

eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tutores, atque defensores, sicut *Æditui* dicuntur, qui ædes tuentur.

*Textus iste planus est.*

TEXTUS.

Quibus testamento tutor datur, & primum de liberis in potestate.

3 Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare (1). Et hoc in filios filiasque procedit omnino: nepotibus vero neptivusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuae tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet, quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.

COMMENTARIUS.

1 Species tutelæ tres sunt: testamentaria, legitima, & Attiliaua sive dativa (2), quas nunc ordine persequitur; initio facto a testamentaria, quæ reliquis duabus potior est, *infr. tit. 15.*

(1) *L. 3. tit. 16. P. 6.*

(2) *L. 2. eod.*

(3) *D. l. 3. eod.*

in pr. l. 9. §. 1. in fin. de tut. v. rat. dist. sicut & in differenda hæreditate potior causa est heredum ex testamento, quam ab intestato l. 39. de acq. hær. l. 86. de div. reg. jur. Ait, permissum esse parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dantis, & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In persona dantis exigit, ut sit parens: in persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, aut impuberis, ut sint in potestate dantis (3): sunt & qui quartum requirunt: ut hæredes instituantur, contra expressum textum l. 4. de test. tut. & ejus veteris patriæ potestatis, arg. §. 4. *infra de pup. subst.* Requiritur autem ut sint sui hæredes, ut statim videbimus. In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, l. 3. de test. tut.

2 In filios filiasque). Lex XII. Tab. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur foeminae sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes, quia hi omnes appellatio ne liberorum continentur, §. ult. sep. tit. valet ratio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quam si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non pot-

est qui est in potestate pannis, hoc tit. in pr. Deinde nepos quandiu pater cum in familia præcedit, non est suus hæres avo, §. 2. infra de hær. qual. v. diff. tutor autem dari non potest nisi suo hæredi, l. 73. §. 1. de div. reg. jur. Est tamen casus ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes est in potestate, l. 10. §. 2. de test. tut. ex vi scilicet legis Vellejæ, quam explicabimus infra §. 2. de exhær. liber.

3, IN HISPANIA cum, ut sæpe diximus, nepotes non sint, in potestate avi, non poterit hic, ipso jure, eis testamento tutor rem dare, adhuc eo casu, quo ipsi avo necessarii hæredes fuerint, mortuo nimis eorum patre, ipso avo vivente. Nam cum potestatem in dante desideret, l. 3. tit. 16. P. 6. quæ in hoc correcta non appetat, ea omnino necessaria erit; cum non amplius jure novo correctum intelligatur, quam quod specialiter expressum est, cæteris, sub veterum legum regulis, relictis, l. 32. C. de appell. Frustra igitur in contrarium disputat Tordes in §. 3. hoc tit. vers. suis hæredibus. Vide *infra* §. 2. de hær. qual. v. diff.

TEXTUS.

De posthumis.

4 Cum autem in pluribus aliis causis posthumus pro jam na-

(1) *L. 3. tit. 16. P. 6. vers.*  
Eso puede.

Tomo I.

tis habeantur, v. in hac causa plauit non minus posthumis, quam jam natis tutores dari posse; si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui hæredes, v. in potestate eorum fierent (1).

COMMENTARIUS.

1 Quod de tutori liberis jam natis dando dictum est, id hic etiam ad posthumos producitur, hoc est, ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse, hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur: nempe quoties de commodo eorum queritur (2), ut in casu proposito, l. 7. v. l. pen. de stat. hom.

2 Sui hæredes, v. in potestate). Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate, & in suis hæredibus cum moritur habet, ita nec posthumis potest, nisi iis, qui, si vivo parente nascentur, sui hæredes, & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur. Nemo, inquit, potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus cum moritur habuit, habitusve esset, si vixisset, l. 73. §. 1. de div. reg. jur.

TEXTUS.

De emancipatis.

5 Sed v. si emancipato filio

(2) *L. 2. tit. 23. P. 4.*

tutor a patre datus fuerit testamento a confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

## COMMENTARIUS.

1 Emancipato filio). Diximus tit. præced. §. 6. liberos per emancipationem potestate patris sui liberari (1), quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis XII. Tab. tutorem dat filio emancipato: sed tamen, qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate Magistratus, & quidem simpliciter sive omnimodo, ut hic loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sine idoneus, necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo, quam hic factum est, disseramus accuratius.

2 An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum aestimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum, quibus datur, si sint liberi, impuberes, & in potestate dantis; ex modo dandi, si detur testamento, aut codicillis testamento confirmatis §. 3. supr. eod. Quapropter si quis alius, quam parens tutorem dederit: aut parens quidem, sed dederit liberis licet impuberibus, qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento, sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cum reverentiaz, tum affectui eorum, qui in puberibus non legi-

(1) L. 15. tit. 18. P. 4.

(2) L. 8. tit. 16. P. 6.

(3) D. l. 8. vers. Otrosi, & l. 6. eod.

time tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, a Magistratu repleatur, datique confirmetur, l. 1. § 1. de conf. tut. (2).

3 Confirmatio autem hæc non est unius modi. Interest enim, an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is, aut non jure testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quo cumque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisfactione ei remissa, hoc text. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confirm. tut. nisi quod ex causa nonnumquam inquisitio fiat, ut in casibus, l. 8. & 2. seqq. d. tit. l. 4. de test. tut. l. 3. § 3. de adm. tut. & quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit aliquid iis reliquerit, an nihil, l. 7. de confirm. tut. l. ult. C. eod. Quod si alius quam pater tutorem dederit, sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis, non aliter hic tutor confirmatur, quam si & hæres impubes institutus sit, l. 4. de test. tut. l. 4. de confirm. tut. (3). Quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, d. l. 4. de confirm. tut. & inquisitio præcesserit, l. 2. l. 5. d. tit. Hoc interest, quod a matre datum satisfactione non oneratur, sed ab ipso Prætore ex inquisitione confirmatur, l. 2. de confirm. tut. Cæteri fere remitti solent ad Magistratus municipales confirmandi,

## De Tutelis.

præstata satisfactione, l. 5. d. tit.

4 Quod autem diximus, a matre datum tutorem non aliter confirmari, quam si hæredem filium instituerit, ei obstat l. 4. C. de testam. tut. ubi & liberis non institutis a matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum, non ex juris aliqua constitutione, sed ex usu; quod non placet. Nam retenta lectio negativa, hæc erit rescripti sententia: quod tutor a matre liberis institutis testamento datus, recte datus intelligatur, nec egeat confirmatione: securus, si non institutis, id est, præteritis, aut exheredatis dederit; quod aper te falsum est. Tolenda omnino in d. l. 4. negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis: *Quando autem eos hæredes (non instituerit); quomodo, detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi, testatur Pacius: ita omnia & inter se & cum ratione juris optime convenient. Ne quis ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filii testamento tutorem dare, nisi eos hæredes instituerit, putaret, cum eos hæredes instituerit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc, quod dixerat, intelligendum sit declarat: nempe, etsi ne tunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen a Præsidibus confirmari solere. Et si bene quoque se habent illa sequentia: Nullo vero ex his in-*

terveniente vñc. nempe si aut ma ter non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio ex heredato jure tutorem dat, l. 4. l. 26. §. 2. l. 31. de test. tut. quoniam tam exheredatio jure patriæ potestatis fit, quam dele gatur tutela.

5 Porro tutores ita confirmati sub eodem genere cum testamentariis comprehenduntur. Primum quia periude confirmati dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, l. 3. de conf. tut. nisi quod a matre, aut ab extra neo dati ex inquisitione confirmantur, quod naturam tutoris non mutat, arg. l. 4. & seq. eod. Deinde quia confirmatio non pendet a voluntate & sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate juris posita est: tenetur enim Prætor datum confirmare (1) & judicium defuncti, cuius pro inde potissima ratio habetur, in confirmando sequi, l. 1. §. 1. eod. l. 32. de excus. Unde appetat, etiam antequam confirmantur, pro testamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur: & male raciocinari eos, qui ob id, quod is, qui confirmat, ali quando dare censemur, per l. 130. de verb. sing. tutorem confirmatum pro dativo potius, quam testamentario habendum existimant; confundentes confirmationem necessariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator diserte appellatur qui te-

(1) L. 6. & 8. tit. 16.

stamento datus confirmatus est, l. 7. rem pup. salv. fore. Plane non omnes hujus tutelæ species æque prope ad testamentariam accedunt: nec repugno, si quis mixtam dici malit.

6 , IN HISPANIA Judex con-, firmare tenetur tutorem pupillo, datum a patre naturali, matre,

, extraneo qui ipsum pupillum, hæredem instituerint, l. 6. & 8. tit. 16. P. 6. quæ nullam satis- dationis neque inquisitionis men- tionem faciunt. Et in dato a ma- tre addit ead. l. 6. posse Judicem, eum confirmare, si mater pupil- lum hæredem non fecerit, ei ta- men alia via aliquid reliquerit.



## TITULUS DECIMUSQUARTUS.

## QUI TESTAMENT. TUTORES DARI POSSUNT.

D. Lib. 26. Tit. 2. Cod. Lib. 5. Tit. 28. (1).

## Continuatio &amp; Argumentum tituli.

**I** Superiore titulo dictum est de his, qui testamento tutores dare, & quibus possunt: quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantum, cum is, qui datus est, & tutor esse possit; de quo nunc deinceps disputatur; & simul de modis testamento tutores dandi; deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus testator in dando tutor usus sit.

## TEXTUS.

## De filiosfamilias.

Dari autem tutor potest te-

(1) Tit. 16. P. 6.

stamento non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

## COMMENTARIUS.

**I** Sed etiam filiusfam.) Id que non testamento solum, sed etiam a Magistratu, l. 7. de tutel. Nec obstat, quod filiusfam. in potestate patris esset: nam tutela munus est publicum, infr. de excus. in pr. In publicis autem causis filiusfam. non sequitur jus patris, sed pro patrefam. habetur, l. 9. de his qui sui vel al. jur. sunt, l. 14. ad sen. Treb. (2). At enim qui est, in aliena potestate, alium in potestate habe-

(2) Arg. l. 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Recop.

Qui testamento tutores dari possunt. re non potest, l. 21. ad leg. Jul. de adulti. Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

## TEXTUS.

## De servo.

**I** Sed & servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est & sine libertate tutorem datum tacite libertatem directam accepisse videri, & per hoc recte tutorem esse (1). Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor (2). Sed ita, cum liber erit, utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

## COMMENTARIUS.

**I** Non solum liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi; quia & cum servis testamenti factio est, quantum tutores dati libertatem, & liberi facti tutelam consequuntur. Disputatur autem hoc text. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est: Davus tutor & liber esto; secunda: Davus tutor esto; tertia: Davus tutor esto, cum liber erit. De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitati libertatem fideicommissariam ser-

(1) L. 7. tit. 16. P. 6.

(2) D. l. 7. d. tit. 16. P. 6.

vo defendit, ut nimis hæres eum a domino emat & manumittat, l. 10. in fin de test. tut. De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacite accepisse scribit, ac per hoc recte tutorem esse: quod & Paulus non obscure indicat l. que- ro 32. in fin. d. tit. cum dicit, hoc ipso, quod a Domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hæreditate liberum esse. Neque obstat l. 9. C. de fideic. hær. quia accipienda est de eo casu quo tutor datus est codicillis, seu verbis precariis. Tertia in alieno servo utilis, in proprio inanis & ludicra judicantur, tanquam si quis dicceret: hæc res tibi empta sit, si voluero.

**2** Directam.). Directa libertas dicitur: Quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera, §. 2. infr. de sign. reb. per fid.

**3** , IN HISPANIA lex 7. titu- lo 16. P. 6. generaliter statuit, servum alienum inutiliter tuto- rem dari.

## TEXTUS.

De furioso & minore  
25. annis.

**2** Furiosus vel minor virginis quinque annis tutor testamen- to datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major virginis quinque annis fuerit factus.

## COMMENTARIUS.

1 Tutores testamento dari possunt, non solum qui tempore facti testamenti jam idonei sunt ad tutelam administrandam, verum etiam qui eo tempore idonei non sunt, modo tales sint, ut natura postea idonei fieri possint, quales sunt furiosi, & minoribus 25. annis: & cum idonei fuerint, tutelam capessent, l. 10. §. 3. l. 32. §. ult. de testam. tut. 2 , IN HISPANIA quamvis l. 4. , tit. 16. P. 6. generaliter prohibeat tuteorem dari minorem 25. , annis: tamen Gregor. Lopez in glos. 5. ejusd. l. existimat, prohibitionem ad tuteorem testamento datum non pertinere; sed ita dari posse recundum iuris Romani placita: quam sententiam manifesto probat, l. 7. d. tit. 16.

## TEXTUS.

## Quibus modis tutores dantur.

3 Ad certum tempus, vel ex certo tempore: vel sub conditione, vel ante hæreditatem institutio- nem posse dari tuteorem non dubitatur (1).

## COMMENTARIUS.

1 Etiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Sciamus ta-

(1) L. 8. tit. 16. P. 6. in fin.

men ea, quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tute- ri aut conditioni astringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ (2), atque ex interpretatione verborum legis XII. Tab. Ut quisque legasit Vc. patri permissa. Non eadem libertas Magistratibus data. Nam hi sub conditione tuteorem dare vetantur, l. 6. §. 1. de tutel. Quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor recte ab iis tutor dabitus, sive sub conditione expressa, servus cum liber erit Vc. sive simpliciter & pure: nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atque si expressa esset, l. 10. §. pen. v. ult. de test. tut. 2 Cur tam varie? Nimur quia ab officio Judicis aut Magistratus alienum est actus suos suspendere, atque imperfectos relinquere. Ideo enim adiutur, ut in præsenti nobis officium, atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiatur. Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tuteore a patre sub conditione dato, Magistratus sit, pendente conditione, pupillo prospicere; at si a Magistratu tutor sub conditione daretur, neminem adiri posse, qui, pendente conditione, pupillo consulat. In eo autem Gloss. & DD. in d. l. 6. §. 1. errare existimo, quod putant, eriam Magistratum sub tacita conditione tuteorem dare posse, per l. 11. de test. tut. quippe quæ de tutela testamenta-

(2) D. l. 8.

## Qui testamento tutores dari possunt.

127

ria omnino accipienda est, ut & Bart. eam accepit. Plane usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, a Magistratu interim alium tuteorem dari posse non ambigitur, §. 1. inf. de Atil. tut. d. l. 11. in pr.

## TEXTUS.

## Cui dantur.

4 Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest: quia personæ, non causæ vel rei tutor datur (1).

## COMMENTARIUS.

1 Certæ rei vel causæ). Veli Mævius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto: quia juris & consuetudinis forensis, lites & controversias persequatur; & si ita fuerit datus, tota datio nihil valebit, nec deductis rebus l. 12. v seqq. de test. tut. Aliud juris est dum quis certæ rei hæres scribitur, cuius institutio detracta rei mentione valet, l. 1. §. 4. de hær. inst. sed de hoc plura dicemus §. 5. de hær. inst.

2 Quia personæ). Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. super tit. Non obstat. l. 12. §. 3. de adm. tut. Aliud enim est certæ rei tuteorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tuteorem datum præpositum intelligi. Nam cum

personæ pupilli tutor detur, per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et vero si personæ pupilli consulendum est, necesse est, ut non tantum personæ & moribus pupilli, sed etiam rebus ejus tutor præponatur, d. l. 12. de test. tut. d. l. 12. §. 3. de adm. tut. Atque in hoc præcipue differt tutor a curatore, qui rebus minoris principaliter datur, l. 8. C. de nupt. & ad unum certumque negotium recte decernitur, §. 2. infr. de curat. l. 7. de tut. dat. Plane si tanto locorum intervallo disjunctum sit patrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est, ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanae, aut Syriacæ, tutor dari possit, l. 15. de test. tut. quo tamen casu singuli tutores in solidum dari intelliguntur, nec tam tute- la dividi, quam oadministratio.

3 Una sane superioris regulæ exceptio videtur, quod in puberi ad hæreditatem adeundam, ut tu- tor detur ex causa permisum est, l. 9. de tut. dat. l. 10. de test. tut. Mater quoque dicitur potius in rem, quam in personam tute- rem dare videri, l. 4. de testam. tut. quasi nec verus tutor sit, qui ab eo datus est, qui jus dandi tuteorem ex lege non habet: vel potius quia non aliter confirma- tur quam si pupillum hæredem fecerit, d. l. 4.

(1) L. 1. tit. 16. P. 6. in fine.

## TEXTUS.

De tute rato filiabus, vel  
filiis, vel liberis, vel  
nepotibus.

Si quis filiabus suis: vel  
filiis tutores dederit, etiam post-  
humæ, vel posthumo dedisse vi-  
detur: quia filii vel filiæ appella-  
tione & posthumus & posthumæ  
continentur, quod & Ulp. respon-  
det, l. 5. d. tit. Cui tamen loco  
obstare videtur quod idem Ulp.  
scribit, l. 17. in pr. de legat. 1.  
eum, qui filiabus legavit, non  
intelligi posthumæ legasse, nisi &  
mentionem aliquæ parte testamen-  
ti posthumæ fecerit. Sed hæc mi-  
nime repugnant. Tutor enim da-  
tur jure potestatis ut filiis & libe-  
ris; posthumæ autem æque filii &  
liberis sunt, ac cæteri. Legata vero  
liberis non ut liberis relinqui-  
tur, sed ex singulari affectione  
erga certos: quæ affectio in pro-  
posito erga posthumam non præ-  
sumitur; ita fere Arg. hic post  
Gloss. in d. l. 17.

## COMMENTARIUS.

I Voluntatis quæstio est  
cum quæritur, qui liberi ap-  
pellatione filiorum, liberorum,  
posthumorum contineantur. Et  
de liberis, ut inde incipiam, nul-  
la dubitatio est, quin ea appella-  
tionem omnes, qui ex nobis de-  
scendunt, contineantur: sive fi-  
lii sint, sive nepotes, aut dein-  
ceps, sive jam nati, sive adhuc  
nascituri, l. liberorum 220. de  
verb. sign.

2 De filiis duo hic quæruntur;  
unum est, an eorum appellatio-  
ne etiam posthumæ contineantur:  
alterum an & nepotes. De primo  
ait: Si quis filiabus suis, vel fi-  
liis tutores dederit, etiam post-  
humæ, vel posthumo dedisse vi-

detur: quia filii vel filiæ appella-  
tione & posthumus & posthumæ  
continentur, quod & Ulp. respon-  
det, l. 5. d. tit. Cui tamen loco  
obstare videtur quod idem Ulp.  
scribit, l. 17. in pr. de legat. 1.  
eum, qui filiabus legavit, non  
intelligi posthumæ legasse, nisi &  
mentionem aliquæ parte testamen-  
ti posthumæ fecerit. Sed hæc mi-  
nime repugnant. Tutor enim da-  
tur jure potestatis ut filiis & libe-  
ris; posthumæ autem æque filii &  
liberis sunt, ac cæteri. Legata vero  
liberis non ut liberis relinqui-  
tur, sed ex singulari affectione  
erga certos: quæ affectio in pro-  
posito erga posthumam non præ-  
sumitur; ita fere Arg. hic post  
Gloss. in d. l. 17.

3 Alterum est; utrum filio-  
rum appellatione etiam nepotes  
veniant. Et ait, non venire. Quia  
aliud sit filius, aliud nepos, fi-  
lius enim est, qui ex me & uxo-  
re mea natus est; nepos qui ex  
filio meo: hoc idem & Ulp. d.  
l. 6. Quid ergo est quod legimus  
in l. filii 84. l. liberorum 220. de  
verb. sign. filiorum appellatione  
etiam nepotes cæterosque, qui ex  
nobis descendunt, contineri? Ni-  
mirum ubi justa interpretatio id  
saudet, l. justa 201. eod. tit. Nam  
nec a proprietate verborum aliter  
recedendum est, l. non aliter 69.  
de legat. 3. exempla suppeditant  
l. 59. ac rit. nupt. l. 2. §. filii 28.  
ad sen. Tert. l. 14. de sen. Mac. Et  
fingamus in proposito, testatorem  
filios non habere, sed nepotes  
tantum: aut finge, nepotes solos  
esse in puberes; dubitandum non  
est, quin filiorum nomine nepo-

## Qui testamento tutoris dari possunt.

129

patus. Cui addes, quod hic agitur  
de gravando extraneo, cuius in-  
tersit, ne nimium oneretur. Illud  
hic omissum est, an appellatio-  
ne filiorum etiam filiæ continean-  
tur. Responsum est, contineri,  
l. 16. in pr. de text. tut. quippe  
in toto jure pronuntiatio sermo-  
nis in sexu masculino ad utrum-  
que sexum porrigitur, l. 1. l.  
pronuntiatio 195. de verb. sign.  
4 De posthumis est in vers.  
Plane si posthumis.

## TITULUS DECIMUSQUINTUS.

## DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

D. Lib. 26. Tit. 4. Cod. Lib. 5. Tit. 30. (1).

## Ratio ordinis, &amp; argumentum tituli.

T Testamentariam tutelam  
excipit legitima. Ea est: Quæ  
lege defertur iis fere, qui ad le-  
gitimam hereditatem impuberis  
vocantur. Species hujus tutelæ  
quatuor: Agnatorum, patrono-  
rum, parentum, & fiduciaria;  
quarum duæ priores proprie sunt  
legitimæ, l. 1. hoc tit. sequen-  
tes duæ non ita. Singulæ sin-  
gulis titulis hic explicantur: in  
D. & C. omnes uno. Hoc au-  
tem titulo exponitur species pri-  
ma, quam agnitorum esse di-  
ximus.

## TEXTUS.

## Summa.

Quibus autem testamento tu-  
tor datus non est, his ex lege XII  
Tabularum agnati sunt tutores,  
qui vocantur legitimi.

## COMMENTARIUS.

I Quibus testamento). Sem-  
per enim legitimi tutores, ut  
supra quoque dictum est, ce-  
dunt testamentariis, l. 11. de

(1) Tit. 16. P. 6.  
Tom. L.

test. tut. sicut & legitimi hæredes iis, qui ex testamento vocantur, l. 39. de acq. hær. Et vulgo dici solet, provisio hominis facit ccessare provisionem legis, per l. ult. C. de pact.

2 Ex lege XII. Tabul agnati sunt tutores) Lex XII. Tab. & ad hæreditatem legitimam vocabit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia a legé constitutum esse, Ulp. scribit, ut quā sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur: d. l. 1. hoc tit. (1). Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, nisi remotioribus, Laert. in Solone, contraria nempe ratione, quod fere quisque conetur, eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Pers. Sed hunc scrupulum neglexerunt. Romani. Hæc autem tutelæ species ea est, quæ a Servio dicitur jure civil data, l. 1. de tutel. Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, l. 5. hoc tit.

## TEXTUS.

## Qui sunt agnati.

1 Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati, veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patrius; & patrui filius; neposve ex eo. At qui per fæminini sexus personas cognatio-

(1) L. 10. tit. 16. P. 6. vers. E por ende Reg. 29. tit. ult. P. 7.

ne junguntur, agnati non sunt, sed alias naturali jure cognati 2. (1). Itaque omittæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; & invicem tu illi eodem jure conjungeris, quia qui ex ea na scuntur, patris, non matris familiam sequuntur.

## COMMENTARIUS.

1 Per virilis sexus). Agnati dicuntur: Qui per virilis sexus personas cognatione junciti sunt, l. 7. hoc tit. §. 1. infra de leg. agnat. success. modo non sint capite minuti, & sint in familia, §. ult. infr. eod. Nihil autem refert, an natura quæsita sit agnatio, an adoptione, l. 2. §. 3. de suis & leg.

2 Naturali jure cognati). Cognationis nomen per se generale est; siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt; proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad speciem cognationis contrahitur, quæ per fæminas copulatur, l. 4. §. 2. l. ult. §. 1. & 2. de grad. & affin. Idem hic plane accidit, quod in nomine adoptionis notavimus §. 1. supr. de adopt.

## TEXTUS.

## Qui dicatur intestatus.

2 Quod autem lex XII. Tabularum ab intestato vocat ad

(2) Senat. 5. tit. 17. lib. 10. Nov. Recop.

## De legitima agnatorum tutela.

131

tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit (1).

## COMMENTARIUS.

1 Quantum ad tutelam). Nam ad hæreditatem quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui testamento facto, unde hæres postea exitit, decessit: quia quoad eam nemo potest decidere pro parte testatus, & pro parte intestatus, ut postea videbimus.

2 Vivo testatore). Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante coepit tutelam decesserit? Sane non minus hoc quam illo casu recte dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed etsi tutor testamento datus post coepit tutelam decesserit, vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, l. 6. hoc tit. l. 11. §. pen. & ult. de test. tut. Unde vel magis dicendum est, si ad certain conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimos tute lam reverti: quasi qui dedit pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Plane si tutor testamento datus postea ex-

(1) L. 9. tit. 16. P. 6. in pr.

cusatus sit, aut remotus, placet non legitimū succedere, sed in locum ejus alium a Magistratu dari, d. l. 11. §. 1. & 2. Diversi hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur, & plane extinguitur: excusatione autem & remotione non item, sed interventu Magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti adhuc tutores essent.

3 Heinec. hæc non distinguens erravit dum dixit in recitat. tit. de Atil. tut. §. 234. locum esse tutelæ dativæ non solum quando testamentaria suspeditur, sed etiam quando finitur, si tutor testamentarius moriatur, aut capite diminuatur. Laudat in sui erroris probacionem §§. 1. & 2. Inst. de Atil. tut. & l. 11. in pr. de testam. tutela, qui textus duntaxat loquuntur de tutela suspensa, ut ipsi clarissime ostendunt. Si legisset in integrum, d. l. 11. quæ tota de hoc argumento loquitur, & longa non est, vidisset §. 3. ejusdem, aperte excludere errorem suum, sic enim loquitur in eo Ulp. Quod si tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit: quia hic senatus consultum cessat. Eademque est aperta sententia Pauli in l. 6. de legit. tutor. Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, prosequitur Ulp. in §. 4. d. l. 11. in locum ejus qui decessit, vel in civitate esse de-