquisitione VELTHEMIVS effecit, ut fundamentum actionis negatiuum probari non posse euinceret, deinde uero ita fere argumentatus est:

1º, *Actio confessoria:*

Est mihi ius (in meo: seruitus de non faciendo.)

Fundamentum: quia Tibi seruitutem non debeo.

Hoc fundamentum negatiuum est, factumque, seruitutem non constitutam esse, nulla penitus ratione probari potest: actor igitur ad id, quod fieri non potest, non adigendus.

2º, *Actio negatoria:*

Non est Tibi ius (in meo: seruitus de patiando.)

Fundamentum: quia Tibi seruitutem non debeo. hoc fundamentum itidem negatiuum est, probatione nullatenus indigens.

Itaque qui his duabus formulis utitur, immunis est ab onere probandi, et reus, ut sui iuris probationem suscipiat, cogendus est, nisi si euenerit, ut praescriptione, seu remissione seu abusu seruitus quondam existens deleta fuerit. Hoc enim casu rursus debet actor probare, quia fundamento nititur affirmatiuo, ita, (si quid uideo):

Est mihi ius (in meo: seruitus de non faciendo.)

Fundamentum: quia seruitutem Tibi debitam perdidisti, uel praescriptione uel remissione uel abusu:

et eodem modo in negatiua. Cf. infra §. 14..

Videmus itaque, VELTHEMIVM et in hac quaestionis nostrae parte silentio praetermittendum non esse, quum primus

ex formularum fundamentis totam hanc rem decidendam esse docuerit. Sed contra nescio, qua caligine obrutus funditus errauerit uir sagax, quum et ipse ad inanem illam et futilem rixam recurrerit, qua disputatur in usum nostrae quaestionis, utrum negantis probatio sit, nec ne. Cf. infra §. 28.. Et haec omnia inde acciderunt, quod VELTHEMIVS, licet rectam uiam in oculis habuerit, nimis tamen facilem eius aditum putauit, neque in formulis accurate constituendis, neque in fundamentis earum industrie enucleandis satis uersatus est. Nobis igitur in sequentibus curae erit, ut rationem quidem VELTHEMII sequamur, uitia tamen eius, quod salua uiri egregii auctoritate dixerimus, nimis grauia corrigere studeamus.

Ceterum in sequentibus fere nudi sumus auxilii, quum nec ZACHARIAS (p. 273.) nec SCHMIDTIUS (p. 169 i. f.) fuisius aliquid disserat et VANGEROVIUS (§. 353. n. 2. in med.) uix cogitasse uideatur de his rebus.

§. 11.

II. DE ONERE PROBANDI IN ACTIONE CONFESSORIA.

Formulam actionis confessoriae³⁴⁾ hanc constituimus:

SI . PARET . A° . A° . IVS . ESSE . VTENDI . FRVENDI . (EVNDI . AGENDI . IN) . FVNDI . CORNELIANO.

Qua in intentione, quid probandum sit antequam exponemus, duas quaestiones, hucusque a nobis neglectas breuiter attingemus:

1º, Contra quem haec actio possit dirigi? Respondendum est, certis legum confirmatum esse praescri-

³⁰⁾ Vix monendum est, de ea tantum nos actione confessoria loqui, quae de seruitutibus prodita est. Ea, quam memorat VLPPIANVS

L. 23. §. ult. L. 25. §. 1. ad Leg. Aquil. (VIII, 2.) nos omnino non attingit. Cf. GEISLERS §. 7. 8..

tis, quod non solum contra dominum, sed contra quemuis seruituti officientem dirigi possit.

L. 10. §. 1. si seru.:

„Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur, uel per cuius fundum ducitur, uerum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non (nos? SCHMIDTIVS p. 169 n. 22.) ducere impediunt exemplo ceterarum seruitutum.“

Quae cur ita sint, facilis est ratio, quod scilicet actio confessoria in rem est neque igitur actorem attinet, quas uices res sustineat, sustinueritue. Peraeque semper, ubi quid contra ius suum factum erit, iuris probationem, qualis in intentione est, suscipiet turbantemque quemuis remouebit. Pari modo contra eum, qui liti se obtulit, uel dolo desiit possidere, haec actio competit. L. ult. si usfr.. Cf. RAMHORSTIVS p. 13., SCHMIDTIVS p. 169., ARNDTSIVS §. 191., HOFFMANNVS p. 251..

2º, Altera est quaestio, num habeat confessoriam et is, qui non possideat, et is, qui possessionem habeat.

Formulam si inspexeris, ea neutrum significari animaduertes, quo solo argumento uti possemus, ut possessionem nihil referre euincamus.

Attamen haec res haud raro in dubium uocata est. Ac praecipue contrarium et in confessoria et in negatoria obtinere, affirmavit LVDENIVS³⁶⁾ p. 245. et §. 99., qui eum tantum confessorie agere posse contendit, qui possessione careat, exclamans: „Is enim, qui in possessione est, quem ad finem tandem opus habet actione?“ Ad quam quaestionem, quum iam VLPNIANVS responderit (quod nescio, quomodo effugerit LVDENIVM, qui tamen locum citauit), eius uerba affero:

„ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam“ Porro, quum uulgatae rationi leges haud paucae suffragentur, uere horribili modo LVDENIVS eas interpretatus est p.

³⁶⁾ Eandem sententiam acerrime diu rectum exposuit DONELIVS. defendunt THOMASIVS §. 9. seqq. Cf. KINDIVS p. 200., ESSERVS p. et SCHROEDERVS §. 11. seqq.. Sed 31., HARTIZSCHIVS p. 272..

245. n. 10.. Nobis sufficit exhibuisse §. 2. I. de act. et L. 5. §. 7. si usfr.:

„Sicut fructuario in rem confessoria[m] agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur, sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agat, nam et possessori competunt.

Quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur.“

Hac in lege VLPIANI uerba „nam et possessori competunt,“ ad fructus LVDENIVS refert, ita ut uno tenore iureconsultus dixisset: „Nam fructus et possessori competunt, immo uero possessori non competunt,“ praeterquam quod ne sic quidem LVDENIO adstipularetur, remanent enim uerba „quod si possident.“

Paragrapho autem 2. I. de act. de negatoria solum dici LVDENIVS contendit, praeteruidens scriptum esse: „Quod genus actionis,“ uox „genus“ autem notionem habet amplio-rem et species complectitur, species uero hoc loco sunt ipsae actiones confessoria et negatoria. Melius itaque egit THOMASIVS, qui clara iuris praecepta semoueri posse desperans legum haec effata uelut in praxi non admittenda condemnauit.

Itaque et possessori et non possessori competere dicemus actionem confessariam, sed tantum abest, ut aequae frequenter utrumque ea uti contendamus, ut plerumque eum, qui non possideat, confessorie acturum esse concedamus, quum longe saepius ius aliquod sibi competens uindicare aliquis, quam in iure, quod iam habet, exercendo securum se uelit reddere, antequam eo priuatus sit. Conferatur, qui egregie haec exposuit, MERENDA Lib. X. cap. V. 1—4. et PAPIVS p. 235..

Iam uero, si fundamentum quaeramus eius, quam primo loco exhibuimus formulae confessoriae:

SI . PARET . A^o . A^o . IVS . ESSE . EVNDI . AGENDI .
IN . FVNDI . CORNELIANO .

duplex esse potest ratio, cur ius aliquis habeat, eundi agendi, primum, quia dominus est, deinde, quia ius in re habet. Fingamus itaque dominum actione proposita uti, quid eueniet? Aut reum habebit nullum, aut iure suo probato alte-

rius iniuriam non probabit. Immo quum ius eundi agendi in ipso dominio coniciat, si quis laeserit, negatorie est remouendus, quia dominus non cogitur, alium iuxta se ius exercere pati. Et hoc ita stricte est obseruatum, ut in ipso usufructu, quem constat generaliter alterutrum tantum habere posse, dominus confessoriam non habeat, sed si in possessione sit fructuarius, rem suam uindicet, non solum usum fructum, sin minus, negatorie agat. Cf. L. 5. pr. si usfr..

Itaque eo deducimur, ut, eum, qui ius in re sibi uindicet, descripta ratione intendere putemus. Is uero procul dubio non aliam ob causam ita potest intendere, nisi ob ipsum ius in re, quod sibi asserit. Iam uero, quum generalis de probatione lex sit, ut is probet, qui contendat aliquid, sequitur, ut si quis ius in re sibi arroget, seruitutem probare teneatur.

In altera uero formula:

SI . PARET . MIHI . IUS . ESSE . ALTIUS . TOLLERE .
INVITO . SEMPRONIO .

quoad eum, qui seruitutem sibi asserit, uerbis „inuito Sempronio“ nihil mutatur, quum hoc addidamentum nihil efficiat, nisi ut intentioni certa subiiciatur persona, cuius respectu ius, de quo agitur, actori competat, id quod in prioris formulae conceptione inerat in nominatione fundi Corneliani, uel rei, in qua personalem seruitutem habemus, qualibet descriptione. Itaque, si quis omnino, hoc est contra omnes uicinos ius sibi competere altius tollendi probare possit, recte nihilominus intendet:

SI . PARET . MIHI . IUS . ESSE . ALTIUS . TOLLERE .
sed ipsius actoris interest, ut probationem sibi quam facillimam reddat.

Et haec sufficere putamus, ut de confessoria seruitutis causa competenti stabiliatur sententia:

„in actione confessoria utique incumbere probationem ei, qui sibi seruitutem asserat.“
Sed onus actori iniungendum praeter ipsius seruitutis probationem simul amplectitur probationem dominii, ut eius iuris, quo auxiliante omnino ad confessoriam intendendam actor admittatur. Cf. L. 16. de except. (XXXXIII, 1.). Qua in re, quomodo subueniatur actori, infra uidebimus §§. 16. 17..

Quod uero saepius iam diximus, confessoriam etiam ex dominio posse nasci, quo casu dominii probationem exhibendam esse consentaneum est, eius exemplum uidebimus paragrafo huius commentationis ultima. Est autem haec actio talis: Si quis dominus nescit, an uicino debeat seruitutem, confessorie ex dominio de eo iure agit, quod seruitute uere debita dominio suo excideret. Cuius actionis unum tantum exemplum noui L. 15. de O. N. N.:

SI . PARET . MIHI . IUS . ESSE . ALTIVS . TOLLENDI .
INVITO . N^o . N^o .

quo casu non seruitute, sed dominio actor nititur et hoc probato uictor discedit, nisi aduersarius seruitutem contra probauerit, cui actor rursus libertatis usucapionem uel remissionem seruitutis poterit opponere. Sed hoc ultimum raro eueniet. Melius enim dominus ius suum exercebit et aduersarium faciet actorem, quo facto ipse ea exceptione utitur, quae alio casu replicatio fuisset.

§. 12.

III. DE ONERE PROBANDI IN ACTIONIBVS PROHIBITORIA ET NEGATORIA.

I. L. 5. PR. SI VSVFRUCTVS (VII, 6).

Antequam ipsas actiones prohibitoriam et negatoriam fundamenti intentionis requirendi causa acrius inspiciemus, pauca praemittere liceat de L. 5. pr. si usfr., quam post HVFELANDIVM n.X. uariis interpretum conatibus uexatam uideo. Quod fragmentum, quum saepius et monitum sit et monendum, textum eius apponere placet:

„Vti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum: dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet, nec enim potest ei suus fundus seruire: de suo

enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negatiua domino competat aduersus fructuarium, magis tamen de suo iure agere uide[*a*]tur quam alieno, quum inuito se negat ius esse prohibendi. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamuis fructuarius ius utendi non habet, uincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.“

HVFELANDIUS enim egregium rationis suae, dominium scilicet in actione negatoria probandum esse, ut aduersarius uel remoueatur, uel ad seruitutis probationem adigatur, in ultimi fragmenti huius uerbis auxilium inuenisse sibi uidebatur, argumento e contrario haec efficiens :

„Si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamuis fructuarius ius utendi non habet, uincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant, ergo, si forte, qui agit, dominus sit proprietatis, uincet meliore iure dominii, nisi contrarium probet aduersarius.“ Cf. ESSERUS p. 66..

Contra HVFELANDIUM imprimis exstitit WEBERUS de actionibus p. 131., qui satis ingeniose, nisi quis dominus sit, uel certe dominium satis probabile reddere possit, (cf. infra §§. 16. 17.), eum omnino ius illud prohibendi non habere et iccirco caussa cadere, disputauit: hanc uero dominii probationem non summam esse, sed potius legitimationem ad rem.

Negari certe non potest, WEBERUM, qui de actione prohibitoria nihil sciebat, recte ita contra HVFELANDIUM potuisse eniti: itaque et posterioribus est condonandum, quod hanc plerumque legem in suas partes grauioris argumenti loco non adduxerint.

Nos autem in sequentibus rectissime uidebimus HVFELANDIUM statuisse: reuera enim sensus illius legis alius esse nequit, praesertim propter uerba antecedentia „magis tamen de suo iure agere uidetur, quam alieno, quum inuito se negat ius esse utendi fructuario, uel sibi ius esse prohibendi“ (scilicet: ait), quibus luculenter expressum esse uidetur, suum ius, non aduersarii iniuriam probare debere

actorem: actoris autem ius, quod aliud esse possit, quam dominium, uel ius dominio adaequatum intelligere nequeo. Sed haec omnia splendidius ex insequenti paragrafo apparebunt.

§. 13.

2. GRAVISSIMVM SENTENTIAE VVLGARIS DE ONERE PROBANDI IN
ACTIONE NEGATORIA ADMINICVLVM EX SCHOLIO STEPHANI
DEPROMPTVM.

Scholium STEPHANI a ZACHARIA LINGENTHALIENSI inuentum et prohibitoriae actionis gratia fusius consideratum, quoad hanc nostram quaestionem egregiae est auctoritatis, quum scilicet et antiquissimum et satis spectabile de onere probandi in actionibus nostris documentum exhibeat, quod neminem adhuc satis collaudasse, nescio an iccirco euenerit, quia accuratior de onere probandi in negatoria actione post annum MDCCCXXXIII. nulla, quantum scio, commentatio prodiit.³⁷⁾ Ii autem, qui scholium hoc accuratius inspexerunt, ZACHARIAS, STEPHANVS, SCHMIDTIVS uersari noluerunt in auctoritate eius quoad nostram quaestionem expedienda. Liceat itaque uerba scholii referre, unde statim apparebit, HVFELANDIVM in L. 5. si usfr. pet. explicanda non errasse:

λέγων γὰρ ὅτι·

*EI . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΣΕ . ΔΙΚΑΙΟΝ . ΜΗ . ΕΧΕΙΝ .
ΤΟΥ . ΟΥΤΙ . ΦΡΟΥΙ . ΙΝΒΙΤΟ . ΜΕ .*

³⁷⁾ WIRTHII quidem commentatio post annum illum prodiit, sed auctori id maxime uidetur cordi fuisse, ut PAPII commentis obuiam iret, ZIELONACKII autem, qui fu-

sus de his rebus disseruit, maxime interesse debuit, ut tam graue argumentum, siquidem illud nouit, silentio praeteriret.

ἢ οὕτως·

ΕΙ . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΜΕ . ΔΙΚΑΙΟΝ . ΕΧΕΙΝ .
ΤΟΥ ΚΩΛΥΕΙΝ . ΣΕ . ΧΡΗΣΘΑΙ . ΤΩ . ΟΥΤΙ .
ΦΡΟΥΙ .

δηλοῖ, ὅτι δεσπότης ἐστὶν καὶ ἀποκινεῖ τὸν ἀντίδικον ταῖς τῆς δεσποτείας ἀποδείξεσι,³⁸⁾ καὶ δοκεῖ διὰ τῶν τοιούτων ῥημάτων κομφεσσόριον μᾶλλον ἀλλὰ μὴ νεγατόριον κινεῖν, ὅτι λέγων τοῦτο, δεσπότην φησὶν ἑαυτὸν καὶ θύνασθαι κατὰ νόμον κωλύειν τοῦ κερῶσθαι τὸν ἀντίδικον.

Quae STEPHANI uerba non satis distincte ZACHARIAS uertisse uidetur. Ab initio enim hunc sensum exhibent:

„Nam qui ita intendit . . . etc. . . . probat,³⁹⁾ se dominum esse et repellit aduersarium domini probationibus.“

Hoc autem STEPHANI testimonio nescio quid possit esse clarius.

Postquam enim docuit, propter formulae conceptionem:
„SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . VTENDI .
FRVENDI .

facillime quemquam eo adduci posse, ut contra regulam generalem, qua de suo quemque, non de alterius iure probare debere praeceptum sit, in hac actione de debilitate iuris aduersarii probationem esse suscipiendam contendat: uere tamen usuuenire regulam istam continuat propter uerba „in-

³⁸⁾ Haec uerba ex parte a ZACHARIA sunt restituta, neminem tamen tam ineptum fore putandum est, ut aliter restitui debuisset contendat. Rectissime enim ZACHARIAM lacunas expleuisse uidebit, quicumque litteras residuas inspexerit.

³⁹⁾ ZACHARIAS uertit: „Nam dum dicit . . . docet se dominum esse“ etc.. Verum uox „δηλοῖ,“ non docendi tan-

tum, sed certe probandi notionem inuoluit: est enim „apertum reddere,“ et quod apertum redditur, uel omnibus ante oculos proponitur, ut uideant, uel ita argumentis demonstratur, ut intelligant. Et haec posterior notio huic loco conuenit. Exempla uero huius usus facili negotio in lexicis Graecis inuenies.

uito me," in quibus omne actionis fundamentum coniciere putandum sit. Nam siue quis intendant:

SI . PARET . IVS . NON . ESSE . INVITO . ME .

siue ita:

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . PROHIBENDI .

semper ei dominium suum probandum esse, quo facto aduersarius repellatur ab usu iuris, quod sibi asseruerit, — nisi scilicet, quod non dixit STEPHANVS, sed quod procul dubio est supplendum, seruitute sibi debita niti possit.

Hanc uero STEPHANI auctoritatem irritam reddere uidetur THEOPHILVS ad §. 2. I. de act.:

Ἄλλ' ἢ ἀπολογία αὐτῆ ἐστίν· ἐπὶ τῆς νεγατορίας ἀναγωγῆς τῶν ἀσωμάτων, εἰ καὶ τοῖς ῥήμασι νεγατορίως κινουῦμεν τὴν in rem, ἀλλ' οὖν τῷ ἀποτελέσματι κομφεσσορία⁴⁰ ἐστίν· ἐπειδὴ γὰρ συνωμολόγηται, ἐμὲ εἶναι δεσπότην τοῦ ἀγροῦ ἢ τῆς οἰκίας, καθ' ὧν ὁ ἀντίδικος ἐαυτῷ προσεῖναι usumfructum ἢ δουλείαν φησὶν· ἔγω δὲ λέγων·

EI . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΤΟΝΑΕ . ΜΗ . ΕΧΕΙΝ . VSVM-
FRVCTVM . Η . ΔΟΥΛΕΙΑΝ . ΚΑΤΑ . ΤΟΥ .
ΕΜΟΥ . ΑΓΡΟΥ .

δοκῶ τῇ δυνάμει τοῦτα λέγειν·

EI . ΦΑΙΝΕΤΑΙ . ΕΛΕΥΘΕΡΟΝ . ΔΟΥΛΕΙΑΣ .
Η . ΕΛΕΥΘΕΡΟΝ . VSVFRVCTV . ΤΟΝ . ΕΜΟΝ .
ΕΙΝΑΙ . ΑΓΡΟΝ .

καὶ ἐστὶν οὕτως νουμένη τῆς in rem ἢ (ῆ) ἀναγωγῆ κομφεσσορία, εἰ καὶ νεγατορίως πέφρασταί.

Ac uere hic THEOPHILI locus adeo decipit uiros doctos, ut DE REGE hoc praecipue nixus argumento doctrinam suam §. 4. memoratam excoluerit. Quum enim claris uerbis dicere uideatur THEOPHILVS, eum, qui negatorie intendant, re et

⁴⁰) Vox „κομφεσσόριος“ et in STEPHANI scholio et in hoc THEOPHILI loco omnino non terminus technicus est, sed generaliter si-

gnificat affirmatiuum aliquid, quo sensu etiam rei uindicatio dicitur esse actio confessoria quaedam.

effectu confessorie agere, quum hoc uideatur reuera intendisse:

SI . PARET . LIBERV . ESSE . VSVFRVCTV . FVN-
DVM . MEVM .

facilis inde fieri potuit conclusio, huius certe intentionis fundamentum, quod aliud esse nequit, nisi ipsa fundi libertas, probari debere. Tale uero THEOPHILI effatum quasi ex diametro oppositum esse STEPHANI doctrinae, qui dominium et quidem dominium in genere probandum esse censuerat, sponte consequitur.

Sed primo adspectu, si optio est facienda inter STEPHANVM et THEOPHILVM, clarissima et planissima STEPHANI uerba, THEOPHILI obscurioribus et difficilioribus praeferenda esse fidemque illis habendam uideri apparet.

Itaque antea THEOPHILI praecepta ab eo, qui uerba magistri litteris mandauit, quia philosophicam quandam continent deductionem, perperam intellecta esse putabam, qua in re egregium habebam auxilium, quod THEOPHILVS plane negligere uidetur uerba „inuito me,“ quae formulae inesse debere, non potuit fugere uirum iuris peritissimum. Itaque eandem, quam apud STEPHANVM legimus, rationem proposuisse THEOPHILVM persuasum habebam, quod scilicet exposuerit, negatoriam actionem iccirco prorsus esse sanam, quia confessorium quoddam ei insit, probationem recipiens, ipsa dico uerba „inuito me,“ dominii probandi uestigia.

Quum tamen iteratis studiis hunc iu locum inquirerem, coniectando uel adeo interpretando rectum posse erui uidebam hoc modo, ut primum uox „ἐπειδὴ“ non per „quia“ redderetur, uti factum est in uersione uulgari, sed notionem domesticam seruaret, tum uero deleteretur, quod facillime adici poterat propter uerborum speciem formulae tenori haud absimilem, repetitum illud: *EI . ΦΑΙΝΕΤΑΙ*. Libenter etiam pro: „δοκῶ τῇ δυνάμει ταῦτα λέγειν“ scriberem „ταῦτα λέξαι,“ sed retineri potest uulgata. His igitur emendationibus factis hoc THEOPHILI effatum habemus:

„Postquam enim concessum est, (concedi autem solet etiam quod probationibus euincitur: effectus utriusque conces-

sionis idem est,) me dominum esse agri uel aedium, in quibus aduersarius usumfructum sibi ait competere, ego dicens :

SI . PARET . ILLVM . NON . HABERE , VSVMFRVCTVM .
VEL . SERVITVTEM . IN . AGRO . MEO .

reapse haec dicere (dixisse) uideor: liberum a seruitute uel usumfructu esse agrum meum, et hoc sensu confessoria est intentio actionis in rem, quamuis uerbis sit negatiua.

THEOPHILVS igitur dicit, post dominium probatum uel concessum negatorie agentem confessorium aliquid probasse, scilicet liberum esse dominium suum. ⁴¹⁾

Quod tamen diximus, etiam nuda interpretatione similem huic rationem posse erui, eo nititur, quod reuera Theophilus ea dixerit, quae leguntur, sed non eo sensu, quem DE REGE suspicatus est, quasi intentioni secundo loco positae:

SI . PARET . LIBERVV . EESE . AGRVM .

satisfaciendum esset, sed quasi dominio probato huic intentione reuera iam satisfactum esse uideatur, ita ut non speciem intentionis probandae, sed imaginem potius intentionis, qualis post probationem esse uideatur, THEOPHILVS exhibuerit.

Et ita consociato cum STEPHANO THEOPHILO ad ipsas formulas recurramus.

⁴¹⁾ Libertas fundi quoad probationem nihil est *κομφεσσόριον*: probari enim non potest, nisi e contrario, hoc est ex absentia cuiusuis circumscriptionis. Attamen recte dicitur, si probata sit libertas

uel probata esse fingatur, ad *κομφεσσόριον* quicquam actorem prouocare, quum uice uersa in notione libertatis coniciat ius, alios ab usu rei suae excludendi.

§. 14.

3. DE ONERE PROBANDI IN ACTIONE PROHIBITORIA.

Actionem prohibitoriam hanc esse, certo licet statuere:

SI . PARET . A° . A° . IVS . ESSE . PROHIBENDI .
N^m . N^m . IRE . AGERE . IN . FVNDO . CAPENATE .⁴²⁾

Fundamentum actionis prohibitoriae, quod supra uidimus, (§. 8.) est dominium eiusue in parte exclusiua extensio. Prout itaque alterutrum ea persequimur, uel domini probatio uel seruitutis exigitur. Et posterius quidem hoc si euenerit, res est simplicissima: probato enim iure suo actor aduersarium impedit, ne quid contra suscipiat, si scilicet dominium suum in fundo dominante quasi legitimationem ad rem simul comprobauerit, hanc enim probationem non minus exigi posse, quam in confessoria actione consentaneum est: et hoc quidem pariter habebitur in actione negatoria. At uero longe difficilior res est, si quis dominio suo nixus alium prohibere uoluerit. Quaeri enim potest, num probatio, se dominum esse, sufficiat, an potius ita ratiocinandum sit: „Is, qui seruitutem debet, dominium quidem retinet, sed non tale dominium, unde ius prohibendi illum, cui seruitutem debet, sibi possit adscribere. Ius enim prohibendi in dominio per se consitum, seruitute obuersante contra eum, qui seruitutem habet, ipso iure compescitur, itaque dominus ad dominium prouocans nihil agit, quamdiu non etiam probauerit, ius illud prohibendi contra ipsum reum se retinuisse, ideoque etiam in hac prohibitoria actione non domini probationem sed libertatis domini exigi debere.“

Cui ratiocinio primum opponi possit STEPHANI auctoritas superiore paragrapho collaudata. Quem quum distinctis uerbis domini probationem docuerit sufficere, de liber-

⁴²⁾ Verba „inuito me“ non se est dilucidum. esse debere in hac intentione per

tate dominii probanda cogitare non potuisse consequens est.

Sed ne opus quidem est, ut ultimum hoc alienae auctoritatis auxilium requiramus, nam ex ipsis iis, quae praeterea et L. 5. pr. si usfr. et THEOPHILI paraphrasi et reliqua STEPHANI disputatione docemur, sententiam nostram affatim possumus probare.

Namque quum primum quoddam de probatione Romanis fuisse praeceptum exploratum habeamus, quod quisquis de suo iure confiteri neque uero ex debilitate iuris aduersarii uictoriam sibi parare debeat: si actioni prohibitoriae praeceptum hoc accommodare uelimus, statim uidebimus, idem inde resultare, quod STEPHANI confirmatione cumulum quasi recipit.

Ius aliquod prohibendi in dominio consitum esse, consentaneum est, nam si quis nullum ab usu rei suae prohibere possit, is dominus haberi etiam non possit. Hoc autem ius, num contra hunc uel illum domino competat, quaestio est facti, certe uero, si contra aliquem non competat, iccirco dominum dominum esse desiisse, dicere non licebit. Cf. §. 27.. Porro autem, si quis prohiberi non possit a domino, is ius aliquod habeat, necesse est, quod contra dominum possit exerceri. Habemus itaque duo iura inter se opposita, ex altera parte dominium, ex altera seruitutem. Quorum inter se relatio haec est, quod ubi alterum (seruitus scilicet) desinit, alterum (dominium dico) pleno rursus ambitu incipit. Iam si dominus uel contra eum, cui seruitutem debet, uel contra alium quemuis prohibitorie experiatur, opus non habebit, ut plus quam dominium suum in genere comprobet: simulatque enim longius processerit, et libertatem dominii probare inchoauerit, aliter hoc facere non poterit, quam ita, ut de absentia alieni iuris, quod circumscribat suum dominium edoceat. Absentia autem alieni iuris, non est ius eius, qui agit, sed consistit in debilitate iuris eius, qui reus est, unde probationem suscipi, ipsi, quos attulimus loci, ratum non habent. Ergo quum libertas rei, postquam probata est, conditio quidem haberi debeat, ut ita dicam, positium a, probari autem nequeat, nisi ex absentia circumscriptionis, dicendum

est, non suscipiendam esse libertatis probationem ei, qui ex dominio suo ius prohibendi deriuat, contra quemcunque intentionem suam direxerit.

Et hinc simul apparet, cur prorsus perperam DE REGE contulerit actionem de libertate hominis et de libertate rei. Cf. §. 4. n. 14.. Libertas enim personae ex Romanorum certe doctrina ius est, et qui prouocat ad libertatem suam probare am debet, quoniam de suo iure agit, libertas autem rei est conditio quaedam. Omnino autem hoc loco uelim monere, quod omnis illa de negatiuae probatione doctrina, ad quam §. 28. breuiter recurremus, longe facilius inde sit expedienda, si remota quaestione, utrum fieri possit talis probatio nec ne, eo respiciamus, num quis propterea quod de suo iure docet, ad negatiuae probationem adigatur, uelut in conditione indebiti. Sed haec per uiam tetigisse sufficiat!

Denique quaestionem consideremus, quam haud raro a uiris doctis uideo male diiudicatam. Statuunt enim in actione negatoria tum saltem actori suscipiendam esse probationem, si in eo fundare uelit actionem suam, quod reus seruitutem aliquando debitam amisserit. Cf. VOLLSACKIUS §. 15. et quos citauit n. 3. et VANGEROVIUS §. 353. n. 2. c. in med. coll. cum §. 342. n. 2.. Sed talis probatio ab initio statim nec in prohibitoria actione nec in negatoria debet exigi, quod utraque actio dominium habet fundamentum, nunquam uero ex iure ab aduersario amisso nasci potest. Itaque semper dominii probatio prius erit exigenda, deinde uero, si reus seruitutem exceperit, replicationi locus erit. Et ad hunc processus decursum reuera etiam tunc res rediit, si forte et dominium et seruitus ante existens utrimque fuerint concessa et omnis probatio in replicatione coniciat.

Similiter, quae HVFELANDIUS p. 90. uelut probanda ab actore protulit, sunt quidem ab eo probanda, sed et ipsa replicationis tantum loco.

Sub fine igitur paragraphi huius repetamus, et ex auctoritate STEPHANI et ex doctrina de probationibus generaliter obtinente, siquidem accuratissime obseruentur eius

praecepta, satis euinci, in prohibitoria actione utique domini probationem sufficere, siue debeat seruitus siue non. Et hinc uiam ad sequentia patefecimus.

§. 15.

4. DE ONERE PROBANDI IN ACTIONE NEGATORIA.

Eo tandem peruenimus, ut, cur omnino tam fuse de prohibitoria actione locuti simus, rationem reddamus: plane enim a proposito nostro alienum uideatur esse, de tertia quadam actione dici, quum de duabus tantum dicendi consilium fronti huius commentationis praefixerimus. Neque tamen absona tractasse nobis uidemur, quum huius instituendi ratiocinii nunc demum facultas nobis obuenerit:

1^o, Apud Romanos, quibus exclusiuam domini uim tuerentur, duae fuerunt actiones et prohibitoria et negatoria.

2^o, Actiones prohibitoria, et negatoria, quatenus ipsam domini uim exclusiuam tuerentur, quoad effectum agendi prorsus in unum concidunt, excepto uno casu, ⁴³⁾ qui minus attinet.

Hinc consequitur, si quis dominus in libero rei suae usu turbaretur, licuisse ei pro arbitrato suo uel negatoriam formulam uel prohibitoriam expetere.

3^o, Porro uidimus, in actione prohibitoria dubitari iure non posse, quin domini probatione ad exceptionem probandam reus adducatur.

Quid ergo? Tam peruersos fuisse arbitremur Romanos, ut quum leuius probandi onus possent suscipere, grauius sibi elegerint? Aliis uerbis: Num unquam actione negatoria acturus quis fuisset, si in ea probationem et domini

⁴³⁾ Vidimus enim, contra opus minimum tantum probare tenetur, iam perfectum prohibitoriae locum etiam hoc casu rem ita se habere, non esse. Sed hic casus et rarior facilis est conclusio.
est, et alias si negatorie agens do-

(ut legitimatōnis ad rem) et seruitutis aduersario non debitaē exsequi debuisset, quum facillime actione prohibitoria usus effecisset, ut seruitutis saltem probatio ad aduersarium pertinere?

Attamen negatoria actione prohibitoriam fere extirpata esse, inde apparet, quod tam raro huius actionis mentio facta est: et rursus haec negatoriae uictoria aliter nequit explicari, nisi ita, ut, dum latiore paulo orbem negatoria circumscriberet, ideoque magis se commendaret, (cf. supra §. 8. in med.) et praeterea condemnatio ex hac actione procediens magis placeret, onus tamen probandi in utraque actione ad solum dominium fuerit relatum.

Et hoc per se omni ex parte sufficere possit, etiamsi alia argumenta non inueniantur, sed ipsa actionis negatoriae intentio ad eundem prorsus finem perducit.

Quod antequam expediemus, unum restat breuiter tractandum, quod supra (§. 8.) uix coniectando illustrari posse, diximus, scilicet, ut quaeramus, quānam factum esse uideatur, ut iuxta negatoriam actionem prohibitoria exstiterit, uel uice uersa negatoria iuxta prohibitoriam. Quamuis enim in certa et explorata re subsistere et non opus esse iactare possimus, ut obscura antiquitatis delubra ad principia instituti cuiusdam inuestiganda perscrutemur, cuius ipsa existentia prorsus sufficiat, nihilominus periculum faciamus.

Negatorie et confessorie aliquando sacramento actum fuisse uidimus, ita ut Praetor uindicias dicendo statueret, quis actoris, quis rei partes sustineret.

Et illo quidem tempore, quo nec quasi possessionis notio nec ipsa de seruitute doctrina admodum erat exulta, sed seruitutes quasi extensiones et deminutiones domini habebantur, uix dubitari potest, quin semper uindiciae secundum dominum dictae fuerint, qui uel defendebat seruitutem, uel de seruitute in ius uocabatur. Cf. RAUSCHENPLATIVS p. 13..

Itaque iudicia fere semper erant confessoria: aliis uerbis, in actione negatoria ad probationem reus adigebatur, praeterquam si de seruitute negatorie ageretur.

Deinde uero quum sponsionibus agi coeptum esset, quaeri potuit, quemadmodum sponsio talis institueretur, ne

gravius onus is susciperet, qui seruitutem negabat, quam antea in legis actione sacramento erat subeundum. Fingas enim sponsionem ita factam esse, ut receptis uerbis in uindicatione seruitutum antea usitatis, alter quaereret:

SI . PARET . TIBI . IVS . NON . ESSE . EVNDI . AGEN-
DI . IN . FVNDO . CAPENATE . X . DARE . SPONDES.

Hoc casu secuturum est, ut is, qui sponsionem inierit, tum demum uincat, si alium ius non habere docuerit, itaque procul dubio ad hoc agendi genus nunquam accedet. Alia igitur quaestio erat subiicienda, ut sponsione facta nihilominus onus probandi eodem, quo ante, modo distribueretur. Et hinc originem duxisse opinor actionem prohibitoriam. Si quis enim quaereret:

SI . PARET . MIHI . IVS . ESSE . PROHIBENDI . TE .
IRE . AGERE . IN . FVNDO . CAPENATE . X . DARE .
SPONDES.

et ipsi consulebat et aduersario grauius quam antea habebatur, onus non imponebatur. Quum enim antea seruitutem suam uindicare uel potius eam ex iure Quiritium suam esse euincere deberet, iam uice uersa seruitute probata ius prohibendi aduersarii coercere se posse docebat.

Quum uero illud: *NEGO . TIBI . IVS . ESSE .* et anti-quitatis auctoritatem pro se haberet, et breui intelligeretur, quaestionem istam de iure prohibendi institutam non utique sufficere, paulatim ad antiquam istam rationem ita recurrebant, ut additis uerbis „*inuito me*,” de quibus statim uidebimus, idem efficerent, quod prohibitorie.

Deinde uero, quum Praetor formulas de seruitutibus proponeret, fieri non potuit, quin ex usitata sponsionis inuendae ratione utramque formulam excuderet et prohibitoriam et negatoriam. Negatoria autem sensim alteram superabat, praesertim, quum magis placeret condemnatio illius, qua aduersarium ius non habere, efficiebatur, dum in prohibitoria ius tantum actoris constituebatur, tum uero propter ipsum negatoriae ampliorem ambitum.

Verba autem „*inuito me*” reuera totam intentionis negatoriae uim continere, egregie rursus confirmat scholium *STEPHANI* l. l. et ipsa, quam in superiore paragrapho

instituiamus, disquisitio. Nam quum quisquis de suo iure debeat agere, quaeritur, de quonam suo iure agat is, qui ita intendit:

SI . PARET . IVS . TIBI . NON . ESSE .

siue seruitutem sibi asserens siue dominio nixus egerit.

Primo enim casu si probauero, Titio altius aedificare non licere, quia Sempronio debeat seruitutem, intentioni quidem meae satisfecero, neque tamen Titius condemnari poterit, quia mea non interest, utrum seruitus ista existat nec ne. Item si altero casu probauero, Titium sibi arrogare seruitutem non debitam contra fundum Sempronii eadem de causa, quod mea non interest, nihil egero. Quin adeo utroque casu omnino ne formulam quidem mihi proditum iri manifestum est.

Videamus igitur, quidnam efficiant uerba inserta „inuito me.“ Ac uere si quis negatorie ita intendat:

SI . PARET . IVS . NON . ESSE . INVITO . ME .

aliter haec intentio uix potest intelligi, nisi ita:

Ille, si ius habere non potest, nisi consentiente me (hoc est, non inuito me), quaeritur, quodnam ius ipse ego habeam. Meum autem ius est dominium, quod habere me, probare teneor.

Alterum est, quod reuera inuito me ius exerceri, pateat, opus est, et hoc non eget probatione, quum affirmatio sola, hoc ita esse, sufficiat, neque etiam separatim fieri debet haec affirmatio, quia eo ipso, quod quis agit, satis demonstratur.

At uero forsitan quis obiecerit, etiamsi uerba „inuito me“ addita sint, nihilominus tamen libertatem rei debere probari, quum in duas has partes discedat probatio:

1^o, ius non esse inuito me,

2^o, omnino ius non esse,

quarum altera libertate rei nitatur. Et haec obiectio, licet post STEPHANI de uerbis „inuito me“ expositionem fieri uix possit, nihilominus eo perducit, ut neglecto prorsus hac scholii nostrae parte ad ipsas redeamus formulas, quales §. 6. expressimus, unde grauissimum quoddam patet.

Et possessori et non possessori competere actiones con-

fessoriam et negatoriam supra indubitatis legum documentis euicimus. Iam uero in Digestis nullibi exemplum inuenimus duplicis actionis negatoriae, qualis possessori et qualis non possessori competat, et ipsa quoque STEPHANI accuratissima formularum enumeratio unam tantum formulam negatoriam memorat. Itaque dubitari non potest, quin una tantum formula in usum et possessoris et non possessoris prodita fuerit, eandem autem formulam eundem exigere probationis finem, consentaneum est, Patet igitur ex ipso formularum tenore prorsus alienam ab iuris Romani praeceptis eos doctrinam proposuisse, qui possessioni aliquam in his rebus auctoritatem tribuerint. Cf. §. 19. sqq.. Itaque dicemus, considerata negatoriae intentione duas tantum ratas haberi posse sententias, alteram hanc, quod semper reo incumbat seruitutis probatio, domino domini, alteram, quod semper actor probare debeat libertatem domini sui, siue in possessione sit, siue non, quod posterius tantopere ab omni iuris ratione abhorret, ut ipse, qui hanc primus rationem proposuit, SCHWEPPIVS locorum tantum duorum auctoritate eo adductus sit, quae recta interpretatione eliditur. Praeterea autem talis opinio undique refutatur, uelut ex antecedentibus affatim apparuit: itaque etiam ex hac parte, ut domini probationem negatoriae agenti imponamus, cogimur.

§. 16.

III. DE UTILI ACTIONE CONFESSORIA ET NEGATORIA. 44)

In antecedentibus et in confessoria et in negatoria actione modo quasi legitimationem ad rem, modo quasi fundamentum actionis probandum esse dominium demonstraui-

44) De utilibus hisce actionibus dicendum est. Itaque actio utilis nobis tantum quoad onus probandi confessoria, quae uerbi gratia pro-

mus. Iam uero a glossatorum tempore semper resuscitata est quaestio, quatenus tandem actor dominium probare cogatur, aliis uerbis: num ex iure Quiritium se dominum esse probare debeat, (cf. L. 16. de except.), an minus plena probatio sufficiat. Et hoc quidem ultimum certis legum documentis est stabilitum. Loci enim haud pauci testantur, utramque actionem praeter dominum et ei competere, cui ipsa utilis rei uindicatio dari solet, superficiario, emphyteutae, pignoris creditori. Cf. L. 16. de seru. (VIII, 1.):

„Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem seruitutis dari, sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem seruari conuenit et in eo, ad quem uectigalis fundus pertinet. Cf. L. 9. de O. N. N.:

L. 3. §. 3. de O. N. N.:

„Si ergo superficiarius sim.... Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et seruitutum causa actio mihi dabitur et operis noui nuntiatio debeat mihi concedi. Cf. L. 1. §. 9. de superf. (XXXXIII, 18.).

Pari loco habendae sunt actiones, quas intendit bonorum possessor et bonorum emptor, licet L. 18. de pign. act. (XIII, 7.), quam citare solent, huc facere non videatur, usufructuario autem competisse hanc actionem minus recte ex L. 2. de O. N. N. et L. un. §. 4. de remiss. statuitur, quum legum istarum auctoritas elidatur L. 1. pr., L. 5. §. 1. si usfr., quarum potior uis esse debet. Itaque usufructuario utilem tantum rei uindicationem dicemus proditam fuisse. Vice uersa etiam utiles actiones uocatas fuisse, quae contra personas enumeratas dirigerentur, credibile est.⁴⁵⁾

pter simile seruituti ius competit, L. 1. §. 23. de aq. et aq. plu. (XXXVIII, 3.), huc trahenda non est.

Item differentiam illam a superiorum saeculorum iureconsultis inter has utiles actiones ratione subiecti et obiecti agitatam (Cf. КНОРРИУС cap. II. et III. ab initio), missam

faciemus, quum ab iure Romano definitiones illae abhorreant.

⁴⁵⁾ L. 31. de S. P. V. utilis actio occurrit legatarii, cui seruitus, ne luminibus officiat, testamento constituta est, contra heredem, qui post aedificium depositum rursus supra priorem modum extollere conatur.

Videmus itaque, in probatione intentionum, quarum fundamentum dominium esse constituimus, sufficere, si quis loco se esse domini probare possit, id est probare, se ius aliquod ex iis, quae descripsimus, habere et quidem a domino translatum, uel ab eo, qui transferre possit, ita ut usque ad primum auctorem recurri possit. Cf. SELLIVS p. 395.. Idem dicendum est de eo, cui legitimationis ad rem causa dominii probatio incumbit.

Et haec quidem nunquam in dubium uocata fuisse uideo. Rursus autem longe grauior existit quaestio, quatenus tandem ipse dominus si ab eo probatio exacta fuerit, ius suum debeat probare, qua de re in paragrapho insequenti agemus.

§. 17.

V. DE ACTIONE CONFESSORIA ET NEGATORIA PVBLICIANA.

PVCHTA ⁴⁶⁾ in Musco Rhenano Vol. I. p. 165. seqq. de actione negatoria ita disseruit, ut eo potissimum respiceret, quatenus tandem dominii probatio actori sit iniungenda. Qui quum maxima cum diligentia ac perspicuitate sententias omnes, quae hac de re a Glossae temporibus et in scriptis iureconsultorum et in praxi obtinuerint, et explanauerit et

Quo loco nescio an „utili“ actioni opposita sit „inutilis“ neque uero „directa,“ id quod saepissime fieri testis est KELLERVS p. 394.. Sed possit etiam aliter explicari.

⁴⁶⁾ Cf. eius Pandectae §. 169., ESSERVS p. 12. seqq., SINTENISIVS p. 523., HOFFMANNVS p. 239., VANGEROVIVS §. 353. n. 2. c. i. f.,

SELLIVS p. 416. et quos citauit. Contra ZIELONACKIVS p. 238. id ipsum, quod negatoria actio Publiciana disertis uerbis nunquam in fontibus nostris, qui dicuntur, memoretur, in contrariam sententiam argumenti loco protulit. Aduersus quem cf. WIRTHIVS, qui nouissime hanc rem exposuit, p. 22..

diiudicauerit, operam perdidisse uiderer, si commentationem eius uel totam repeterem, uel etiam amplificare periclitarer.

Breuem itaque eorum, quae PVCHTA disputauit, conspectum apponere sufficiat:

1^o, GLOSSA ad L. 2. et 12. C. de probat (III, 19.) et ad L. 5. pr. si usfr. interpretationibus uariis fauet.

2^o, Commentatores ex possessione dominium praesumi contendebant.

3^o, BARTOLVS ad L. 27. de cond. inst. (XXVIII, 7.) et L. 8. §. 3. si seru. ita distinxit:

a.) Dominus est actor. Hoc casu, si principaliter agitur de dominio (uelut in uindicatione) dominium plenum probandum est. Sin uero incidenter de dominio quaeritur, praesens possessor dominus praesumitur.

b.) Dominus est reus. Hoc casu post fundatam actoris intentionem dominium non praesumitur: alias praesumitur.

Itaque, quum in negatoria actione incidenter tantum de dominio quaeratur, possessionis sufficere probationem et iccirco dominium praesumi BARTOLVS⁴⁷⁾ proponit. Quae regula quum facilitate sua maximopere se commendaret, ab omnibus fere deinde sine controuersia agnoscebatur. Cf. GLVECKIUS Vol. X. p. 248.. Vbi non erat in possessione actor, plenam dominii probationem exigi, consequens erat. Sed uel hac exceptio eo denique impugnabatur, quod aliis etiam modis, quam possessione probata, dominium probabile posse reddi, iureconsulti consentire coeperant.

4^o, Eorum ratio, quum pullulare coepisset, qui libertatem dominii in actione negatoria probandam opinarentur, dominium ipsum quemadmodum in confessoria fieri uidimus, non etiam caput suscipiendae probationis credebatur, sed eius libertas, itaque summariam quandam dominii probationem sufficere putabant, quae ratio deinde etiam ad contrariae sententiae defensores transiit. Cf. REINHARDTVS §. 16., KINDIUS p. 209., VANGEROVIUS §. 353. n. 2. c. i. f..

⁴⁷⁾ Tota hac ratio dilucide expressa est apud KNORRIVM p. 37..

Hanc ultimam sententiam tamdiu omnino ualere tantum potuisse, quamdiu res incidenter tractandae summarie absoluebantur et iccirco summarie tantum probandae erant, rectissime PVCHTA docuit. Quod quum nunc obtinere desiderit, (cf. LINDIVS P. C. §. 328., HEFFTERVS §. 404.), haec ratio uel tum reiicienda nobis esset, nisi quam strictissime disquisitiones nostras iuris Romani praeceptis accommodare propositum haberemus.

Prior uero ratio, etsi per se facilis sit, maximo tamen laborat uitio, quod nuda possessio nullo modo praesumptionem pro dominio potest inducere. Cf. infra §. 26..

Quaeritur itaque, num melius aliquid commentis istis possimus substituere, nec dubito, quin prorsus cum iure Romano conueniat illa, quam PVCHTA proposuit, actio negatoria Publiciana⁴⁸). Sed et confessoriam dari Publicianam, certum est.

Rei uindicationem contra omnes non solum domino dari et ei, quem pro domino quodammodo haberi constat, uelut emphyteutae, (L. 1. §. 1. si ag. uect. (VI. 3.) L. 66. pr. de euinct. (XXI. 2.) L. 15. §. 26. de damn. inf. (XXXVIII, 2)), sed etiam bonae fidei possessori contra omnes, qui meliore iure non nitantur, res est notissima. Et posterior quidem haec actio, quam Publicianam uocant, ita concepta fuit teste GAIO III, 36:

T . I . E . SI . QVEM . HOMINEM . A^s . A^s . EMIT .
ISQVE . EI . TRADITVS . EST . ANNO . POSSEDISSET .
TVM . SI . EVM . HOMINEM . D . Q . A . EIVS . EX .
IVRE . QVIRITIVM . ESSE . OPORTERET . etc.

(OPORTERE . PARET . coniectura ARNDTSII in Pandectis §. 171. n. 1. quam nolim probare: certe enim uox „PARET“ alio loco ponenda fuisset, ita: TVM . SI . PARET . etc.).

⁴⁸) BORSTIVS de onere probandi in processu ciuili §. 91. hanc domino incumbere docet probationem, ut acquirentem se dominium de

seruitutibus ei impositis edoctum non esse confirmet. Contra quem cf. HOFFMANNVS p. 246..

Fingebatur itaque euenisse aliquid, quod non euenerat, rei scilicet usucapio. Iam uero, quum hanc actionem pro dominio inductam esse constet, et nos confessoriam atque negatoriam actionem identidem ex dominio principaliter competere supra §. 4. statuerimus, facilis est conclusio, quod pro toto dominio inductum fuerit, similiter ad partes eius referri debuisset. Admodum enim fuisset mirabile, tum demum bonae fidei possessori actionem prodi, si omnino re sua priuaretur, neque tum etiam, si ex parte turbaretur. At uero hunc in usum egregie quadrat ipsius Publicianae fictio, et uere mirandum est, quod ante PUCHTAM nemo hanc rem fusius tractauerit⁴⁹⁾. Equidem non solum apud nos sine dubio negatoriam Publicianam admittendam esse persuasum habeo, sed Romanos iam ea usos esse uelut certum proponi posse et casu tantum factum esse censeo, licet satis admirando, quod in fontibus nostris nulla eius uestigia inueniantur: cogitari enim non potest, Romanos in omnibus, quae ad ius pertinent, enucleandis tanta sagacitate uersatos in probando dominio remedia supra descripta (uelut praesumptionem ex possessione) negatorie agenti dedisse, quorum debilitas in promptu est, dum in oculos incideret Publicianae rei uindicationis analogia.

Quoad autem formulam negatoriae huius Publicianae, errauit ZACHARIAS p. 287., qui sine logices offensione construere eam posse negauit, et Publicianam prohibitoriam in usu fuisse contendit. Nam rursus praeteriit uerba „inuito me,“ itaque licet prohibitoriam Publicianam in usu fuisse uerisimillimum sit, negatoria tamen procul dubio et ipsa existit:

T . I . E . SI . QVEM . FVNDVM . A^s . A^s . EMIT .
ISQVE . EI . TRADITVS . EST . BIENNIO . POSSE .

49) Ante PUCHTAM de actione negatoria Publiciana loquitur KNORRIVS c. III. §. 1., qui tamen nihilominus prorsus a recto abest, quum „qualem qualem“ dominii

probationem sufficere c. 1. §. 34. serio affirmet, et PVFENDORFIVS Obs. 36., quem non regulae loco posuisse, quod uno casu obseruatur, dolendum est.

DISSET . TVM . SI . N° . N° . IVS . NON . ESSET .
 IN . EO . FVNDI . IRE . AGERE . INVITO . A° . A° .
 NEQVE . N° . N° . ARBITRATV . TVO . RESTITVET etc.

et generaliter dicendum est, hanc formulam uulgata negatoriae actionis formula fuisse praestantiorē, quā faciliorem redderet probationem domini.

Sequitur, ut de confessoria Publiciana uerbum addamus. Et hanc actionem exstitisse non utilitas tantum comprobatur, sed certae leges testantur, inter quas excellit L. 11. §. 1. de act. Publ. (VI, 2.), ad quem locum cf. HOFFMANNVS §. 129., FRITZIVS p. 389., ARNDTSIVS l. c.. Conferatur etiam L. 1. pr. quib. mod. usfr. (VII, 4.), L. 16. si seru., L. 1. §. 2. de S. P. R. (VIII, 3.), L. 2. comm. praed. (VIII, 4.). Et ex his locis simul apparet, uariam fuisse in hac actione intentionem, prout in persona eorum, qui seruitutem constituebant, uel in modo constituendi uitia occurrerant.

§. 18.

VI. DE PROBATIONE IN ACTIONE NEGATORIA, SI EX PARTE SERUITVS NEGETVR.

Vltimo loco tractanda restat quaestio, quidnam probandum sit illi, qui seruitutem quidem concedit, sed ita quam factum est, exerceri eam debere infitiat.

Negatoriam hoc casu omnino competere actori, communis est doctorum opinio. Cf. cit. ap. VOLLSACKIVM p. 20 n. 3.. Num etiam ex legibus confirmetur, quaeri potest. Et VOLLSACKIVS quidem audacter hoc nobis uolebat persuadere, locos afferens: L. 4. §. 1. de seru. (VIII, 1.), L. 4. §. 7., L. 14. si seru., L. 11. quemadm. seru. (VIII, 6.).

Sed in omnibus his legibus ne uestigium quidem inesse actionis negatoriae in hunc usum concessae bonumque itaque VOLLSACKIVM paullisper hariolatum esse, apparet.

Nam L. 4. §. 1., L. 14., L. 11. cit. uel modum adiici posse seruitutibus constituendis, uel plus iuris sibi uindicando seruitutem, qualis constituta est, non perire, perhibent. L. 4. §. 7. autem rectissimam negatoriae speciem exhibet, quum reuera contra Seium prorsus liberae sint aedes intermediae. Cf. supra §. 6..

Itaque in fontibus nostris negatoriae hoc casu usus mentio non fit: immo quum L. 4. pr. de seruitute confessorie agenti, si plus petat, quam pactum sit, doli uel pacti exceptionem esse opponendam dicatur, et ultimis quoque uerbis L. 11. pr. quemadm. seru. tale quid uideatur indigitari, conici possit, uerbi gratia ex pacto illi agendum esse, qui seruitutem male exerceri uelit euincere. Quum enim, qui seruitutem quidem concedit, sed ambitum eius negat, semper fere seruitutis originem noscat, necesse sit, praeterca enim negatorie de tota seruitute ageret, dici potest, ex hac ipsa seruitutis constitutae causa actionem competere. Sed quum praeter pacta etiam alii seruitutum acquirendarum modi sint, qui fundamentum agendi minus facile praebent, negatoriae usus etiam hoc casu necessarius est, et ratione quam maxime commendatur. Quum enim is, qui ius aliquod habet in re alterius, aequae ac tertius quidam, extra huius iuris fines inique agere possit contra id, quod de dominio, cuius intima natura seruitute debita nullo modo est afflicta (cf. infra §. 27.) alteri restat, non intelligitur, cur imminutum istud dominium negatoriae defensione careat, si is, qui ipse ius aliquod habet, tranquillum eius usum turbet, quum tamen Titio ius in re habente, rectissime ita contra Seium experietur dominus. Nulla enim est ratio, cur personae diuersitas uel minimam in hac re uim possit exercere.

Itaque fidenter communi subscribamus sententiae, unde actionem negatoriam hoc quoque casu domino competere statutum est. Cf. infra §. 29..

Sed quum hoc omnibus liqueat, de ipso tamen in tali causa probandi onere multum est disceptatum, quia hoc demum casu actori iniungendam esse probationem plerique statuerunt. Ad quorum argumentationes, quas optime et enumerauit et refutauit VOLLACKIUS §§. 16—18. in altera

commentationis huius parte breuiter recurremus. Hoc loco, quum formularum tantum respectum habere proposuerimus, formulae talis construendae periculum faciamus: VOLLSSACKIUS p. 22. hanc speciem exhibet:

„Gaius in praedio meo pascendi ius exercet, quod ei licet in pratis concedam, in agris tamen competere nego.“

Sed talis libellus Romanorum formulis respectis, si non falsus, tamen lubricus est. Nihil enim actori puto intendendum esse, nisi ut reus facere desinat, quod praeter seruitutem sibi praeripuerit. Itaque, ut exemplum promamus ex L. 11. pr. quemadm. seru., si quis actum constituerit bigis exercendum, et alter quadrigis uectus sit, ita agetur:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . QVADRI-
GIS . VEHENDI . IN . FVNDI . CORNELIANO . INVITO .
A^o . A^o .

Contra in seruitutibus praediorum urbanorum, uelut si quis X. pedes altius tollendi ius habeat et XV. pedes aedificare in animo habeat, inepta esset talis intentio:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . QVINDE-
CIM . PEDES . ALTIVS . TOLLERE . INVITO . A^o . A^o .

uel si iam aedificatum sit:

QVINDECIM . PEDES . ALTIVS . AEDIFICATVM . HA-
BERE . INVITO . A^o . A^o .

primo enim casu agendo nihil actor efficiet, nisi quod non agendo etiam potuisset, et altero casu prorsus sufficit actio negatoria simplex, ut intendat:

ITA . AEDIFICATVM . HABERE .

priori uero casu, simulatque X. pedes alter aedificauerit, uel opus nouum nuntiari, uel intendi potest:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . ALTIVS .
TOLLENDI . INVITO . ME .

Iam uero, si onus probandi respiciamus, in prima formula res admodum est perspicua. Agitur enim uelut de alia quouis dominii turbatione, quum nulla omnino seruitutis mentio facta sit. Itaque nisi reus haec ita esse concedat, exceptione nitatur, opus est: sin uero eo forsitan nitatur, quod seruitu-

tes non circumscriptas praesumi iuris sit (L. 4. de seru.), facillime pacti doliue replicatione remouebitur.

Restat unum seruitutis supra modum constitutum exercitium, quod formulis modo exhibitis nondum comprehendimus, si quis fortasse ius habeat CCC. pecudibus pascendi in agro Capenate et M. pascatur. Hoc casu facilis est intentio:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . M . PE-
CVDIBVS . IN . AGRO . CAPENATE . PASCENDI . IN-
VITO . A^o . A^o .

Eo enim, quod M. pecudibus pascendi ius esse negat aduersario et ius suum tuetur, nec tamen falso egisse uidetur: bene enim consociari potest, aduersarium ius non habere M. pecudibus pascendi et tamen ius habere CCC. pecudibus pascendi, dum e contrario, si quis omnino ius pascendi non habet, ei etiam M. pecudibus pasci non licet.

Sed fieri possit, ut incerto numero pascatur Numerius Negidius, licet numerus iste semper excedat CCC.. Hoc casu ita intendendum esse quispiam dixerit:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . PLVS .
QVAM . CCC . PECVDIBVS . PASCENDI . IN . FVNDO .
CAPENATE . INVITO . A^o . A^o .

neque tamen uel hanc intentionem rectam habeo. Potius, quum arbitraria sit actio negatoria ad arbitrium prouocandum censeo, uelut ita:

SI . PARET . N^o . N^o . IVS . NON . ESSE . ITA . PA-
STVM . EXERCERE . IN . FVNDO . CAPENATE . INVI-
TO . A^o . A^o .

quo facto iudex seruitute considerata N^m. N^m. damnabit, ne plus quam CCC. pecudibus pascatur.

At uero in omnibus his formulis ab indole negatoriae supra descriptae recessum non esse, itaque nullo modo dici posse, grauius in his actori onus probandi incumbere, facillime perspicies. Itaque non opus esse subtilibus uirorum doctorum ratiociniis uidemus, ut etiam hic domini probatione intentioni satisfactum esse confirmemus.

Et his peractis operi nostro finem imponere possemus, nisi etiam illis, quae aliunde pro opinione contempta prolata sunt, breui commentario obuiam eundem esse uideretur, praesertim quum ad leges quasdam, ut suae sententiae propugnacula, aduersarii nostri prouocent.

Qua in re simul ea argumenta, quae nostrae sententiae defensores adhuc protulerunt, sine praesumpta opinione diiudicare studebimus.

PARS SECUNDA.

BREVIS RECENSIO SENTENTIARVM, QVAE ADHVC
PROLATAE SVNT IN DOCTRINA DE ONERE PROBANDI
IN ACTIONE NEGATORIA ET CONFESSORIA ARGV-
MENTORVMQVE PRAECIPVE VSITATORVM EXAMINATIO.

CAPVT PRIMVM.

SINGVLARVM SENTENTIARVM ENVMERATIO
ARGVMENTORVMQVE, QVIBVS PRAETER LE-
GES QVASDAM FVLIRI SOLENT,
CONSPECTVS.

§. 19.

I. HISTORIA CONTROVERSIAE DE ONERE PROBANDI IN
ACTIONE NEGATORIA ET CONFESSORIA.

1. PAUCA DE STATV CONTROVERSARVM OPINIONVM VSQVE AD HVFELANDIVM.

Cuius in actione negatoria probatio sit, iam Glossatori-
bus non utique expeditum fuisse, testis esse videtur Glossa
ad L. 15. de O. N. N. (XXXVIII, 1.):

„Sed quis in ea re probabit? Respondet quidam, quod
reus, qui sibi asserit servitutem deberi, non actor, quum
neget. Sed Io. quod actor probare tenetur, rem
suam et liberam, quod probat eo ipso, quod con-

trarium non probatur. Nam quum seruitutes ex pacto uel ex testamento constituentur, constat, aliquando fuisse liberam: — ergo et nunc, et sic praesumptio transfert onus probandi in reum, qui asserit.“

Locus est non sine difficultate, quum duplicem admittat interpretationem. Sunt enim, qui dicant, in eo et IO. BASSIANVM cum uulgari opinione consensisse, quod reus debeat probare seruitutem, sed diuersa tantum eius fuisse argumenta. Alios enim contendisse, propterea quod actor neget aliquid et negatio probationem non habeat, iccirco transferri onus probandi seruitutem in reum: BASSIANVM uero praesumptione pro libertate dominii nixum esse, quum contenderit, rem liberam eo probari, quod non probetur contrarium, ergo donec probetur contrarium rem liberam praesumi. Putant itaque huius opinionis defensores, uerba „quum neget,“ explicanda non esse „quando neget, seruitutem deberi,“ sed potius „quoniam negat,“ et in sequentibus uerbis „quod probat eo ipso etc. non Glossae exhiberi correctionem, sed ipsam BASSIANI argumentationem. Quum tamen quaestio inducta sit ita: „Sed quis in ea re probabit,“ et deinde primo loco nominentur, qui reo probationem iniungant, postea per oppositionem citetur BASSIANVS, qui actorem probare debere, rem suam et liberam, dixerit — ne dubitari quidem posse uidetur, quin non in eo dissenserit BASSIANVS, quod diuersa de causa reum ad probationem adstrinxerit, sed in eo potius, quod reuera actorem probare uoluerit: id quod eo certum redditur, quod si BASSIANI ratiocinium continerent uerba, de quibus agitur, utendum fuisset uel coniunctiuo „probet“ uel constructione indirecta, sed indicatiuum uidemus adhibitum, qui non nisi Glossae continere potest rationem.

Quaeritur itaque, utrum actor, qui negat, se alii debere seruitutem, siquidem dominus sit rei seruiantis, a probatione liberetur, et in ipsum illum, cui seruitutem negat deberi, probandae seruitutis onus transferatur, an actor potius liberam a seruitute suam rem esse probare debeat. Distinctionem factam esse inter actorem possidentem et non possidentem, non uideo, et Glossa ad L. 8. §. 3. si seru., quae

certe aliquam pro possessore praesumptionem indicare uideatur, prorsus alius generis praesumptionem designat, quam quae in hac nostra quaestione tractari solet. Hanc tamen IOHANNIS BASSIANI⁵⁰⁾ sententiam, unde libertas fundi probanda sit, nequaquam Glossa ratam habuit. E contrario saepius, praesumptionem exstare pro libertate domini, docemur, unde apparet, si quis dominium suum probauerit, reo non excipiente libertatem domini simul probatam esse, uisum fuisse. Cf. Gl. ad L. 5. pr. si usfr. pet. (uerb.: „potiores“), Gl. ad L. 8. C. de seru. (III, 34.), Gl. ad L. 16. C. de prob. (III, 19.) et adeo Gl. ad L. 8. §. 3. si seru..

De confessoria actione, quam paullisper ab hac commentatione libet remouere, quum plerumque ex analogia praecepta de negatoria data ad eam sint redhibenda, in Glossa nullam fuisse ambiguitatem, luculenter apparet ex Gl. ad L. 15 de O. N. N. (uox: „egisset“):

„In confessoria constat, quod actor probat.“

Communis Glossatorum hac in re sententia a Commentatoribus plerisque omnibus est recepta in interpretationibus L. 15. de O. N. N., et eodem modo, quo Glossa, praesumptionem pro libertate domini exstare docuerunt. Cf. HVFELANDIVS p. 11., FRANCKIVS p. 7.. Qui contra diceret, neminem legi. Statim uero post ANDREAS ALCIATVS diuersam sententiam protulit, unde actor onus probandae intentionis suae, „liberam rem esse a seruitute,“ probare teneretur, quam permulti deinde iureconsulti constanter tuebantur, inter quos ANTONIVS FABER et DVARENVS. Cf. HVFELANDIVS p. 19. seqq.. Et abhinc maxime de praesumptionibus certabatur: alii enim pro domini libertate, alii pro possessione fortiorem esse praesumptionem et iccirco reum possidentem immunem esse debere a probatione contendebant. Nec non erant, qui in hac praesumptionum rixa interdum etiam pro possessore praesumptionem cessare statuerent, uelut si minor esset XXV. annis uel femina. Cf. FRANCKIVS

⁵⁰⁾ Hic auctor fuisse uidetur ignorare dicit HVFELANDIVS p. sententiae huius, cuius fontem se 18..

p. 7. 8.. Alii tum demum actori iniungebant probationem, si ui, clam, precario, aut certe, si ui uel clam aduersarium dixisset possidere. Cf. KNORRIVS c. III. §. 29, qui in sequentibus etiam alias proposuit exceptiones non minus ineptas. Contra REINHARDTVS §. 25. 26., HVFELANDIVS p. 22., VOLL-SACKIVS §. 12..

Quae omnia pluribus exponere, longum est, praesertim, quum pro nostra certe sententia nihil uel paullulum tantum addi possit ad egregiam uariarum opinionum enumerationem, quam et iureconsultorum scriptis et praxi consideratis exhibuit HVFELANDIVS p. 8—34.. Nobis itaque eas tantum sententias afferre eosque scriptores nominare curae fuit, qui post HVFELANDIVM exstiterunt, id quod in insequenti paragrapho, quam poterimus accuratissime exigemus. De iis, quae hac paragrapho tractata sunt, uidesis etiam MITTERMAIERVM p. 285—88. et FRANCKIVM p. 1—13..

§. 20.

2. CONSPECTVS SCRIPTORVM POST HVFELANDIVM DE QVAESTIONE PROPOSITA LECTORVM.

In enumeratione hac paragrapho exhibita hanc legem secuti sumus, ut scriptis, quae cognouimus, post HVFELANDIVM exhibitis in magnas duas partes digestis primo loco ea attulerimus, quae nostram tueantur sententiam, „actorem immunem esse ab onere probandae rei suae libertatis,“ deinde contrariae opinionis defensores nominauerimus.

Quum uero ex uulgata horum ratione possessio tantum ab onere probandae seruitutis reum liberet, eos, qui diuersas etiam in partes ab hac opinione discesserunt, asterisco signaui, §. 22. singula expositurus.

Inter ipsos de nostra quaestione scriptores ita distinguendum esse putauit, quemadmodum in sequentibus apparebit.

Solam itaque dominii probationem actori iniunxerunt hi:

I. Qui peculiares hac de re commentationes exhibuerint:

1°, CAR. SAL. ZACHARIAS: „Liber Quaestionum.“ (Vitembergae A. MDCCCIV.) Quaest. XVI. p. 119..

2°, HIER. THEOPH. KINDIVS: „Quaestiones forenses.“ Ed. II. (Lipsiae A. MDCCCVII.) Vol. III. cap. 44. et 45. p. 199. seqq..

3°, CAR. CHR. GV. KLOETZERS: „Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast, insbesondere bei angestellter actio confessoria und negatoria.“ (Ienae A. MDCCCXIII.).

4°, CAR. FRID. VELTHEMIVS: „Actio confessoria et negatoria denuo incudi reddita.“ (Kiliae A. MDCCCXXII.).

5°, IO. NEP. BORSTIVS: „Ueber die Beweislast im Civilprocess.“ Ed. II. (Lipsiae A. MDCCCXXIII.) §. 84. seqq. p. 106..

6°, IO. P. ESSERVS: „Kritische Beleuchtung des römischen Rechts über die Beweislast bei den Servitutenklagen.“ (Augustae Treuirorum A. MDCCCXXVI.).

7°, GE. FRID. PVCHTA: „Ueber die Negatorienklage,“ in Museo Rhenano Vol. I. (Bonnae A. MDCCCXXVII.) p. 165..

8°, ROB. IVL. VOLLSACKIVS: „De onere probandi in actione negatoria.“ (Lipsiae A. MDCCCXXVIII.).

9°, IO. ED. AD. RAVSCHENPLATIVS: „De onere probandi in negatiua actione.“ (Gottingae A. MDCCCXXX.).

10°, CAR. IOS. ANT. MITTERMAIERS: „Beiträge zur Lehre von der Beweislast bei der actio negatoria,“ in Archivio praxeos ciuilis Vol. XVIII. (Heidelbergae A. MDCCCXXXVI.) p. 285..

11°, GV. FRANCKIVS: „Betrachtungen über die Beweislast bei der Negatorienklage,“ in Archivio Vol. XXI. (Heidelbergae A. MDCCCXXXVIII.) p. 1. seqq..

12°, CAR. I. G. WIRTHIVS: „Ueber die Beweislast bei angestellter Negatorienklage.“ (Erlangae A. MDCCCLIII.).

II. Qui in compendiis uel Institutionum uel Pandectarum hanc quaestionem tractauerint, tantum non omnes, certe enim in quouis compendio haec quaestio debuit tractari:

1°, FERD. MACKELDEIVS: „*Lehrbuch des römischen Rechts.*“ Ed. CONR. FRANC. ROSSHIRTIVS. Vol. I. (Giessae A. MDCCCLI.) §. 293..

2°, CHR. FRID. MVEHLENBRVCHIVS: „*Lehrbuch des Pandecten - Rechts.*“ Ed. OTTO CAR. MADAIVS. Vol. II. (Halae A. MDCCCXXXIII.) §. 292..

3°, FRID. AD. SCHILLINGIVS: „*Lehrbuch der Institutionen und Rechtsgeschichte.*“ (Lipsiae A. MDCCCXXXVII.) Vol. II. §. 202..

4°, GE. FRID. PVCHTA: „*Cursus der Institutionen.*“ Ed. III. Vol. II. (Lipsiae A. MDCCCLIII.) §. 233..

5°, IDEM: „*Lehrbuch der Pandecten.*“ Ed. VII. (Lipsiae A. MDCCCLIII.) ed. AD. AVG. FRID. RVDORFFIVS §. 172..

6°, IO. FRID. LVD. GOESCHENIVS: „*Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.*“ Ed. ALBR. ERXLEBENIVS. Vol. II. (Gottingae A. MDCCCXXXVIII.) p. 67..

7°, CAR. FRID. FERD. SENTENISIVS: „*Das practische gemeine Civilrecht.*“ Vol. I. (Lipsiae A. MDCCCXXXIII.) p. 522..

8°, CAR. AD. VANGEROVIVS: „*Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen.*“ (Marpurgi A. MDCCCLI.) §. 353. n. 2..

9°, LVD. ARNDTSIVS: „*Lehrbuch der Pandecten.*“ (Monachii A. MDCCCLII.) §. 169. a. 4..

10°, CAR. OTTO MVELLERVS: „*Lehrbuch der Institutionen.*“ Pars I. (Lipsiae A. MDCCCLIII.) §. 86. II..

III. Qui non principaliter hanc quaestionem tractauerint:

1°, AEGID. LOEHRIVS: „*Kurze Bemerkungen,*“ in *Horreo iurisprudentiae et legumlationis* Vol. III. (Giessae A. MDCCCXX.) c. 7. p. 507..

2°, AVG. SIGISM. KORIVS: „*Ueber die Regel: affirmanti incumbit probatio,*“ in *Archiuo* Vol. VIII. (Heidelbergae A. MDCCCXXV.) p. 98..

3°, I. D. CAR. ALBERTVS: „*Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen.*“ (Lipsiae A. MDCCCXXVI.) §§. 168—173..

4°, AVG. BETHMANNVS - HOLLWEGIVS: „*Versuch über die Theorie des Civilprocesses.*“ (Berolini A. MDCCCXXVII.) p. 374..

5°, AVG. GV. HEFFTERVS in AD. DIET. WEBERI libro: „*Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess.*“ Ed. II. (Halae A. MDCCCXXXII.) not. 150. et p. 254..

6°, IO. CAR. ALTHOFIVS: „*Das interdictum de itinere actuque priuato.*“ (Rintelnii A. MDCCCXXXVI.) p. 45. seqq..

7°, ERN. AEM. HOFFMANNVS: „*Die Lehre von den Servituten.*“ Vol. II. (Darmstadtii A. MDCCCXXXVIII.) p. 224. seqq..

8°, AD. CAR. HENR. HARTITZSCHIVS: „*Entscheidungen praktischer Rechtsfragen.*“ (Lipsiae A. MDCCCXXXX.) p. 272..

9°, ADAM. FRID. GETTIVS: „*Praktische Erörterungen aus dem Gebiet der gesammten Rechtswissenschaft.*“ (Erlangae A. MDCCCXXXV.) p. 261..

10°, CAR. SELLIVS: „*Römische Lehre der dinglichen Rechte.*“ (Bonnae A. MDCCCLII.) p. 392. seqq..

III. Eum casum, si quis seruitutem quidem concedat, sed talem esse neget, qualis exercetur, separatim tractauit:

PH. CAR. WEISSGERBERVS: „*Einige Bemerkungen über die Beweislast bei der actio negatoria, wenn der Kläger die Ueberschreitung der zugestandenen Befugnisse des Beklagten, dieser aber das Recht behauptet,*“ in *Annalibus iuris ciuilibus et processus* Vol. XVII.. (Giessae A. MDCCCXXXII.) p. 299..

Inter eos, qui contrariam tueantur sententiam, hi fere uidentur nominandi esse:

I. Qui peculiare commentationes exhibuerint:

1°, AD. DIETEB. WEBERVS: „*Beitrag zur Erörterung der streitigen Rechtsfrage, wem bei der negatorischen Klage*

die Beweisführung obliege“ in libro: „*Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden*“ Fasc. 2. et 3. (Suerini et Wismariae A. MDCCCII.) c. 16. p. 121..

2°, BVRKH. GV. PFEIFFERV8: „*Vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts.*“ (Marpurgi A MDCCCIII.) §. 26. p. 198..

3°, * GV. IO. CAR. SCHLITTIV8: „*Dissertatio inauguralis, qua quaestio controuersa: Num mota actione negatoria reus in possessione seruitutis constitutus ab onere probandi immunis sit, expenditur.*“ (Helmstadii A. MDCCCVIII.).

4°, IO. ADAM. SEVFERTV8: „*Erörterungen einzelner Lehren des römischen Privatrechts.*“ Pars II. (Wurceburgi A. MDCCCXXI.) c. XVI. p. 73..

5°, CAR. FERD. SCHIMPFIV8: „*Dissertatio inauguralis iuridica de onere probandi in actione negatoria et confessoria.*“ (Tubingae A. MDCCCXXXVIII.).

6°, † CAR. PAPIV8: „*Ueber die Beweislast bei der actio confessoria und negatoria,*“ in *Annalibus iuris ciuilibus et processibus* Vol. XVI. (Giessae A. MDCCCXXXI.) p. 194..

II. Qui in compendiis de iure ciuili hanc quaestio-tractauerint:

1°, ANT. FRID. IVST. THIBOTIV8: „*System des Pandectenrechts.*“ Ed. VIII. (Ienae A. MDCCCXXXV.) §. 771..

2°, * CHRIST. FRID. GLVECKIV8: „*Ausführliche Erläuterung der Pandecten.*“ Vol. X. (Erlangae A. MDCCCVIII.) p. 254..

3°, † ALB. SCHWEPPIV8: „*Das römische Privatrecht.*“ Ed. III. Vol. II. (Altonae A. MDCCCXXVIII.) §§. 312—316..

4°, IO. NEPOM. WENINGV8-INGENHEMIV8: „*Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.*“ Ed. V.. (Monachii A. MDCCCXXXVII.) §. 151..

His quodammodo accedunt:

5°, H. FROBENIV8: „*Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Rechts. Ein Commentar zur achten Auflage des*

Pandectenrechts von Thibaut.“ (Stuttgarti A. MDCCCXXXVI.)
Pars II. ad §. 771..⁵¹⁾

6^o, *IO. ADAM. FRITZIVS: „*Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu von Wenig-Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.*“ Vol. I.. (Friburgi A. MDCCCXXXIII.) p. 370..

III. Qui per uiam tantum ad hanc quaestionem respexerint:

1^o, GE. AVG. AEM. DE REGE (DV ROI): „*Noch einige Bemerkungen über actio in rem und obligatio,*“ in *Archiuo* Vol VI. (Heidelbergae A. MDCCCXXIII.) p. 298..

2^o, C. C. I. HERESTORFFIVS: „*Etwas über die Last des Beweises*“ in *Archiuo* Vol. VIII. (Heidelbergae A. MDCCCXXV.) p. 147..

3^o, IVST. TIM. BALTH. LINDIVS: „*Von dem Beweise verneinender Sätze*“ in *Annalibus iuris ciuilis et processus* Vol. I. (Giessae A. MDCCCXXVIII.) p. 156..

4^o, HENR. LVDENIVS: „*Die Lehre von den Servituten.*“ (Gothae A. MDCCCXXXVII.) §§. 91—95..

5^o, † ZIELONACKIVS: „*Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre.*“ (Vratislaviae A. MDCCCXXXVIII.) p. 218. seqq..

III. Eum casum, si quis in possessorio de seruitute uicerit, separatim tractauit:

*SAMHABERVS: „*Von der Beweislust bei der Negatorienklage, wenn der Beklagte sich in dem Quasibesitz der Dienstbarkeit durch richterliches Urtheil geschützt befindet,*“ in *Annalibus iuris ciuilis et processus*. Vol. XVIII. (Giessae A. MDCCCXXXIII.) p. 133. seqq..

51) Eiusdem fere argumenti librum exhibuit BRAVNIVS, quem tamen inspiciendi facultas defuit. Neque uero multum discedere puto utrumque auctorem, quum THIBO-

TI tantum excursus ad Pandectas suas factos promulgauerint. Apud BRAVNIVM de nostra quaestione agitur p. 545..

§. 21.

3. DISCRIMINA INTER EOS, QUI ACTOREM AB ONERE PROBANDI LIBERVM PRAEDICANT.

Ii, qui actori probationem libertatis a seruitute non iungunt, omnes in eo consentiunt, quod domini certe probatio ab eo sit exigenda. Itaque omnis eorum differentia in eo uersatur, quod uarie statuunt, cur sufficere uideatur domini probatio.

Alii enim, uelut **KINDIUS**, antiquam seruare perseuerant rationem, unde praesumptio quaedam pro domini libertate militare putatur, ita ut dominio probato, libertas eius simul probata sit.

At longe plures ei subscripserunt sententiae, quam perperam **FRANCKIUS PVFENDORFIO** auctori tribuit, domini scilicet ipsa natura effici, ut ius sit domino, alios ab usu rei suae excludendi, itaque simulatque dominum quis se probauerit, sponte euenire, ut alium de suo iure, cur nimirum turbare possit dominium, probare cogat: ante **PVFENDORFIVM** enim distinctis uerbis hanc ipsam rationem exprimit **MERENDA L. X. c. V. 6.** dicens:

„illico enim ac constat, illum esse dominum fundi, statim probatur concludenter (ex natura scilicet domini) eum posse libere de re sua disponere.“

Etiam aliter statuit **HOFFMANNVS**, de quo cf. §. 25.. Contra **ZIELONACKIUS** p. 232..

LOEHRIVS distinctionem facit inter seruitutes urbanas et reliquas (cf. infra §. 33.), in urbanis prorsus alia obtinere docens, quia in his liberatio a seruitute et ipsa sit seruitus, seruitutemque probari debere explorati iuris sit: sed hanc opinionem falsis niti praemissis iam uidimus, nullo enim modo seruitutes urbanae a reliquis hoc respectu distinguuntur. Cf. §. 4..

Vltima denique ratio est **VELTHEMII**, quam fusius descripsimus supra §. 10..

§. 22.

4. DIVERSAE EORVM OPINIONES, QVI VEL SEMPER VEL INTERDVM DOMINO
PROBATIONEM LIBERTATIS INIVNGVNT.

Qui actorem in negatoria actione libertatem rei suae aiunt probare debere, has fere in partes discedunt:

1º, Sunt, qui statuunt, omnino actorem suscipere debere libertatis probationem, siue in possessione moretur, siue non. Ita SCHWEPIVS, deinde SCHIMPFIVS ac praecipue PAPIVS, nuperrime etiam ZIELONACKIVS.

2º, Plerique defendunt opinionem antiquitus relatam, interesse aliquid, utrum reus in possessione seruitutis sit nec ne, et prius quidem illud si acciderit, actorem probare debere libertatem rei suae, si posterius hoc, rei esse, ut seruitutem probet.

3º, GLVECKIVS non omnem possessionem eandem vim habere proponit, sed ei tantum possessori probationem esse remittendam, qui in possessorio uictor exstiterit.

Haud absimilem huic rationem eodem anno GLVECKII certe praecepta ignorans exhibuit SCHLITIVS, (cuius a paucis tantum dissertatio uidetur inspecta esse), qui possessionem talem esse debere statuit, ut, si turbaretur, possessori retinendae possessionis interdictis uti liceret, nisi quod hic possessorium solummodo ordinarium, minime uero summarissimum ad hanc vim exercendam sufficere putauit.

§. 23.

II. TRANSITVS AD SEQVENTIA.

In antecedentibus duabus paragraphis omnes, ni fallor, quae nobis considerandae sunt, sententias protulimus: illam enim, qua auctore actori, qui iniuste, aut ui, clam, precario

reum a se possidere intendat, intentionis huius probatio incumbat, iam diu explosam esse putamus: re uera enim, qui iniuste a se aduersarium possidere dicit, nihil agit aliud, quam is, qui simpliciter negat, ei licere possidere. Cf. HUFELANDIVS p.76., VOLLSACKIVS §.12., praecipue THOMASIVS §. 22., et similiter de eo iudicandum est, qui ui, clam, precario, uitio itaque ipso possessionis nominato, aduersarium contendit possidere. Cf. THOMASIVS §§. 23. 24., REINHARDTVS §. 25., HUFELANDIVS p. 80., ZACHARIAS §. 3., KINDIVS p. 204.⁵²) Itaque porro id uidetur esse agendum, ut prorsus alieni a partium studio summa argumenta pro omnibus istis rationibus prolata examinemus grauioribus minora subsumentes: quo facto uidebimus, in infinitum his de rebus posse certari, nisi si neglectis omnibus istis ratiociniis ad uerum et lucidissimum fontem recurratur, formulas dico in antiquo iudiciorum ordine usitatas.

§. 24.

III. QVISNAM SIT EFFECTVS POSSESSORII.

GLVECKIUM et SCHLITTIUM eo a reliquis discedere uidemus, quod interesse aliquid inter eum, qui possessorio iudicio uicerit, et qui simpliciter possideat, serio statuerint. His duobus uiris opus est, ut tertium conferamus, qui in seruitutibus et personalibus et iis, quarum exercitium in statu quodam manente consistat, immunem ab onere probandi reum censuit, in reliquis distinguendum esse putauit, utrum in possessorio uicerit, nec ne, FRITZIUM dico p. 370..

Quorum inter sententias plurimam rationem habet SCHLITTI p. 23., qui certe sano nititur fundamento: „idem

⁵²) De repositis quibusdam ueterum opinionibus cf. etiam HUFELANDIVS p. 75..

scilicet esse, utrum in ordinario quis possessorio uicerit, an actor quasi possessionem iuris statim ei concesserit,“ id quod male GLVECKIVS praeteruidit, sed luculenter quum innumeris locis pateat, expressum hoc est L. 1. §. 3. de int. V. P. (XXXXIII, 17.). Cf. VOLLSACKIVS §. 9..

Quoad uero summariissimum, uel hac in re rectum uidit SCHLITTIVS, quum fieri procul dubio possit, ut meram detentionem tueatur summariissimum. Sed quum iuris tantum, quae dicitur, naturalem possessionem SCHLITTIVS ab onere probandi reum liberare dicat, manifestum est, eum reuera a communi aduersariorum sententia non discessisse, sed strictius tantum possessionem, qualis esse debeat, definiuisse. ⁵³⁾

Neque alia est ratio FRITZII p. 371., qui non tam propter onus probandi alterutri iniungendum, sed propterea, quod in seruitutibus rusticis quippe quae repetitis factis exercentur, ipsa possessio diuerso quam in reliquis seruitutibus modo habere sese uideatur, possessorio opus esse contendit, ut omnino stabiliatur, quisnam possideat. Cf. SCHIMPFIVS p. 22..

Itaque GLVECKIVS remanet solus. Neque tamen in suam nos opinionem poterit perducere. Dubitari enim non potest, quod dudum uiri docti exposuerunt, quin in possessorio omnino non de iure possidendi, sed de ipsa possessione certetur, nulla habita ratione, quo quis iure possideat. Cf. §. 4. I. de int. (III, 15).. Itaque et praesumptionem pro libertate domini, si quae est, non extinguendum est possessorio. Cf. BORSTIVS §. 85., KLOETZERVUS p. 20., p. 102., VOLLSACKIVS §. 9., SCHIMPFIVS p. 21., VANGEROVIVS §. 353. n. 2. sub 3., quamobrem si quis in possesso-

⁵³⁾ Huc etiam facit SAMHABERVS, qui alium libello suo titulum praefixit, aliud deinde probauit. Ultima enim eius uerba sunt: „Hinc commentationis huius propositum ita soluitur: Vt, si reus sit in

quasi possessione seruitutis, actor in actione negatoria probationem libertatis a seruitute suscipere debeat.“ Quae p. 138. de possessorio dixit, noui nihil continent.

rio uictus postea negatoriam intenderit, idem probabit, ac si possessorium non intercessisset.

§. 25.

III. PRAESUMPTIO PRO LIBERTATE DOMINII, VEL IPSA
DOMINII NATURA ACTORIS ADMINICVLVM.

FRANCKIUS, quod supra iam uidimus, MERENDAE sententia praeteruisa PVFENDORFIO (cf. Obs. 37.) laudem uindicauit, quod primus fundamenta iureconsultorum opera digna quaestioni nostrae substrauerit, et non praesumptionem pugnare pro libertate dominii,⁵⁴⁾ sed ex ipsa dominii natura consequi proposuerit, quod actor liberari debeat ab onere probandi. Propemodum itaque inepta finxisse arguit, quicumque Glossa auctore de praesumptione ista uerba fecerint.

Post PVFENDORFIVM deinde nonnullos tantum pro praesumptione ista, longe plures pro indole dominii exclusiua in arenam uidemus descendisse.

Nobis has res perpensantibus non in eo laudem meruisse uisus est PVFENDORFIVS, quod in iuridicam, ut ita dicam, formam hanc quaestionem redegerit, sed quod multum eo contulerit, ut inanes illae et usque ad nauseam decantatae doctorum rixae,⁵⁵⁾ utrum pro domino an pro possessore praesumptio sit pollentior, in desuetudinem abire coeperint.

54) Cf. supra §. 2.. HV-
FELANDIUS p. 36. L. 8., 9., 10.
C. de seru. et aqua (III, 34.) com-
mendatam esse hanc praesumptio-
nem male docuit. THOMASIVS §. 20.
ita eam per se intelligi contendit,
ut ne legum quidem auctoritate in

hac re opus sit. ESSERVS p. 5.
„fatalem“ eam nominat.

55) Cf. ex antiquioribus THO-
MASIVS §. 27., BROKES §. 13. seqq.,
§. 23., qui ita tandem discernit, ut
negatinam praesumptionem fortius
dicat negare, quam affirmatiua af-

Reuera enim, siue pro domini libertate, siue pro summa eius ui exclusiua aliquis luctetur, uerbis quidem aliud defendit, re et effectu prorsus idem. Alterum enim sine altero ne cogitari quidem potest. Nam cur praesumptio pro libertate exstet, caussa est domini in negatiua parte summa extensio, cur summa ista extensio a probatione possit liberare, caussa est, quod tam grandis esse putatur, ut dominio probato in libertatem eius conclusio inde fieri possit.

Neque uero, qui utramque rationem spreuit, HOFFMANVS p. 245. nouum aliquid et quod non eodem concidat, statuuisse uidetur, ex fine, utilitate, proposito domini deriuandum esse censens, cur domino domini tantum probatio incumbat, nam et ille domini finis cogitari nequit, nisi domini notionem quasi ius summum definieris. Et pari modo omnes quaecunque fingantur praesumptiones repetitasque ex natura domini ratiocinationes eodem denique redituras esse existimo.

Perperam itaque non illi egerunt, qui praesumptionem pro libertate statuerint existere, sed qui haec ita intellexerint, ut altiora sententiae istius adminicula praeteruidentes prauam quandam pro possessore praesumptionem opponendam ei censuerint. Cf. ZACHARIAS Q. XVI. §. 2., VOLL-SACKVIS §. 6., MVELLERVS p. 194..

firmet §. 16., LEYSERVS spec. 109. c. V., ex recentioribus PFEIFFERVS p. 210., SCHLITTIVS §. 7., SEVFERTVS p. 75. FROBENIVS §. 771., WEISSGERBERVS p. 301., et qui maximus est in praesumptionibus inter se opponendis SAMHABERVS p. 137. 138.. Contra praecipue ESSERVS p. 8.

§. 26.

V. DE PRAESUMPTIONE PRO POSSESSORE.

Quod in paragrapho antecedente docuimus, praesumptionem pro possessore tam grauem exstare multos putauisse, ut merito alius prorsus generis pro domini libertate praesumptioni opponi possit, quale sit uideamus: statim enim ab initio, quum ipsius negatoriae actionis finis uideatur is esse, ut plerumque aduersus possessores dirigatur, non apparet, quomodo ex necessaria quadam huius actionis qualitate contra actorem praesumi quicquam possit.

Prouocant autem, qui praesumptionem statuunt pro possessore pugnare, maxime ad §. 4. I. de int. (III, 15.):

„Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et ciuilibus et naturalis ratio facit, ut alius possideat et alius a possidente petat. Et quia longe commodius est, possidere, quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit de ipsa possessione controuersia. Commodum autem possidentis in eo est, quod etiamsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio.“

Hunc locum qui possessionem pro possessore militare negant, ad res tantum corporales pertinere docent, et rectissime propter uerba „quia et ciuilibus et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat,“ quae, nisi prorsus negligamus auctoritatem §. 2. I. de act. (cf. §. 4.) ad solas rerum corporalium controuersias quadrant. Cf. MERENDA l. 1. 4., ALTHOFIVS §. 50., VOLLSACKIVS §. 7., FRANCKIVS p. 30.. PAPIVS uero p. 200. spreto hoc argumento, quod aequae fortasse non considerauit atque ultima §. 4. I. de int. uerba, quae non apposimus, iniquum esse censuit, aliud quid ex hoc loco erui, nisi generalia et de possessione et de quasi possessione praecepta. Sed etiamsi hoc concedamus, nihil tamen inde proficiemus ad obiectum probationis in negato-

ria designandum, sed actori tantum incumbere probationem aliquam docemur, quae qualis sit, omnino non adiicitur.

SCHLITTIVS etiam ad L. 11. C. de heredit. pet. (III, 31.) prouocat, alii ad alios locos (cf. VOLLSACKIVS §. 7. n. 2. et 3.), quorum singula commenta recensere longum est. Sufficiat dixisse, omnes illas leges ne minimum quidem eius, quod probare deberent, adminiculum continere.

Ceterum, qualis sit ista possessionis auctoritas, eo elucet, quod quisquis possessor eodem fruitur commodo, non is solum, qui naturalem iuris possessionem habet, (L. 9. de R. V. (VI, 1.)), unde rursus colligitur, omnem illam possessoris praefereutiam in solo facto consistere: et id ipsum interest inter possessorium et petitorium, quod in illo de facto, in hoc de iure agitur. Itaque omnis illa pro possessore praesumptio huc resoluitur, quod nemo aliorum petitis cedere cogitur, antequam illi de iure suo probauerint. Cf. ZACHARIAS Q. XVI. §. 1. 3., SAVINIVS §. 3. sub. 4., KLOETZERSVS p. 23. p. 91., WEBERSVS de onere probandi p. 98—101., ESSERSVS p. 17., VOLLSACKIVS §. 8., MITTERMAIERSVS p. 293., FRANCKIVS p. 23., WIRTHIVS §. 15..

Et haec omnia, quum hodie uix addubitari soleant, nouo embammate condita PAPIVS p. 207.⁵⁶) recoxit et se quidem iudice egregie.

Quod ita fecit, ut primum ex interdictorum in possessorio ordinario analogia etiam in quasi possessione ultimum eorum finem esse immunitatem possessoris in petitorio ab onere probandi affirmaret allatis in hunc usum L. 34. de acq. uel am. poss. (XXXXI, 2.), L. 24. de R. V. (VI, 1.), §. 2—4. I. de int. (III, 15.), L. 1. §. 2—4. V. P. (XXXXIII, 17.), L. 1. §. 45. de aqua (XXXXIII, 25.), deinde uero hinc coniiiceret, ipsam hanc negatiuam pro possessore praesumptionem, quod scilicet reus est, omnino sufficere ad elidendam pro dominio

⁵⁶) Omnia argumenta a PAPIO rursus tentata repetere operae pretium non duxi. De quibus cf. WIRTHIVS §§. 3—6., §. 12., qui

praecipue ea, quae de „statu quo“ PAPIVS uelut indubitata profert, refutare studuit §§. 3. 4..

praesumptionem. Hanc enim probabilibus caussis nullo modo niti, quum perperam dicatur, seruitutem quasi exceptionem esse a solita praediorum praesertim libertate. Immo seruitutes tam saepe usuuenire, ut longe plurima dominia seruitutibus sint onerata, id quod ipsae leges tanquam regulam proponant, (L. 75. de euict. (XXI, 2.)). Itaque, si quis interroget, utrum probabilius sit, rem seruire an liberam esse, neutrum ab initio iudicem esse confirmaturum. Praesumptionem igitur pro dominio et ipsam esse negatiuam et negatiua pro possessore praesumptione nequaquam potiore.⁵⁷⁾ Sed unum in hoc ratiocinio uir bonus neglexit, quod quiuis scilicet iudex, quaestione ita instituta: „utrum dominus de seruitute actor, an reus praesumptione adiuuari uideatur,“ a partibus stabit domini actoris⁵⁸⁾. Licet enim seruitutes occurrant plurimae, omnes tamen constitui uel adquiri oportet, unde per se patet, aliquando rem fuisse liberam uel liberiozem, et simulatque actor dominus ad hanc praedii sui libertatem, uel potius ad certum quendam statum ante certam quandam seruitutem obtinentem prouocet, fortiores uideri eius partes dicendum est⁵⁹⁾. Quamquam enim fidem non facile is faciet, qui omnino soli rem suam seruire negat, ei tamen domino, qui contra certum quoddam praedium hoc affirmat, credendum est, donec contrarium sit probatum. Aliis uerbis: Praesumptio (eo, quem §. 25. definiuimus

57) Mirum est, quomodo factum sit, ut tam saepe uiri docti prorsus praeteruiderint seruitutes personales, quae tamen et ipsae negatorie repelluntur. Quis autem unquam pro usufructu praesumptionem extare putauerit, quum tamen detracto usufructu fere nihil in domini potestate remaneat. Neque tamen ullo loco distinctionem in onere probandi, quum de seruitutibus praedialibus et quum de per-

sonalibus ageretur, factam esse uideo, quamuis omnia illa, quae PARIUS uerbi gratia protulit, ad solas reales seruitutes pertineant, et iccirco, etiamsi conclusio inde fieri possit, similiter tamen ad personales seruitutes non uideatur ea adhiberi posse.

58) Etiam aliter WIRTHIVS haec refutat §. 6.

59) Cf. LOEHRIVS p. 508., VOLL-SACKIVS §. 9. med. et §. 10. i. f.

sensu) exstat non contra omnes, sed contra singulas seruitutes.

Denique, quam uana sit possessionis illa auctoritas, luculenter apparet ex iis, quae in actione confessoria obtinent, legum praescriptis. Nam, qui possessorem in negatoria actione immunem dicunt ab onere probandi, consequenter opus est, idem ius actori concedant in confessoria (VANGEROVIUS §. 353. n. 2. i. f.), id quod disertis uerbis fecerunt WENINGVS - INGENHEMIVS p. 371., FRITZIVS p. 372., SCHIMPFIVS p. 24.. At uero supra §. 11. in confessoria semper ei seruitutem probandam esse, siue sit in possessione siue non, perspeximus, itaque uiceuersa licet concludere, etiam in negatoria nihil iuris possessionem tribuere.⁶⁰⁾

§. 27.

VI. DE COMPARATIONE ACTIONIS NEGATORIAE CVM VINDICATIONE IN LIBERTATEM.

Qui possessori fauebant, plerique omnes ad analogiam eorum prouocabant, qui ex seruitute libertatem uindicabant, uel ex libertate in seruitutem uindicabantur. Cf. PFEIFFERVS p. 211., VOLLACKIVS §. 10. et citatos apud eum n. 2..

Hoc enim casu teste L. 7. §. 5. de liber. caus. (XXXX, 12.):

„Si quis ex seruitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet, si uero ex libertate in seruitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui seruum suum dicit,“
is, qui in possessione moratur, liber est a probatione. Sed haec de libertate hominum praescripta prorsus abhorreere ab actione negatoria dudum uiri docti euicerunt, neque quicquam eorum argumentis addendum uideo. Nihil enim certius est,

⁶⁰⁾ De tota huius paragraphi quaestione cf. HVFELANDIVS p. 42—51.

quam totam hanc analogiam ad solam rei vindicationem referri posse, minime uero ad actionem negatoriam. Cf. ESSE-
RVS p. 60., VOLLACKIUS §. 10. 11., MITTERMAIERS p. 297.,
FRANCKIUS p. 30., VANGEROVIUS l. l., supra §. 14..⁶¹⁾

At uero omnes has de comparatione libertatis hominum
nugas alia ueste indutas rursus in medium protulit, quem
iam laudauimus, PAPIVS, SCHWEPPII assecla acerrimus, cui
si fidem habere utique uellemus, omnes qui spectabilibus ar-
gumentis pro actore in negatoria steterunt, ineptiarum ar-
guere deberemus, tanta uir ille sui conscientia inauditas
praefert opiniones, quas ne addubitari quidem posse, ipse sibi
persuasum habet, aliis, ni fallor, frustra persuadere conabitur.

Qui quum p. 209. huius de libertatis hominum compa-
ratione rixae respectu ad nouas prorsus rationes ineundas
perductus sit, liceat mihi hac paragrapho paullisper in com-
mentis eius recensendis uersari.

MITTERMAIERS p. 297., ut comparationem actionis ne-
gatoriae cum liberali iudicio reprimeret, multum iccirco inter
utrumque docuit interesse, quod dominia quidem omnia na-
turaliter sint libera, toto uero iure Romano de hominibus
nullibi idem praedicetur, sed partim liberos eos partim ser-
uos esse affirmetur. Itaque si quis hominem se probauerit,
— quod quidem probatione plerumque non indiget — inde
conclusionem fieri non posse, utrum liber sit an seruus, sin
autem quis dominum se exhibuerit, simul consequi, ut alios
a re sua excludendi ius ei tribuendum sit, nisi exceptione
contrarium probet aduersarius.

Hanc sententiam utpote rectissimam, quum aliter PA-
PIVS aggredi non ualeret, miranda quadam audacia domini
definitionem a summis et ante et post PAPIVM iureconsultis
constanter (licet aliis interdum uerbis) propositam, dominium
scilicet ius esse plenum et exclusiuum in re aliqua, euertere
periclitatus est, asseuerans, tam falsam eam esse, quam falsa

⁶¹⁾ Rursus defendit hanc ana-
logiam SAMHABERS p. 173., sed
tam debilibus argumentis, ut silen-
tio possit praetermitti. Etiam

SCHIMPFIVS p. 26. ei fidem habere
uidetur. Singulari ratione hanc
comparationem elisam uidi apud
BROKEM §. 28..

nulla unquam exstiterit⁶²⁾. Quum enim concedere quisquis debeat, uelut homines exstent et liberi et serui, ita et libera et non libera exstare dominia, et dominium seruitutibus obrutum nihilominus dominium permanere, hanc dominii definitionem multo esse angustiores ait, et quae ad summum tantum dominium redhiberi possit. Ipse quidem PAPIVS a sua definitione prostituenda caute abstinuit, ratiocinium uero quod proposuit, mirum quandum dexteritate sua se commendat.

Quid sit equus, interrogatus aliquis, equum undique descripsit eiusque qualitates ita exposuit, ut quicumque descriptionem istam audiret, statim equum intelligi, animaduerteret. Iam subito alter exstitit, et „Heus,“ inquit, „falsa est demonstratio Tua! Tu equum tantum perfectum et cui nihil desit, nobis pinxisti, at uero equi uel plurimi uitio aliquo laborant, cur uitium posse adesse, in definitionem Tuam non recepisti?“

Prorsus eodem modo PAPIVS aggressus est dominii definitionem et consequenter statuat opus est, etiam equos aliter definiri non posse, nisi si statim in sanos et uitiosos distribuuntur, nam et uitiosos nihilominus equos permanere.

Sed ne iocando argumentorum, quae opponam, debilitatem tegere uelle uidear, PAPIO nunc serio respondebo, quod eo quammaxime inter se differunt dominium liberum et non liberum. quod dominium liberum est natura, non liberum hominum uoluntate ac statutis. Omnis seruitus exceptionem continet, nèque certum quicquam est notio seruitutis, sed innumerae hoc nomine formae comprehenduntur, dominium uero stabile est et semper idem. Si quid uero certis praediis certisue personis de nostro iure nostra uoluntate concesserimus, eo non ius summum nostrum uidemur perdidisse, sed contra certas personas certaue praedia restrinxisse. Contra alios omnes suam uim ac potestatem do-

⁶²⁾ Ne quis rem uerbis me exasperare putet, ipsa PAPII uerba appono: „Und doch ist sie so un-

richtig, wie nirgend je eine aufgestellt worden ist.“

minium retinet, itaque alieni iuris exceptio contra dominum non ualet. Cf. NIEVELTVS p. 40.. Prorsus igitur falsum est PAPII illud commentum, non liberum dominium certum quoddam genus esse dominii, nam summa dominii notio etiam non libero dominio semper adhaerescere perdurat.

Si quis autem obiiciat, non libera nos dominia haud raro acquirere itaque nostra uoluntate nihil omnino concessum uideri, ei respondendum est, quod quisquis successor auctoris sui personam agere, itaque tacite iis, quae ab altero constituta erant in re acquisita, consensisse uidetur, nam nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habuerit.

Porro monendum est, in eo PAPIVM perperam egisse, quod in dominii definitione impugnanda ad praedia tantum respexit, rerum mobilium, quae et plurimae sunt et fere semper solent liberae esse, mentionem non adiecit. Nulli autem Romano unquam in mentem uenit statuere, aliud esse dominium in rebus mobilibus, aliud in rebus soli.

Denique uel in praediis prorsus ignotam fuisse Romanis, ad quos, ni fallor, uelut fontem totius de dominii doctrinae nobis recurrendum est, PAPII illam distinctionem, eo apparet, quod seruitutes, quo tempore doctrina earum fuit excultior, propria semper iura ex dominio secreta habuerint, neque de dominio ipso doctrinae eas immiscuerint, id quod ex titulorum his de rebus agentium in Corpore iuris dispositione elucet. Tum uero, ne magni faciamus dicta uelut: „Quisque rei suae moderator atque arbiter est“ (L. 21. C. mand. (III, 35.)), quale Romani dominium habuerint, eo demonstratur, quod antiquis temporibus seruitutes uere imminutiones et extensiones dominii habitae sunt, L. 5. §. 9. de O. N. N., cf. supra §. 1. 4., unde facile colligitur, notionem dominii quam grauissimam Romanos finxisse, id quod ipsum eo apparet, quod seruitutes ita potuerunt constitui, ut in iure cederetur res detracto uelut usufructu, nam et hinc probatur, seruitutes pleno dominio quasi detrahi itaque dominii notionem altissimo loco ponendam esse, creditum fuisse. Accedit, quod disertis uerbis „imposititiam“ causam habere dicuntur seruitutes L. 5. §. 9. de O. N. N.. Denique eo, quod in ser-

uitutibus de libertatis usucapione dicitur, quod fieri non posset, nisi libertas a seruitute domini notione contineretur, egregie sententia nostra confirmatur. Cf. GESTERDINGIVS §. 4. pr., STEVERVS p. 12., VOLLSACKIVS §. 19., REINHARDTVS p. 220., ELVERSIVS §. 5., praecipue ESSERVS p. 1—5..

Vnicus autem locus, qui pro PAPIO facere uideatur L. 21. §. 1. de S. P. V.

„Futuro quoque aedificio, quod nondum est, uel imponi uel adquiri seruitus potest,“

unde quis coniciat, interdum certe statim ab initio libera non esse dominia, nihil continet, nisi pactum anticipatum (VOLLSACKIVS §. 10. c. f.), nam seruitus sine re ne cogitari quidem potest, itaque antequam res adsit, uim habere nequit.

Noua sua domini, quam in mente habuit, definitione fretus PAPIVS deinde, quod et legum praeceptis satis confirmatum et doctorum sententiis constanter adiutum est, rectum esse negat, actionem negatoriam tueri praedii libertatem, nam et eum negatoric agere posse, cuius res seruiat, itaque huic ad libertatem domini recurrendum non esse, sed ad dominium in genere: quae opinio rursus falso nititur fundamento, quod scilicet PAPIVS contra singulos, qui seruitutem sibi arrogent, reuera dominum fundi libertatem plenam defendere posse praeteruidit, (L. 4. §. 7. si seru.) et una de seruitute actione unum tantum attingi, non omnes, qui seruitutes habeant in eodem praedio, non considerauit.

Caetera, quae PAPIVS ex commentis suis extricauit, cuiusuis examini relinquimus, ad ea transeuntes, quae in quaestionis huic paragrapho praefixae utilitatem inde constituit. Verum enim prauis aliorum opinionibus cumulum imposuisse uidetur.

In eo enim, qui ex seruitute in libertatem uindicetur, solam rei uindicationis analogiam admittendam esse concessit, at uero negatoriam actionem uelut imaginem suam in iis inuenire actionibus contendit, quibus de iure patronatus agatur, quum uel is, qui sit in possessione libertinitatis ingenuum se dicat, uel is, qui sit in possessione ingenuitatis, libertus dicatur. Eundem enim relatum esse inter libertatem et iura patroni, atque inter dominium et seruitutem, et ipsam

libertatem aequae ac dominium in plenam et circumscriptam posse diuidi: priorem istam habere ingenuos, posteriorem hanc liberos, quorum libertas iure patronatus uelut seruitute circumscribitur.

Qua comparatione extrinsecus haud aspernabili, nescio quid cogitari possit ineptius interiore rei habitu considerato. Nam, ne in eo uersemur, ut quantopere ius patronatus a iure seruitutis differat, et quam ridicula omnino sit utriusque comparatio demonstramus, id tantum libet attingere, quod, si PAPIVS paulo accuratius legem, quam affert 14. de probat. (XXII, 3.), inspexisset, ab ipso VLPIANO, nihil interesse inter eum, quem quis in seruitutem uindicet et eum, quem dicat libertum suum, edoctus esset, his uerbis:

„Quid enim interest, seruum suum quis, an libertum contendat,“

quod ad actionem negatoriam relatum ita se habet:

„Quid enim interest, actum quis an usumfructum neget.“

Non enim negligere debuit PAPIVS pr. I. de libert. (I, 5.):

„et cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, iure gentium tria hominum genera esse coeperunt, liberi et his contrarium serui, et tertium genus libertini, qui desierant esse serui,“

unde luce clarius apparet, libertinitatem a Romanis non quasi libertatem seruitute circumscriptam, sed uelut tertium quoddam in hominum conditione genus habitum fuisse. Accedit, quod libertini fiunt de seruis non de ingenuis, itaque de seruitute libertati imposita ne cogitari quidem potest.

Sed uim aliquam PAPII istis commentis tribuere uideremur, si diutius in refutandis illis uersaremur itaque hanc libertatis praediorum hominumque inter se comparationem mittamus, ut uilem et futilem, neque quicquam pro seruitutis possessore inde consequi concedamus.

§. 28.

VII. DE REGVLA, NEGANTIS NVLLAM ESSE PROBATIONEM.

Non defuerunt, qui reo in actione negatoria ⁶³⁾ iccirco iniunxerint onus probandi, quia negare eum, non affirmare aliquid in promptu sit, certisque legibus confirmetur, negantis nullam esse probationem. Cf. LEYSFRVS spec. 109. V. p. 454., VELTHEMIVS c. II. §. 2. 3., nuperrime rursus GETTIVS §. 5., sed nouo ex parte ratiocinio.

Cuius regulae praua interpretatione factum est, ut quasi artificium actoris aliquamdiu uiri docti proposuerint, si quis intentionem negatiue conciperet et reum ita ad probationem adigeret. Cf. WEBERVS de onere probandi p. 133..

Prouocant sententiae huius defensores ad legum haud pauca praescripta, quibus affirmanti semper, non neganti incumbere probationem eluceat. Cf. VOLLACKIVS §. 3. n. 2.. Contra primus WEBERVS ⁶⁴⁾ de onere probandi p. 132., de act. et exc. p. 137. ampla commentatione enixus est, eo praecipue fretus, quod et fieri possit, ut probetur negatio, et difficultas, licet omnino probationem impediens, nihilominus tamen ab onere probandi liberare nequeat. Cuius praecepta multi deinde et emendauerunt et emendatas nouis regulis auxerunt, uelut PFEIFFERVS p. 212., KOBIVS p. 91., KLOETZERVS p. 31., BORSTIVS p. 19., GENSLERVS p. 267., LINDIVS in Annalibus I. p. 94. 156., RAUSCHENPLATIVS p. 12., MVEHLENBREVCHIVS in Lineamentis p. 137. a., BETHMANNVS-HOLLWEGIVS p. 332., ZIELONACKIVS p. 231.. Cf. etiam, quae nos diximus supra §. 19..

Nobis haec quaestio quoad negatoriam actionem iccirco prorsus uidetur superuacanea, quia secundum rectam sententiam (cf. supra §. 15.) fundamentum actionis huius nequaquam est negatiuum. Nititur enim actio non in eo,

⁶³⁾ Velim consideres, actionem „nego Tibi ius esse altius tollendi“ confessoriam eos habere.

⁶⁴⁾ THOMASIVS §. 21., qui et ipse hanc opinionem impugnat, nimis obiter rem tractauit.

quod ius non habeat aduersarius, sed in eo, quod tale ius actor habeat, quo alter excludatur. Cf. ZACHARIAS Q. XVI. p. 120., HEFFTERVS ad WEBERVM p. 284., BETHMANNVS-HOLLWEGIVS p. 374.. Sed etiamsi haec ita non essent, huic tamen argumento uis inesset nulla, quemadmodum rectissime et WEBERVS et quos praeterea citauimus, exposuerunt.

Neque tamen possumus, quin hac in re paullisper subsistamus, quia legem quandam, qua praecipue omnis ea nititur doctrina, ex iure Romano negantis nullam probationem esse, strictim libet inspicere. Leguntur enim haec L. 23. C. de probat. (III, 19.):

„Actor quod asseuerat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis nulla sit probatio.“

Glossa hanc exhibet interpretationem:

„Licet actor dicit, se non posse probare, onus tamen probationis non refunditur in reum. — Actori asserenti incumbit onus probandi, reo uero neganti non incumbit, etiamsi actor dicat, se probare non posse, nec propter hoc conuenit, in eum onus probandi transferre, quia negatiua probari non potest.“

Postea WEBERO de onere probandi p. 144. duce aliter plerumque uerba „quum per rerum naturam etc.“ interpretati sunt, ad reum ea ita transferentes, ut dicatur: „Actor si asseuerat quod reus negat, et deinde intentionem suam probare se non posse profitetur, reus negationem suam probare non tenetur, quum per rerum naturam“ etc. Cf. LINDIVS in *Analibus* p. 107..

Quarum interpretationum prior, licet diu omnibus accepta, prorsus ratione caret. Verba enim „quum per rerum naturam“ hoc sensu, quem supposuerunt, ad talia tantum praemissa quadrant: „reum necessitate monstrandi contrarium adstringit.“ Accedit, quod non de facti, sed de facultatis tantum, id scilicet, quod asseuerauerit, probandi negatione dici potuisset. Itaque si quis hanc ultimorum uerborum interpretationem seruare uelit, opus est uocem „quum“

non ut assolent per „quia“ sed per „quamuis“ reddat, quo facto logices saltem postulatis satisfactum est.

Longe praestantius egerunt, qui ad reum uerba ista transferrent, e quibus rursus iis assentiendum non est, qui de negatiua litis contestatione dici proponunt uelut Lindius l. l., nam uerba „quod asseuerat“ ad quamuis procul dubio intentionem pertinent.

Prouocant autem huius interpretationis defensores ad L. 10. C. de non num. pec. (III, 30.):

„quum inter eum, qui factum asseuerans onus subiit probationis et negantem numerationem (cuius naturali ratione probatio nulla est)“ etc.,

ubi eadem fere uerba de reo actoris assertionem negante leguntur. Sed nescio, cur similis locutio (neque enim eadem uerba sunt) similem diuerso loco sententiam inuoluere debeat. Quoad autem c. 11. X. de prob. ubi pro „factum negantis“ legimus „negantis factum“ et uoci „probatio“ addita est uox „directa,“ ea lege non rectam nostrae explicationem indigitari, sed falsae originem exhiberi audeo contendere.

Cur uero meliorem istam interpretationem et ipsam recipere nolim, haec est ratio:

L. 23. C. de prob. generalis prorsus regula inuoluitur usque ad uerba „quum per rerum naturam“ prorsus expressa. Communi autem regulae si caussa additur, ad omnes eam casus, qui regulae subsint, quadrare, necesse est. Iam uero, quum perperam dicatur, rei partes eas semper esse, ut factum neget, nam saepissime iam ab initio exceptione nititur, non negatione, saepissime non factum negat, sed simplicem assertionem, concedendum est, caussam ab imperatoribus adiectam non undique rem illustrare. Accedit, quod praemissa legens quisquis expectat caussam, quae ad actorem, probare se non posse profitentem, non quae ad reum, de quo nihil reuera dicitur, nisi quod probatione non adstringitur, propter debilitatem actoris, pertineat. Alia argumenta affert KLOETZERS p. 49..

Itaque interpretationem, quae primo obtutu aliquando

placuit, etiamnunc teneo, grammatices nimirum auxilio locum sanandum esse contendens.

Instituere liceat hoc ratiocinium:

Actor si id, quod asseuerat, probare potest, uel causam uictor relinquit, uel aduersarium, ut probationem actoris impugnet, uel exceptione utatur eamque comprobet, adigit. Cf. L. 19. C. de probat.. Vtrumque uero dici potest „contrarium.“ Non enim contrarium est id tantum quod recta uia oppositum est, uelut affirmationi negatio, sed omnia haec uox complectitur, quae obuersantur aliis. Probatio itaque actoris efficit, ut reus securus manere nequeat. Iam uero, si quid actor asseuerauerit, neque id probare ualeat, — uelut X. dari oportere — reum necessitate contrarium monstrandi — uelut soluta esse X., aut pactum exstare de non soluendo — non adstringit: et his causa additur: „quum per rerum naturam factum negantis nulla sit probatio,“ quae quomodo sit explicanda iam patet: „factum“ enim non est casus quartus, sed nominatiuus, neque aliud quicquam exprimitur, nisi hoc: „Quum consentaneum sit, factum eius, qui negat⁶⁵⁾, probare se posse, quod asseuerauerit, hoc est ipsam negationem nullo modo probationem esse.“ Et quum actoris demum probatione reus ad probationem adigatur, rectissimum est argumentum, ubi actoris probatio in sola quadam contentione constet, reum omnino non attingi.⁶⁶⁾

⁶⁵⁾ Ita L. 4. pr. de usur. (XXX, 1.) „factum tradendi.“

⁶⁶⁾ Similes nugas interdum uirorum doctorum oculos effugere, testis est TIBULLVS I, 9. 68., ubi omnes in eo consentiebant, quod uox „facies“ dicta sit pro „uul-

tus.“ Sed. RVD. MERKELIUS in Observationibus criticis Ouidianis (Halaë MDCCCXXXV.) in corollario adiecto Th. 8. recte docuisse uidetur, futurum esse uerbi „facere.“

§. 29.

VIII. CONCLUSIO.

Hucusque summa pro diuersis opinionibus argumenta satis illustrasse et sine praesumpta opinione diiudicasse nobis uidemur ⁶⁷⁾).

Ex iis autem, quae disputauimus, simul apparuit, pro possessore nihil stare, si dominus contra eum surrexerit, neque etiam aliis de causis, si contra possessorem agat, domino libertatis probationem iniungendam esse. Itaque grauissima remota sententia ea restat consideranda, quam SCHWEPPIVS aliquando proposuit, cuius postea SCHIMPFIVS, PAPIVS, ZIELONACKIVS asseclae exstiterunt, FRANCKII illudentes praesagia, qui fieri hoc posse negauerat., (p. 10.). Haec uero opinio, quam ipse eius auctor propter solam L. 15. de O. N. N. recipiendam esse putauit, quum reuera praeterea fundamento uel omni careat libidinisque, non aequitatis nutrix sit et propugnatrix, recta loci qui suffragari uideatur, interpretatione affatim refutabitur. Itaque sola restat eorum sententia, qui pro domino actore steterunt reoque semper onus probandi adscripserunt, qui quam futilibus et ipsi haud raro argumentis nisi sint, in superioribus exposuimus.

Sed antequam ultimum commentationis huius caput agrediamur, opus erit, ut ad eam paullisper dissensionem recurramus, quam de seruitute debita quidem, sed non ita debita, quomodo exercet aduersarius, motam esse uidimus. Cf. supra §. 18..

⁶⁷⁾ Vnum breuiter attingere licet argumentum, quod MITTERRMAIERSVS p. 292. protulit, quemuis scilicet, nisi negatorie uelit agere, impediendo aduersarium cogere posse, ut ipse agat confessorie et onus probandi iccirco recipiat. Sed in eo errauit uir do-

ctus, quod eum, qui seruitutem usquedum possederat, duplici ratione ius suum tueri posse, praeteruidit, aut actione confessoria, aut possessorio interdicto: qui si posterius elegerit, nihilominus dominum ad ducet, ut negatorie agere debeat.

Nam si seruitus concedatur itaque non uniuersa dominii aduersus reum libertas uindictetur, summum illud deficere aiunt pro actore argumentum, quod scilicet ad dominii libertatem prouocat. Sed nihil impedit, quominus actor ad id, quod restat de libertate praedii, in quo integram dominii notionem non cessare, perspeximus, (cf. supra §. 27.), eodem modo prouocet, ac si plenum dominium retinuisset, et casui potius adscribendum uidetur, quod una eademque persona recte exerceat aliud ius, aliud iniuria sibi arroget. — Alii, quia hoc casu affirmet aliquid actor, propter generalem illam regulam „affirmanti incumbere probationem“ probandum ei esse censuerunt, praeteruidentes, quod reuera affirmat tantum, quatenus existit, seruitutem, quod plus sibi arrogat aduersarius, non aliter negat, atque in ea actione negatoria, qua omne rei ius impugnatur.

Denique ex analogia eo prouocauerunt, quod debiti confessio ex parte facta praesumptionem inducat contra concedentem (L. 9. §. 1. C. de test. (III, 20.), L. 4. C. de edendo (II, 1.), cf. HENR. CHRIST. SENKENBERGIUS §. 19..

Sed nec leges allatae praesumptionem istam pronuntiant, nec debiti natura eam confirmat: uerum debiti pars non concessa pro negata habenda est. Cf. KINDIUS p. 205., VOLLSACKIUS §§. 16–18., WEISSGERBERVS p. 299..

Et his itaque absolutis ad locorum in contrariam sententiam allatorum accuratorem interpretationem transeamus.

INTERPRETATIO LEGVM QVARVNDAM, QVAE
REFRAGARI VIDEANTVR SENTENTIAE AB
AVCTORE DEFENSAE.

§. 30.

I. PRAEFATIO.

In inscriptione capitis huius indicauimus, nos eorum tantum locorum refutationem uelle suscipere, quos in suam opinionem, contrariae rationis defensores attulerunt. Iccirco autem eas leges, quas in nostram sententiam congeserunt, propria commentatione tractare noluimus, quia persuasum habemus, praeter L. 5. pr. si usfr. nullum iis argumentum satis graue contineri. Sunt autem, quae praecipue solent citari leges, hae fere: L. 60. §. 1. de usfr. (VII, 1.), L. 10. pr. si seru., L. 3. §. 13. de itin. (XXXXIII, 19.), L. 7. de aq. quot. (XXXXIII, 20.), quas cuilibet inspiciendas relinquimus.

Contra eorum locorum, quibus contrarium affirmari putant, tantum non omnium mentionem facere debuimus, ne tacendo eorum uim agnoscere uideamur. Generaliter autem liceat praemittere, quod omnes illae leges nihil omnino comprobant, nisi actorem debere probare: quid uero debeat probare, ne una quidem certis uerbis exprimit et uere stupenda est ratiocinandi leuitas, si quis inde, quod dominus in negatoria sustineat partes actoris, libertatem a seruitute

ei probandam esse, consequi doceat. Cf. RAVSCHENPLATIVS p. 1.. Hoc autem, quod contendimus uerum esse ipsis istis fragmentis consideratis statim apparebit. Qua in re uarias uariorum qui uel pro se locos illos attraxerint, uel pro reo quicquam inde consequi negauerint, interpretationes referre, operae pretium non esse putauimus. Delegamus itaque, qui cognoscere eas cupierint, ad hos fere, qui fusius de singulis omnibusue dixerunt, scriptores:

Ex iis, qui possessoris commodum, ne scilicet seruitutem probare deberet, inde extricauerunt, nominasse sufficiat, LINDIUM in Annal. p. 157., SEVFERTVM p. 80., FRITZIUM p. 370., LVDENIUM p. 370., SCHIMPFIVM p. 3. 13., PAPIVM §. 9. seqq., ZIELONACKIUM p. 239., quos mirum est ne prorsus quidem inter se consentire: alii enim alium locum prae ceteris grauem esse affirmant, quod ipsum argumento possit esse, nulli praecipuam quandam uim adscribi debere.

Contrarias interpretationes exhibuerunt: CVIACIUS Vol. I. p. 1663., HVFELANDIUS q. 63., GLVECKIUS p. 238., ESSERVS p. 44., ALBERTVS §§. 170—173., MITTERMAIERVS p. 300., FRANCKIUS §§. 3—5., GOESCHENIUS p. 103., PUCHTA Inst. §. 253., VANGEROVIUS §. 353. n. 2., HOFFMANNVS p. 247., RYDORFFIUS p. 34., SELLIUS p. 393. n. **), WIRTHIUS §§. 7—11..

§. 31.

II. RECTA NOTIO VOCVM „PETITOR“ ET „POSSESSOR.“

In legibus infra interpretandis summum locum obtinere uoces „possessor“ et „petitor“ statim uidebimus. Quae quum difficultatem aliquam moueant, acrius de iis est dispiendum. Et ab initio quidem distinctio uidetur esse facienda inter res corporales et incorporales, inter possessionem et quasi possessionem. In rerum enim corporalium controuer-

siis petitor et possessor semper inter se oppositi sunt, ita ut idem utramque personam nequeat sustinere.

Huc facit §. 2. I. de act.:

„Nam in his agit, qui non possidet, ei uero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse,“

item §. 4. I. de interd.:

„— quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controuersia fit. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et ciuilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat.“

Regulam his multo latiore exhibet L. 62. de iudic. (V, 1.):

„Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fruatur.“

Sed ipsum hoc fragmentum non tam testatur, in quauis causa alterum esse debere petitorem, alterum possessorem eo, quam descripsimus sensu, sed potius a rei uindicatione ad alias controuersias haec uerba translata esse confirmat, ita ut improprie pro actore et reo usuueniant, (L. 4. §. 2. si seru.).

Alias enim prorsus peruersa ex L. cit. essent secutura. Quod enim iam supra demonstrauius, in actione et confessoria et negatoria agere posse etiam eum, qui sit in quasi possessione, rursus hoc loco monendum est. Ne tamen dicta uideamur repetere solam L. 6. §. 1. si seru. producimus:

„Sciendum tamen, in his seruitutibus possessorem esse eum iuris et petitorem,“

qua disertis uerbis exprimitur, eundem et petitorem, id est actorem esse posse, et possessorem iuris, id est in possessione iuris. Cf. L. 5. §. 7. si usfr..

Quaeritur itaque, quomodo haec consocianda sint cum §. 2. I. de act. et §. 4. I. de int. et reuera res aliter expediri non posse uidetur, quam ita, ut distinctionem faciamus inter controuersias rerum corporalium et incorporalium et in corporalibus quidem eum re uera pro possessore habeamus,

qui rem tenet uel consentiente paullisper altero uel possessorio instituto, ita ut contra ipsum alter actionem suam petitoris nomine dirigat: in rebus uero incorporalibus eum possessorem uocemus, qui statum aliquem obtinentem potest tueri, donec apud iudicem res acta sit, siue actor ipse, siue reus existat.⁶⁸⁾ Et haec ratio subest L. 5. §. 10. de O. N. N. multifariam sollicitatae:

„Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare uel in nostrum immittere uel proicere uult, melius esse, cum per Praetorem uel per manum (id est lapilli ictum) prohibere, quam O. N. N.: ceterum [hoc est: alias enim] O. N. N. possessorem eum faciemus, cui nunciauerimus.“

Minime uero hac nostra explicatione impeditur, quominus reus, si simul possessor sit, pleno possessoris commodo utatur, quale est in rei uindicatione, et haec conditio in legibus ita significatur: „possessoris partes sustinere.“ Cf. L. 8. §. 3. si seru..

Huic oppositum est, quod dicitur „petitoris partes sustinere.“ Petitorem ubique dici actorem et legibus constat uelut L. 7. §. 5. de lib. caus. (XXXX, 12.), ubi eadem persona utraque uoce significatur, et in ipsa uerbi notione inest: nam qui ius affectat, quod non habet, uel ita habet, ut securus esse sibi non uideatur, is actione hoc ius petere debet.

Denique quaestio fit, quam praeterea uim habeat illud: „petitoris partes sustinere,“ et L. 62. de iud. pro „partes“ dictum esse „onera“ iam uidimus. Haec autem onera consistere in probatione omnes consentiunt, et PAPIVS magno doctrinae legumque apparatu demonstrare enixus est. Errant tamen, qui in solo onere probandi difficultatem illius petitoris conditionis putant consistere, quemadmodum iam L. 62. cit. ostenditur, ubi de „oneribus“ actoris uerba fiunt. Et uere quum per formulas ageretur, ipsa sufficientis formulae

⁶⁸⁾ Indicat hanc differentiam si seru.. Similiter ALBERTVS §. 170. iam GOTHOFREDVS ad. L. 8. §. 3. in notis.

petitio onus actoris erat habendum, cui accedit odiosa actoris conditio aliaque similia.

Prorsus autem inepta est conclusio, quam nihilominus haud raro factam uideo, quia „petitoris partes sustinere“ sit „onus probandi suscipere debere,“ iccirco „possessoris partes sustinere“ esse „liberum reddi a quauis probatione.“ Vbique enim generales de probationibus regulas, eam praesertim, quod reus probat exceptionem, ne attingi quidem dicendum est.

Et his praemissis facilius locos, de quibus agimus, luce adspargere poterimus.

§. 32.

III. INTERPRETATIO LEGVM, DE QVIBVS AGITVR.

1.) L. 8. §. 3. SI SERV. (VIII. 5.).

„Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, siquidem tigna immissa sint, eum, qui seruitutem sibi debere ait, si uero non sunt immissa, eum qui negat.“

Hanc legem iccirco tantum difficillimam semper praedicatam esse puto, quod male, quaenam in rebus incorporalibus notio sit possessoris, perspexerunt. Nam quum possessoris partes sustinere nihil aliud significet, nisi statum obtinentem posse tueri, famosa haec lex reuera nihil exprimit, nisi regulam, quae usuueniat de partibus actoris et rei constituendis, quemadmodum rectissime statuit FRANCKIVS p. 30.. Cui si PAPIVS obiecit p. 249., nisi absurde hac lege „actorem esse actorem“ iureconsultus dixisset, omnia nihilominus eo reuertere, ut actorem dominum liberat a seruitute aedes suas probare debere, hac lege indicatum sit, qua ratione haec sibi finxerit, non intelligo. Immo hic sensus est integer legis allatae:

Si tigna nondum immissa sunt in aedes uicinas, is, qui obtinentem statum potest tueri, ipse habetur dominus: contra

quem si quid moliri uelit uicinus, opus est actione ciuili experiatur, hoc est, confessorie de seruitute agat. Sin uero immissa sunt tigna, non iam domino sufficiunt alia iuris adminicula, nisi et ipsa actio ciuilis, quam donec intenderit, uicinus potest statum obtinentem tueri. Illa autem domini actio est negatoria.

Alii ad actionem tantum confessoriam totum hunc locum respicere putauerunt, ita ut, si confessoria intendatur tignis immissis, uicinus sit iuris et petitor et possessor, si non sint immissa, tantum petitor, (PAPIVS p. 251.) sed etiam si hoc primo adspectu uerum esse uideri possit, nihil tamen impedit, quominus statim ad negatoriam omnia referantur.

Iam uero, quaeso, quibus uerbis sit indigitatum, dominum negatorie agentem (uel a possessore petitore confessoria conuentum, ut SCHIMPFIVS explicat p. 13.) libertatem praedii sui debere probare? Huius ne uestigium quidem exstat sententiae totumque aduersariorum eo reducitur ratiocinium, quod perperam, quia ipsa actio confessoria et negatoria quodammodo inter se oppositae sunt, iccirco et onus probandi contrarium esse censuerunt, ita ut quia in confessoria seruitus probatur, iccirco in negatoria libertas a seruitute monstrari debeat.

Restat, ut moneamus, quod HVFELANDIVS p. 64. (ante eum MASCARDVS Vol. III, concl. 1194. n. 35.) proposuit, PAPIVS recoxit, totam scilicet hanc legem de sola seruitute tigni immittendi, uelut singulari quadam seruitutum specie agere, nihil esse: nam nec leges in Digestis propositae tam anxie debent explicari, neque omnino, si possessoris partes recte diiudicaueris, tam stricta interpretatione opus est. Accedit, quod in seruitute oneris ferendi eadem omnia, quae PAPIVS p. 252. de tigni immittendi seruitute exposuit, etiam multo luculentius accidunt.

§. 33.

2. L. 15. DE O. N. N. (XXXVIII, 1.).

„Si priusquam aedificatum esset, ageretur, ius uicino non esse, aedes altius tollere, nec res ab eo defendere-
tur, partes iudicis non alias futuras fuisse, ait, quam, ut
eum, cum quo ageretur, cauere iuberet, non prius se
aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse, altius
tollere. Itemque e contrario, quum quis agere uellet,
ius sibi esse, inuito aduersario altius tollere, eo non
defendente, similiter, inquit, officio iudicis continebitur,
ut cauere aduersarium iuberet, nec opus nouum se nun-
ciaturum, nec aedificanti uim facturum. Eaque ratione
hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de
iure suo probare necesse haberet: hoc enim esse, peti-
toris partes sustinere.“

Hoc fragmentum ab omnibus, qui contrariis subscribunt
opinionibus usque ad coelum laudibus elatum esse uideo,
quia hoc certe argumentum suppeditari uideatur insuperabile.
At uero re diligentius perpensata neque huic legi id inesse
apparebit, quod satis artificiose iniicere ei uoluerunt.

Primum autem aduersarii nostri ad cuiusuis prouocant
probitatem, qui sine praesumpta opinione ad hunc locum
accesserit, quaerentes, num aliud ab initio in eo inesse per-
suadere sibi potuerit, nisi hoc, quod praedii libertas a do-
mino sit probanda. Cf. PAPIVS p. 218., qui LOEHRIUS p. 511.
ita uisum esse gaudet.

Equidem libenter fateor, me nihil tale sensisse, sed
statim ab initio prorsus aliam hac lege proponi sententiam
iudicasse. Quam antequam apponam, inspicere libet L. 45.
de damn. inf. (XXXVIII, 2.), quam cum L. 15. cit. plerum-
que solent conferre:

„Aedificatum habes. Ago, Tibi ius non esse habere.
Non defendis: ad me possessio transferenda est, non
quidem, ut protinus destruat opus, (iniquum enim est,
demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra
certum tempus egeris, ius Tibi esse, aedificatum habere.“

Casus propositus his est. Contra eum, qui aedificauit in

suo, ego negatorie intendo, ius ei non esse, aedificatum habere, invito me. Aduersarius non defendit rem suam: ego possessor existo. Aduersarius, si possessor esset, statum obtinentem tueri posset, ego quum possessor effectus sim, et ipse statum obtinentem tueri potero: quaeritur, quisnam sit status ille. Et ipsis uerbis: „Non quidem, ut protinus destruat opus,“ apparet, eum esse, qui ante opus exstructum obtinuit, nisi quod intra certum tempus actione experiri aduersario conceditur. Agere autem debet aduersarius:

SI . PARET . MIHI . IUS . ESSE . AEDIFICATVM . HABERE . INVITO . TE .

Haec autem actio prout seruitute altius tollendi, (cf. supra §. 11.), a uicino acquisita, uel ipso iure altius tollendi ex dominio procedente, nititur, diuersum habebit fundamentum, aut „quia dominus sum,“ aut „quia mihi seruitutem debes,“ et alterutrum itaque erit probandum. Sed ne uerbo quidem indicatur, poenae causa probandum esse: „quia Tu non habes seruitutem.“

Poenae potius in eo consistit, primum quod opus tandiu inhibetur, donec egerit, qui aedificauerat, et quod ne cautionibus quidem datis uelut in operis noui nuntiatione ius altius aedificandi interea sibi potest acquirere, quum nimirum non habeat possessionem, deinde quod eo priuatur commodo, quod aduersarius actor de suo fortasse iure non possit probare, dum et ipse de suo iure probare non potest. Itaque nunc melior manet conditio possidentis, id est eius, ad quem ab indefenso possessio erat translata.

Prorsus autem similiter res se habet in L. 15. de O. N. N., nisi quod ibi alter etiam casus hic non tractatus affertur:

Quamdiu aedificatum non est, uicinus uidetur esse possessor, quia actionem intendendo:

SI . PARET . TIBI . IUS . NON . ESSE . AEDIFICARE . INVITO . ME .

inhibet aduersarium aedificare cupientem statumque obtinentem tueri. Neque uero in controuersiis rerum incorporalium absonum esse uidimus, eundem iuris esse et petito rem et possessorem. Itaque fieri potest, ut contra eum, qui non-

dum aedificauerit, rata sit intentio proposita, si quis de iure suo certior fieri uelit. Quod si factum est, neque reus defendit, actoris possessio confirmatur, et cautiones exiguntur ab aduersario, ne prius uelit aedificare, quam egisset, ius sibi esse altius tollere. Haec uero intentio:

SI . PARET . IVS . MIHI . ESSE . ALTIUS . TOLLERE .
INVITO . N° . N° .

rursus fundamento nititur uel hoc: „quia dominus sum“ uel: „quia seruitutem habeo altius tollendi,“ quorum si prius probauerit, reus probabit seruitutem constitutam, si posterius, alia quauis exceptione niti poterit. Ceterum incommoda indefensus subit propemodum eadem, quae ad L. 45. de damn. inf. exposuimus.

In media deinde legis nostrae parte res conuertitur, et uice uersa prior actio hanc est:

SI . PARET . MIHI . IVS . ESSE . ALTIUS . TOLLENDI .
INVITO . N° . N° .

Fundamenta sunt eadem, quae antea, uel dominium, uel seruitus debita. Recte enim dominus ab initio statim ita agere poterit, si certior fieri uelit, num debeat uicino seruitutem. At uero hoc casu petitoris et possessoris partes discedunt, nam reus est possessor. Qui si non defendat, possessio transit ad actorem, qui nunc statum obtinentem potest tueri hoc est, nec operis noui nuntiatione nec ui facta, quominus aedificet, recte prohiberi poterit.

Et his AFRICANVS in fine adnectit generalem quandam regulam, unde libertatem a seruitute in negatoria actione probandam esse, multi sibi persuaserunt, ita concludentes:

„Si punitur quis eo, quod de iure suo probare debet, nisi punitus esset, de iure suo probare non debuisset: itaque negatoriae actionis respectu habito, tum demum, qui seruitutem exercet, contra dominum negantem probare debebit, se seruitutem habere, si rem non defenderit, alias actoris domini erit, probare, se seruitutem non debere.“ Haec uero conclusio, si recta esset, SCHWEPPII potius, quam eorum sententiae accedere deberemus, qui distinctionem faciunt, utrum quis in possessione sit, nec ne. At uero tota haec conclusio falsa est, quamuis LOEHRIVM p. 511. adduxerit,

ut prorsus peruersam de seruitutibus urbanis doctrinam exhibendam esse putarit, ne funditus his locis euerteretur rector de onere probandi in negatoria actione sententia. Cf. supra §. 21.): nam, qui de suo iure probare necesse habet, iccirco necesse non habet, probare de iniuria alterius. Hoc autem effato „de iure suo probare“ in negatoria actione non intelligi libertatis probationem, testis est L. 5. pr. de usfr. et STEPHANI in scholio irrefutabilis auctoritas.

Ex his simul apparet, me ultima illa legis laudatae uerba ad utramque eius partem referre, licet et ii recte agant, qui ad posteriorem tantum respicere ea putent, nam priori parti simile aliquid iam adnexerat AFRICANVS dicens „quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere.“ Fieri autem nequit, ut initium solum fragmenti hoc addidamento recte opinemur indigitari, quod proposuit SEVFFERTVS p. 83., talis enim interpretatio omnem dicendi logicen perturbat.

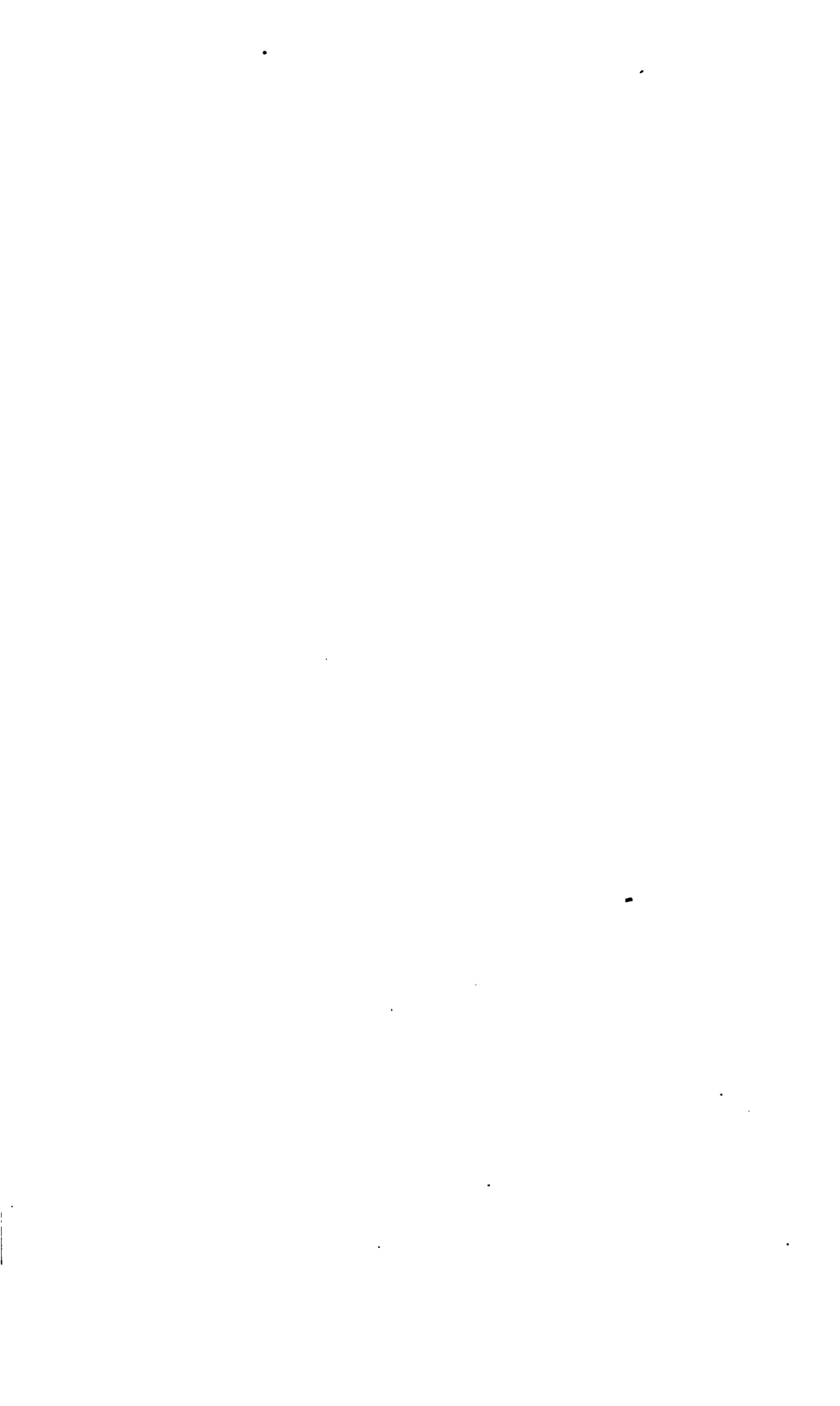
Denique de omni hac indefensum puniendi ratione Romanis usitata qui plura legere cupierint, delego ad BETHMANNVM-HOLLWEGIVM Vol. I. p. 277., FRANCKIVM p. 14., SELLIVM §. 82., praecipue uero RVDORFFIVM p. 22. seqq. p. 35. seqq.

Itaque postquam et lege 15. de O. N. N. nihil pro aduersariis nostris effici uidimus, quum omnino non de libertatis a seruitute probatione, sed generaliter de probatione dicatur, quae qualis sit in utraque actione affatim in superioribus demonstrauius, terminum imponere licet huic commentationi: nam reliquas leges a PAPIO praesertim p. 218. in suam opinionem allatas, uelut L. 1. §. 1. de superf. (XXXXIII, 18.), et L. 5. §. 10. de O. N. N. (cf. supra §. 32., WIRTHIVS §. 9., §. 11.) ne attingere quidem quaestionem nostram, quicumque inspexerit, facile intelliget.

Restat igitur, ut siue quid audacius proposuisse, siue negligentius exsecuti esse uideamur, ueniam rogemus, neque libidini nostrae uel pigritiae, sed operis potius difficultati et ex parte nouitati beneuole adscribi haec uitia precemur.

I N D I C E S.





I. INDEX PRIOR.

DESCRIPTIO LOCORVM ET IVRIS ROMANI ET SCRIPTORVM VETERVM, QVI VEL EIVS QVOD DICTVM EST, PROBANDI CAVSSA CITATI VEL FVSIVS EXPLICATI SVNT.*)

10. AD COMMENTATIONEM PRIMAM.

<p>1. LOCI IVRIS ROMANI.</p> <p style="padding-left: 2em;">a. Ex GAIO.</p> <p>Lib. II. §. 180. n. 23.</p> <p style="padding-left: 2em;">§. 181. n. 113.</p> <p style="padding-left: 2em;">b. Ex INSTITVTIONIBVS.</p> <p>§. 3. de adopt. (I, 11.) n. 136. n. 137.</p> <p>§. 5. de tutel. (I, 13.) n. 2.</p> <p>§. 2. de pup. subst. (II, 16.) p. 10.</p> <p>§. 3. " " " n. 119.</p> <p>§. 4. " " " p. 16.</p> <p>*§. 2. ad Leg. Falc. (II, 22.) p. 16.</p> <p style="padding-left: 2em;">c. Ex DIGESTIS.</p> <p>L. 17. §. 1. de adopt. (I, 7.) p. 118.</p> <p>L. 18. pr. " " n. 136. n. 137.</p> <p>L. 19. pr. " " n. 136. p. 119.</p> <p>L. 20. " " . . . n. 136.</p> <p>*L. 22. §. 1. " " p. 117. n. *134.</p> <p>L. 1. §. 2. de conferenda tutela (XXVI, 3.) n. 2.</p>	<p>L. 1. §. 7. si quis om. causa (XXVIII, 4.) n. 110.</p> <p>L. 29. n. 141.</p> <p>L. 1. §. 1. de unlg. et pup. (XXVIII, 6.) p. 10.</p> <p style="padding-left: 2em;">§. 2. p. 7.</p> <p>L. 2. §. 4. . . . p. 10. p. 11. n. 110.</p> <p>L. 10. §. 1. " " p. 11. n. 110.</p> <p style="padding-left: 2em;">*§. 2. " " p. 11. n. *108.</p> <p style="padding-left: 2em;">*§. 3. " " . . . n. *108.</p> <p style="padding-left: 2em;">§. 4. " " . . . n. 109.</p> <p style="padding-left: 2em;">§. 5. " " p. 10. p. 16.</p> <p style="padding-left: 2em;">*§. 6. " " p. 117. n. *134.</p> <p>*L. 12. " " p. *93.</p> <p>L. 20. pr. " " p. 11.</p> <p>L. 31. pr. " " p. 10.</p> <p>L. 34. " " p. *68.</p> <p>*L. 36. " " p. 82. p. 83. p. *85.</p> <p>L. 37. " " n. 76.</p> <p>L. 38. §. 1. " " p. 10.</p> <p>L. 40. " " . . . p. 10. p. 118.</p>
---	---

*) Quos posteriores asterisco signavi.

- L. 41. §. 3. de uulg. et pup. p. 71.
 *§. 6. " " " " p. *35.
 p. 43. p. *44. p. 123.
 §. 8. " " " " p. 10.
- *L. 42. " " n. 76. p. *27.
- *L. 41. §. 2. de testamento militis
 (XXVIII, 1.) . . . p. *72.
 §. 4. " " n. 2.
 §. 5. " " p. 11.
- L. 2. de acquir. uel omitt. her.
 (XXVIII, 2.) n. 106.
- L. 7. pr. " " n. 6.
 §. 1. " " n. 115.
- L. 10. " " n. 105.
- *L. 40. " " *p. 95. n. 107.
- L. 41. " " *p. 95.
- *L. 42. " " p. 11. p. 95.
 n. *101. n. *104.
- *L. 59. " " p. 11. p. 34.
 p. *41. n. *48. n. 107.
- L. 61. " " n. 50.
- L. 8. quemadmodum testamenta
 (XXVIII, 3.) n. 119.
- *L. 19. §. 1. de legg. I. (XXX.) p. *121.
- *L. 32. " " n. 6. p. *121.
- L. 34. §. 10. " " p. 123.
- L. 52. §. 1. " " p. 120.
- *L. 53. pr. " " p. 121. p. *122.
 §. 1. " " p. 123.
- *L. 74. " " p. 23. p. *83.
 p. *119.
- *L. 81. §. 7. " " p. *120.
- *L. 113. §. 2. " " p. *122.
 *§. 3. " " p. *120.
- L. 121. " " p. 90.
- L. 125. " " p. 81.
- L. 126. pr. " " p. 71. n. 90.
- L. 61. §. 2. de legg. II. (XXXI).
 p. 28.
- L. 77. §. 29. " " p. 81.
- L. 5. de legg. III. (XXXII.) p. 71.
- L. 25. §. 1. " " p. 2.
- *L. 103. pr. de legg. III. p. *74.
 §. 1. " " p. 75.
 *§. 2. " " p. 83. p. *84.
 §. 3. " " p. 82.
- *L. 1. §. 12. ad Legem Falcidiam
 (XXXV, 2.) p. *110.
 *§. 13. " " p. *22. p. *24.
 p. *25.
 *§. 14. " " p. *21.
- *L. 10. " " n. 85.
- L. 11. §. 2. " " p. 81.
 *§. 5. " " p. 9. *§. 3.
 p. 57. p. 63. p. 69. p. 71. p. 108.
 *§. 6. " " p. 20. p. *49.
 p. 65. p. 108.
 *§. 7. " " p. 29. p. *34.
 p. *37. n. *45.
 *§. 8. " " p. 9. p. *72.
- L. 12. " " n. 120.
- *L. 14. §. 2. " " p. *63.
 *§. 3. " " p. *67.
- L. 31. " " n. 121.
- L. 32. §. 2. " " n. 133.
- *L. 73. " " p. *16.
- L. 76. " " p. 40.
- L. 77. " " p. 49.
- *L. 78. " " p. *20.
- *L. 79. " " p. 9. p. *19. p. 63.
- *L. 80. pr. " " p. *48.
- L. 84. " " n. 10.
- L. 87. §. 2. " " n. 46.
 *§. 4. " " p. *22. p. *23. p. 65.
 *§. 5. " " p. 9. p. *29. p. 40.
 §. 6. " " p. 69.
 *§. 7. " " p. 9. p. 64.
 p. *71. p. *73.
 *§. 8. " " p. *30.
- L. 1. pr. si cui plus (XXXV, 3.) n. 121.
 §. 1. " " p. 111. n. 130.
 §. 2. " " n. 10. p. 111.
 *§. 3. " " p. 15. p. 61.
 p. *112. n. *125.

- *§. 4. si cui plus.. p.*112.
 §. 6. " " . . n. 120.
 §. 8. " " . . n. 122.
 §. 9. " " . . p. 111.
 §. 13. " " . . n. 124.
 §. 15. " " . . p. 111.
 L. 3. §. 4. " " . . n. 123.
 §. 5. " " . . n. 123.
 L. 5. " " . . n. 124.
 *L. 17. ad SC. Trebellianum
 (XXXVI, 1.) . . . p. *15.
 *L. 27. §. 2. " " . n. 6. p.*98.
 §. 4. " " . . . p. 99.
 L. 59. pr. " " . . . n. 73.
 L. 81. " " . . . n. 119.
 L. 1. quando dies leg. ad uel fid.
 (XXXVI, 2.) . . . p. 124.
 L. 7. §. 3. " " . . . p. 124.
 §. 4. " " . . . p. 124.
 §. 5. " " . . . p. 124.
 L. 8. pr. de bon. poss. contra tab.
 (XXXVII, 4.) . . . p. 91.
 L. 20. pr. " " . . . p. 91.
 L. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.
 (XXXVII, 11.) p. 5. p. 10.
 *L. 28. de reb. auctoritate iudicis
 (XXXII, 5.) p. *96. n. *104.
 d. Ex CODICE.
 L. 19. de iure delib. (VI, 30.) n. 115.
 L. 20. " " " p. 11. n. 107.
 L. 24. de legatis (VI, 37.) p. 8.
 p. 9. p. 71.
 L. 2. de usur. et fruct. legatorum
 (VI, 47.) . . . n. 121.
 L. 2. de tabulariis et scribis
 (X, 69.) n. 137.
 2. LOCI IVRIS GRAECO-
 ROMANI.
 Basil. Lib. XXXXI. Tit. I. §. 5. n. 15.
 " " " " §. 7. p. 38.
 Basil. Lib. XXXXI. Tit. II. §. 3. n. 126.
 Scholium ad Lib. XXXXI. Tit. I.
 num. 8. n. 18.
 Scholium ad Lib. XXXXI. Tit. II.
 *num. 4. n.*132.
 num. 6. n. 61.
 3. LOCI EX SCRIPTORIBVS
 CLASSICIS.
 CICERO pro Caccina cap. 18. n. 5
 " de oratore I. §. 180. n. 5.
 §. 242. n. 5.
 II. §. 24. n. 5.
 §. 140. n. 5.
 §. 141. p. 10.
 §. 221. n. 5.
 " Brutus §. 144. n. 5.
 §. 194. n. 5.
 " de inuentione II. §. 62. n. 5.
 p. 10.
 §. 122. p. 10.
 " Topica cap. X. . . . n. 5.
 " ad familiares VIII, 6. 3. n. 54.
 HORATIUS A. P. 467. . . . n. 54.
 OVIDIUS Metam. XIII, 50. . . n. 54.
 QUINTILIANVS VII, 6. 9. . . . n. 5.
 IVSTINVS II, 4. 10. n. 54.

20. AD COMMENTATIONEM ALTERAM.

1. LOCI EX IVRE ROMANO. *L. 11. pr. de seru. P. V. p. *149.
- a. EX GAIO. §. 1. " " n. 23.
- L. III. §. 3. n. 3. p. 142. p. 156. L. 14. " " n. 22.
- §. 16. p. 132. L. 20. " " p. 157.
- §. 36. p. 198. L. 21. §. 1. " " p. 227.
- b. EX INSTITVTIONIBVS. L. 24. " " n. 22.
- pr. de libert. (I, 5.) p. 228. L. 27. §. 1. " " p. 172.
- §. 1. de act. (III, 6.) . . p. 141. *L. 31. " " n. *44.
- §. 2. " " p. 130. n. 5. p. *138. L. 36. " " p. 157.
- p. 150. p. 156. p. *178. p. *220. L. 1. §. 2. de seru. P. R. (VIII, 3.)
- *§. 2. de interd. (III, 15.) p. 221. p. 200.
- §. 3. " " p. 221. L. 2. comm. praed. (VIII, 4.) p. 200.
- *§. 4. " " p. 217. p. *220. L. 17. " " p. 157.
- p. *237. L. 1. §. 1. si seru. (VIII, 5.) n. 1.
- c. EX DIGESTIS. *L. 2. pr. " " p. 134. p. 136.
- L. 62. de iudiciis (V, 1.) p. *237. p. *151. p. 154.
- p. 238. L. 2. §. 1. " " n. 1.
- L. 9. de R. V. (VI, 1.) . . p. 221. L. 4. §. 2. " " p. 230.
- L. 24. " " " p. 221. *L. 4. §. 7. " " p. 136. p. 151.
- L. 11. §. 1. de Publiciana actione p. 156. p. 160. p. 200. p. *201. p. 227.
- (VI, 2.) p. 200. L. §. 8. " " p. 157.
- L. 1. §. 1. si ag. uect. (VI, 3.) p. 198. L. 6. pr. " " p. 157.
- L. 60. §. 1. de usfr. (VII, 1.) p. 235. §. 1. " " p. 237.
- L. 1. pr. quib. mod. usufructus *§. 3. " " p. *129.
- (VII, 4.) p. 200. L. 8. pr. " " p. 130. p. 131.
- L. 1. pr. si usfr. (VII, 6.) p. 195. L. *§. 3. " " n. 68. p. 238.
- *L. 5. pr. " " n. 5. p. 155. p. 161. §. *32.
- p. 163. p. 170. p. 179. *§. 12. p. 244. L. §. 4. " " n. 15.
- L. *§. 1. " " p. *129. p. 195. L. §. 5. " " n. 3. p. 136.
- L. §. 7. " " n. 15. p. 177. p. n. 15. p. 156. p. 157.
178. p. 237. L. 9. pr. " " p. 155. p. 156.
- L. 4. §. 1. de seru. (VIII, 1.) p. 200. p. 201. L. 10. pr. " " p. 235.
- p. 201. L. §. 1. " " p. 177.
- L. 16. " " p. 195. *L. 11. " " n. 15. p. 156.
- L. 1. de seru. P. V. (VIII, 2.) n. *28. p. 157. p. 163. p. 164. p. 166.
- p. 170. p. *171.
- L. 12. " " p. 157.

- L. 75. de V. O. (XXXXV, 1.) n. 29.
 L. 6. §. 2. arborum furt. caes.
 (XXXXVII, 7.) p. 157.
 L. 86. de V. S. p. 132.
 L. 45. §. 1. de R. I. n. 26.

d. Ex CODICE.

- L. 4. de edendo (II, 1.) p. 234.
 L. 29. de pact. (II, 3.) . . p. 26.
 L. 11. de hered. pct. (III, 31.) p. 221.
 L. 8. de seru. (III, 34.) n. 22. n. 54.
 L. 9. " " " . . . n. 54.
 L. 10. " " " . . . n. 54.
 L. 19. de probat. (III, 19.) p. 232.
 *L. 23. " " p. 230. p. *231.
 L. 9. §. 1. de test. (III, 20.) p. 234.
 L. 10. de non num. pec. (III, 30.)
 p. 231.
 L. 21. mand. (III, 35.) . . p. 226.
 L. 1. de aed. priu. (VIII, 10.) n. 22.
 L. 12. pr. " " . . . p. 146.
 §. 1. " " . . . n. 23.
 L. 13. " " . . . p. 146.

e. Ex NOVELLIS.

- Nov. 63. §. 1. n. 23.

II. EX IVRE GRAECO-ROMANO.

- THEOPHILVS ad *§. 1. I. de seru.
 p. *143.
 " ad *§. 2. I. de act.
 p. 134. n. 12. n. 14. p. 142.
 p. 155. p. 156. p. 160. n. 31. p. *184.

THEOPHILVS ad §. 15. I. de int.
 n. 12.

*STEPHANVS ad Basil. XVI. L. 6.
 c. 5. th. 1. . . p. 155. p. 162.
 p. *167. p. 169. p. 173. p. *182.

LABBAEI Glossae p. 163.

EPANAGOGI L. XII, 24. . . n. 31.

" L. XXXVIII, 27. n. 15.

PROCHIRON L. XXVII, 14. n. 31.

PSPELLVS v. 563—565. . . . p. 164.

III. EX SCRIPTORIBVS
ANTIQUIS.

CICERO pro Caecina XVIII. n. 17.

" in Verrem I, 12. . . p. 156.

VITRUVIUS II, 8. . . . n. 24. n. 25.

SALVSTIUS B. C. c. 12. . . n. 24.

STRABO V, 3. 7. n. 22.

*VELLEIUS PATERCVLVS II, 10. n. *26.

*VALERIUS MAXIMVS VIII, 1. 7.

n. *26.

SENECA Consol. ad Helu. c. 9.

n. 24.

SENECA Controu. II, 9. . . . n. 24.

PETRONIVS Sat. c. 120, 27. n. 24.

PLINIUS N. H. III, 5. . . . n. 24.

IUVENALIS VI, 31. n. 24.

" XIII, 86. n. 24.

SVETONIUS Oct. c. 89. . . . n. 22.

TACITVS Ann. XV, 43. n. 22. n. 25.

CLAVDIANVS de cons. Stil. III, 131.

n. 24.

SALVIANVS adu. auar. I, 4. n. 24.

II. INDEX POSTERIOR.

LIBRORVM, QVIBVS AVCTOR VSVS EST, ENVMERATIO.

1^o. AD COMMENTATIONEM PRIMAM.

1^o, LVD. ARNDTSIVS: *Lehrbuch der Pandecten.* (Monachii A. MDCCCLII.) §. 564—565.

2^o, IDEM: in *Lexico iuris* Vol. VI. (Lipsiae MDCCCXXXV.) ad uocem „*Legat.*“

3^o, IOACH. BALTH. BERNSTORFFIVS: *De ratione Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda.* (Gotingae MDCCCLIII.).

4^o, SAM. BERTHOLDVS (praeside CHR. RAVIO): *Exercitatio iuris ciuilis ad L. 79. ad Leg. Falc.* (Lipsiae MDCCCLXXXII.).

5^o, FRID. BLVHMIVS: *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln.* In *Annalibus iurisprudentiae historicae* Vol. III. (Berolini MDCCCXX.) p. 257..

6^o, VINC. CABOTIVS: *Variarum iuris publici et priuati disputationum libri II.* In *MEERMANNI thesauro* Vol. III. (Hagae Comitum MDCCCLII.) p. 584. seqq..

7^o, IO. CARVALHO: *De una et altera quarta deducenda uel non legitima, Falcidia et Trebelliana* (Col. Allobr. MDCCXXXVI.).

8^o, BARTHOL. CHESIUS: *Interpretationum iuris liber I. et II.* (Lipurni MDCLVII.).

9^o, IACOB. CVIACIVS: *Papinianus. Editionis Fabrotianae* Vol. I. (Lutetiae Parisiorum MDCLVIII.).

10^o, IDEM: *Observationum libri XXVIII.* (Vrsellis MDCXVIII.).

11^o, HVGO DONELLVS: *Commentarii iuris ciuilis. Editionis Bucherianae* Vol. V. (Norimbergae MDCCCXXII.).

12^o, FRANC. DUARENVS: *Commentarius ad Legem Falcidiam* (Francofurti A. MDLXXXVIII.).

13^o, GV. FRANCKIVS: *Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten.* (Göttingae A. MDCCCXXI.).

14^o, ANT. GOVEANVS: *Opera*, ed. IAC. VAN VASSEN (Rotterdam A. MDCCCLXVI.).

15^o, A. HERRMANNVS: *Ueber einige Rechtsfragen.* In *Annalibus Giessenianis nouis* Vol. VIII. (Giessae A. MDCCCLI.).

16^o, AEM. HOFFMANNVS: *In wiefern und in wie weit ist der Vulgar- und Pupillarsubstitut zur Entrichtung der dem Substituten und Pupillen aufgelegten Legate verbunden etc..* In *SELLII Annalibus* Vol. I. (Brudsuici MDCCCXXXI.).

17^o, IMM. G. HVSCHKIVS: *Die Praestation der Legate in Doppeltamenten.* In *Annalibus Giessenianis nouis* Vol. VI. et VII. (Giessae A. MDCCCXXXVIII. et MDCCCL.).

18^o, SIXT. IAC. KAPFFIVS: *De detractioe Falcidiae portione grauata uel non grauata coheredi accrescente* (Tubingae A. MDCCCLXVI.).

19^o, BYRK. GV. LEISTIVS: *Die Bonorum Possessio.* Vol. II. (Göttingae A. MDCCCXXX.).

20^o, AEGID. LOEHRIVS: *Zur Lehre von der Pupillarsubstitution.* In *Archiuo* Vol. XXII. (Heidelbergae A. MDCCCXXXVIII.) p. 315..

21^o, M. S. MAYERVVS: *Die Lehre von dem Erbrecht.* (Berolini A. MDCCCXXX.).

22^o, CHR. FRID. MVEHLENBRUCHIVS: *Ausführliche Erläuterung der Pandecten von Dr. Chr. Friedr. von Glück.* Vol. XXX. (Erlangae A. MDCCCXXXVIII.).

23^o, THOM. PAPILLONIVS: *De iure accrescendi.* In *OTTONIS thesauro* Vol. III. (Traiecti ad Rhenum A. MDCCXXXIII.) p. 765. seqq..

24^o, LVD. PFORDTENIVS: *Abhandlungen aus dem Pandectenrecht.* (Erlangae A. MDCCCXXX.).

25^o, R. I. POTHIERVS: *Pandectae Iustinianae.* Vol. II. (Lugduni A. MDCCCLXXXII.).

26^o, GE. FRID. PVCHTA: *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, ed. AD. AVG. FRID. RVDORFFIVS Vol. II. (Lipsiac A. MDCCCXXXVIII.).

27^o, CAR. FR. ROSSHIRTIVS: *Die Lehre von den Vermächtnissen.* Vol. I. (Heidelbergae A. MDCCCXXXV.).

28°, Ios. HUGO SIGMUNDVS: *Ueber die Berechnung der Quarta Falcidia, wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält.* (Monachii MDCCCXXXVI.).

29°, CAR. FRID. FERD. SIXTENIIVS: *Das praktische gemeine Civilrecht.* Vol. III. (Lipsiae A. MDCCCLI.).

30°, STEMANNVS: *Ueber die Berechnung der Quarta Falcidia bei Substituten.* In Eluversii Themide noua (Gotingae A. MDCCCXXXVIII.).

31°, IAC. VOORDA: *Ad Legem Falcidiam commentarius.* (Harlingae A. MDCCXXX.).

32°, CAR. AD. VANGEROVIIVS: *Leitfaden für Pandectenvorlesungen.* Ed. I. Vol. II. (Marpurgi et Lipsiae A. MDCCCXXXII.). Ed. VI. Vol. II. (ib. A. MDCCCLIII.).

33°, IDEM: *Von der Berechnung des Falcidischen Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten.* In Archiuo Vol. XXXVI. (Heidelbergae A. MDCCCLIII.) et Vol. XXXVII. (Heidelbergae A. MDCCCLIII.) *).

34°, L. A. WARNKOENIGIVS: *Zur Lehre von der Pupillarsubstitution.* In C. F. ROSSHIRTII et WARNKOENIGII libro: *Abhandlungen civilistischen und criminalistischen Inhalts.* (Heidelbergae A. MDCCCXXXVII.).

35°, IDEM: *In wie weit ist der vom Vater zum Erben eingesetzte Pupillarsubstitut berechtigt, die eine von den Erbschaften, zu welcher er berufen ist, anzunehmen, und die andre auszuschlagen.* In Annalibus iuris ciuilis et processus. Vol. XVIII. (Giessae MDCCCXXXIII.).

36°, CAR. WITTIVS: in WEISKII Lexico iuris Vol. I. (Lipsiae MDCCCXXXVIII.) ad uocem: „Beneficium abstinendi.“

*) Eximiae huius commentationis eo tempore, quo libellum meum conscribere coeperam, nihil proderat, sed ante opus exactum prior et altera pars in manus uenit, unde multa corrigenda, multa quae mea esse putaueram, uiri illustri nomine signanda fuerunt.

Tertiam partem nuperrime editam, qua praecipue quaestiones tractantur in huius libri §. 10. et §. 6. perpensatae, post perfectum demum et formis fere impressum librum meum accepi, quamobrem eius mentionem facere non potui.

2º. AD COMMENTATIONEM ALTERAM.*)

1º, REINH. BACHOVIVS: In Institutionum iuris Iustiniani libros III. commentarii. (Francofurti A. MDCXXVIII.).

2º, HENR. GODOPR. BAVERVS: Dissertatio de seruitute altius tollendi. (Lipsiae A. MDCCLXII.).

3º, BARNAB. BRISSONIVS: De uerborum, quae ad ius ciuile pertinent, significatione: opera Io. GOTTL. HEINECCI. (Halaë A. MDCCXXXIII.).

4º, IDEM: De formulis populi Romani libri VIII. ed. Io. AVG. BACHIVS (Lipsiae A. MDCCLVIII.).

5º, HENR. BROKES: Dissertatio de actore circa negatoriam actionem ab onere probandi immuni. (Traiecti ad Rhenum A. MDCCXXXVII.).

6º, IANVS A COSTA: Commentarius in IUSTINIANI Institutiones, curante Io. VAN DE WATERO, ed. II. (Lugduni Batauorum A. MDCCXXXIII.).

7º, IAC. CUIACIVS: Ad Africanum tractatus IX. Editionis Fabrotianae Vol. I. (Lutetiae Parisiorum A. MDLXVIII.).

8º, IDEM: Commentarius in Institutiones. Editionis Fabrotianae Vol. III. pars posterior. (Lutetiae Parisiorum A. MDLXVIII.).

9º, AVG. WOLFG. DEVTSCHLAENDERVS (praeside CHR. HENR. BREVNINGIO): Specimen continens caput iuris controuersum de seruitute altius tollendi. (Lipsiae MDCCLXVI.).

10º, HENR. ED. DICKSENIUS: *Ueber die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach römischen Recht.* In Annalibus iurisprudentiae historicae Vol. II. (Berolini A. MDCCCXV.) p. 405..

11º, GUGO DONELLVS: Commentariorum iuris ciuilis libri XXVIII. (Hanouiae A. MDCII.).

12º, Io. DOVIATIVS: Dissertatio de uno casu in §. 2. I. de act.. In editione THEOPHILI Reitziana. (Ilagae Comitum A. MDCCL.). Excursus XVIII..

13º, RVD. ELVERSIVS: *Die römische Servitutentehre.* Vol. I. (Marpurgi A. MDCCCLIII.).

*) Quos supra §. 19. enumeraui in hoc indice omissi fuerint, facili scriptores, hoc loco rursus apponendos non censi. Itaque, qui negotio illic inuenientur.

14^o, I. G. ESTOR: *Commentatio continens observationes varias de altitudine aedium Romanorum.**) Ed. I. F. I.(VGLERVS.). Lipsiae A. MDCCXXXVI.).

15^o, IO. FABER. (RVNCINVS DE MONTEDVLPHI): *In Institutiones commentarii.* (Lugduni A.MDLVII.).

16^o, FRID. GEISSLERVS: *Dissertatio de actione confessoria.* (Ienae A. MDCCXXXVIII.).

17^o, IO. CASP. GENSLERVS: *Ueber die Begriffe Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz.* In *Archivio praxeos ciuilibus* Vol. I. (Heidelbergae A.MDCCCXX.) p. 258..

18^o, FRID. CHRISTOPH. GESTERDINGIVS: *Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum.* (Gryphiswaldae A. MDCCCVII.).

19^o, GE. MICH. HEBERVS: *De actionibus confessoria et negatoria.* (Vitembergae sine anno.).

20^o, AVG. GV. HEFFTERVS: *Observationum liber.* In *editione Gaii Institutionum comm.* IIII.. (Berolini A. MDCCCXXXVII.).

21^o, IDEM: *System des römischen und deutschen Civil-Processes.* Ed. II. (Bonnae A. MDCCCXXXIII.).

22^o, ARX. HEISIVS: *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts.* Ed. III. (Heidelbergae A. MDCCCXVIII.).

23^o, FRANC. HOTOMANNVS: *Commentarius in IIII. libros Institutionum iuris ciuilibus.* (Basilcae A. MDLX.).

24^o, GOTTL. HVFELANDIVS: *Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft.* Fasc. IIII. (Ienae A. MDCCCII.) comm. X..

25^o, FRID. LVD. KELLERVS: *Der römische Civilprocess.* (Lipsiae A. MDCCCLII.).

26^o, IDEM: *Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des römischen Rechts.* §. 71. §. 88..

27^o, IO. FRID. KNORRIVS: *Consideratio de actione confessoria et negatoria.* (Erfurti A. MDCLXXVIII.).

*) Prodiit primum haec commentatio in auctoris selectis opusculis Vol. III. p. 527—547. (ed. III.) ita inscripta: *Allerhand Anmerkungen*

von der Höhe der Gebäude in Rom und der Menge dasiger Einwohner zur Erläuterung der seruitutis altius tollendi et non tollendi.

28°, AVG. LEYSERVS: *Meditationes ad Pandectas*. Vol. II. (Lipsiae A. MDCCCLXIII.).

29°, IVST. TIM. BALTH. LINDIVS: *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civil-Processes*. Ed. VII. (Bonnae A. MDCCCL.).

30°, IO. MASCARDVS: *De probationibus*. Vol. III. (Francofurti A. MDLXXXV.).

31°, ANT. MERENDA: *Controuersiarum iuris libri XXIII*. (Bruxellis A. MDCCCLXV.).

32°, CAR. FRID. MVEHLENBRUCHIVS: *Entwurf des gemeinrechtlichen Civil-Processes*. Ed. II. (Halae A. MDCCCXXX.).

33°, MART. NIEVELTVS: *Disputatio de seruitute altius tollendi*. (Traiecti ad Rhenum A. MDCCXXXII.).

34°, FRID. ESAI. PVENDORFIVS: *Observationes iuris uniuersi*. Vol. I. (Darmstadii A. MDCCCLXXXVII.).

35°, IAC. RAMHORSTIVS: *Specimen de actionibus confessoria et negatoria*. (Lugduni A. MDCCCLXXXVII.).

36°, REINHARDVS: *Ueber das Recht des Eigenthümers gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung*. In *Archiuo* Vol. XXX. (Heidelbergae A. MDCCCXXXVIII.) p. 216.

37°, TOB. IAC. REINHARDTVS: *Dissertatio qua paradoxa circa actionem negatoriam [auctor] proponit*. (Vitembergae A. MDCCXXXVI.)*.

38°, AD. AVG. FRID. RYDORFFIVS: *Ueber das Interdictum: Quem Inndum und die demselben nachgebildeten Rechtsmittel*. In *Annalibus iurisprudentiae historicae* Vol. VIII. (Berolini A. MDCCCL.) p. 7..

39°, A. SCHMIDTIVS: *Zur Lehre von der confessoria und der negatoria actio*. In *Annalibus iurisprudentiae historicae* Vol. XV. (Berolini A. MDCCCL.) p. 149..

40°, ED. SCHRADERVS: *Ad Institutiones IVSTINIANI*. In editione corporis iuris civilis. Vol. I. (Berolini A. MDCCCXXXII.).

41°, LVD. CONR. SCHROEDERVS: *De actione negatoria pro specie contra indicationis apud Romanos non habenda*. (Marpurgi A. MDCCCL.).

42°, IO. HENR. CHR. SELCHOVIUS: *Dissertatio de seruitute altius tollendi Romana eiusque ad Germaniam habitu*. (Gottingae A. MDCCCLV.).

*) Egregiam hanc dissertationem saeculo agnita est, uelut a vulgo tribuunt RIVINO, quo praeside defensa est. Sed REINHARDTI esse et titulus indicat et superiore SCHROEDERO in dissertatione laudata.

43°, HENR. CHR. SENKENBERGIVS: *Dissertatio cautelas circa actionem negatoriam exhibens.* (Giessae A. MDCCXXX.).

44°, RENAT. CAR. SENKENBERGIVS: *Meditatio de seruitute altius tollendi.* In *Meditationibus iuridico-historicis.* (Giessae A. MDCCLXXXII.) Specimen I..

45°, GV. STEPHANVS: *Ueber die actio prohibitoria.* In *Annalibus iurisprudentiae historicae* Vol. XIII. (Berolini A. MDCCCXXXVII.) p. 274.

46°, HENR. CORD. STEVERVS: *De seruitutibus praediorum.* (Rostochii A. MDCCCXV.)

47°, GODOPR. STRAVSSIVS: *Dissertatio de seruitute altius tollendi.* (Lipsiae A. MDCLXVIII.).

48°, CHR. THOMASIVS: *Dissertatio de onere probandi in actione negatoria.* (Halaë A. MDCCVI.).

49°, ARN. VINNIVS: *In quattuor libros Institutionum commentarius.* Rec Io. GOTTL. HEINECCIUS (Lugduni A. MDCCLXI.).

50°, AD. DIET. WEBERVS: *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess.* Ed II. AVG. GV. HEFFTERI. (Halaë A. MDCCCXXXII.).

51°, AEM. CHR. WESTPHALIVS: *De libertate et seruitutibus praediorum.* (Lipsiae A. MDCCLXXIII.).

52°, CAR. ED. ZACHARIAS LINGENTHALIENSIS' (CAROLI SALOMONIS filius): *Die prohibitoria actio, eine Eigenthumsklage.* In *Annalibus iurisprudentiae historicae* Vol. XII. (Berolini A. MDCCCXXXV.) p. 258..

53°, FRID. ZIMMERMANNVS: *Ueber den Umfang der actio negatoria.* In *Archivio iurisprudentiae practicae* Vol. II. (Marpurgi et Lipsiae A. MDCCCLIII.) p. 308..

E. E. J. M.

HALAE. TYPIS IMPRESSIT OTTO HENDELIVS.







