

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.

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 exititur, 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 tutelam 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-

sunt, poterit dari alius: ceterum si nullus supersit, vel in civitate sit, legitima tutela succedit. Hunc casum Heinec. non novit, quia credimus eum non legisse, d. §. 4. sicut nec legerat §. 3. ejusd. l. 11. Nos non ita festinanter agentes eum exposuimus in nostro Digesto lib. 26. n. 2.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3 Sed agnationis quidem jus omnibus modis capititis diminutione plerunque perimitur; nam agnatio juris civilis nomen est: co-

gnationis vero jus non omnibus modis commutatur; quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique (1).

COMMENTARIUS.

I Novissimo jure cum in totum sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hereditatem tum tutelam vocentur, nov. 118. c. 4. v. 5. (2); consequens omnino est, legitimam tutelam minima capititis diminutione non amplius tolli, quia agnati post eam, cognati permanent.



TITULUS DECIMUSEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

D. Lib. 4. Tit. 5. (3).

Continuatio & summa tituli.

I In 7. hic locus inter restitutions in integrum tractatur lib. 4. tit. 5. Justinianus autem cum in §. ult. super. tit. docuissest, jus agnationis, ac proinde, & tutelam legitimam quovis generi capititis diminutionis perire, inde occasionem arripuit de ea

re plenius separatim disputandi, quod facit hoc tit.

TEXTUS.

Definitio & divisio.

Est autem capititis diminutio

(1) Regul. 34. tit. ultim. P. 7.

(2) L. 6. tit. 13. P. 6. l. 9.

tit. 16. P. 6.

(3) L. 18. tit. 1. P. 6.

De capititis diminutione.

133

prioris status mutatio, eaque tribus modis accedit. Nam aut maxima est capititis diminutio, aut minor (quam quidam medium vocant, aut minima (1).

COMMENTARIUS.

I Capitis diminutio). Verbi capititis varia est & multiplex acceptio, ut videre est apud Hotomanum & alios in Lexit. Hic significat personam locum aliquem ordine civium proprio obtinentem, quæ locum cum amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomanus, ad personam translatum esse, quod de ipso ordine proprie loquendo dici debat; ut ecce: cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut aguatorum capite uno minuitur. Vocabulum hoc e censibus Rom. profuisse, ostendit Hein. in antiqu. Rom. hoc tit. Et sane semper fere veteres ita loquuntur: Censa sunt capita civium 260000. Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis statum mutabat, nomen ejus et tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel eximebatur caput de civitate, l. 2. de publ. iudic. Hinc caput pro estatu & capititis diminutio pro status mutatione dici coepit.

2 Status mutatio). L. 1. hoc tit. l. 2. de int. rest. Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod singuli in

(1) Princ. d. l. 18.

civitate habemus, nimurum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scite Chremes apud Terentium in Eunicho, act. 4. sc. 7. vers. 35. seq. his verbis complectitur: Dico eam esse liberam, civem Atticam, meam sororem.

3 Tribus modis). Tot enim necesse est sint genera capitis diminutionis, quæ sunt quæ in persona cujusque civis considerantur, quorumque non amisso, status ejus commutatur, l. ult. hoc tit. Qui duo tantum genera faciunt, magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & medium quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt; quod facit Ulp. l. 1. §. 4. de suis & legit. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyl. item Callistratus l. 5. §. ult. de extraord. cognit.

TEXTUS.

De maxima capititis diminutione.

I Maxima capititis diminutio est, cum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit: quod accedit his, qui servi poenæ efficiunt atrociitate sententiae: vel libertis, ut ingratis erga patronos condemnatis: vel his, qui se ad pretium participandum venundari passi sunt (2).

COMMENTARIUS.

I Cum omnia amittimus, quæ habemus libertatem, civitatem, familiam; maximam capi-

(2) D. l. 18. tit. 1. P. 6. in princ.

tis deminutionem pati dicimur, l. ult. hoc tit. Hoc autem iis semper accidit, qui servi efficiuntur: nam sublata libertate tolluntur quoque reliqua duo.

TEXTUS.

De media.

2 Minor sive media capitum deminutio est, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accedit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit: vel ei, qui in insulam deportatus est (1)

COMMENTARIUS.

1 Cui aqua & igni). Jure a majoribus tradito non licuisse civem, licet noxiū, aut supplicio capitum afficere, aut libertatem ei, civitatemve adimere, multi tradiderunt, Cæsar orat. sua apud. Sallust. de bell. Catil. Cicerō in suis pro Aut. Cæcin. pro domo sua, pro Corn. Balb. Lætant. lib. 2, cap. 10. Cæterum cum ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & scelera malorum hominum impunita non relinqui; inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. Itaque aqua & igni suntibus interdicti cœptum est, ut his duobus tanquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium profici cogerentur, inque aliam ci-

(1) D. l. 18. vers. La seconda

vitatem profugere, in quam cum essent recepti, Romanam demum amittiebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pena irrogabatur), sed tacite tamen morte quodammodo multabantur, vique ipsa expellebantur civitate; cum solo aere vivere aut tegi non possent: nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæteris, quibus vita continetur, juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis pro domo sua cap. 29. & 81. liquet.

2 In insulam deportatus). Non uno loco in libris nostris traditum est, deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse, l. 2. §. 1. de pœn. l. 3. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extra. cogn. Itaque umbra vetusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos nostri deportatos interpretantur, l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 2. de publ. jud. eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda est. Consule Brisson. lib. 3. sel. antiqu. cap. 5.

3 Cum Callistratus in l. 5. §. ult. de extraord. cogn. ait, magna capitum deminutione libertatem adimi, idque accidere deportatis; sub magna & maximam, & medium comprehendit, ut supra monuimus in pr. hujus tit. & de libertate loquitur non quæ sit juris gentium, sed juris Quiritium,

sive quiritiaria, cum jure Quiritum liber non sit, qui in numero Quiritum non est, ut disputat Cicero in fine orat. pro Cæcina, & observat Cujacius.

TEXTUS.

De minima.

3 Minima capitum deminutio est, cum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accedit in his, qui cum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra; veluti si filius familias a patre emancipatus fuerit, est capite deminutus (1).

COMMENTARIUS.

1 Sed status hominis). Minima capitum deminutio est: Per quam salvo civitate & libertate, status duntaxat hominis mutatur, Ulp. de tutel. §. 12. Idem tamen Ulp. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyl. scribit, hanc capitum deminutionem contingere salvo statu: quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent, si vocabulum status utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictione est, si eo vocabulo, non in eadem significazione utrobique utatur. Ergo recte dicit, hanc capitum minutionem contingere salvo statu, sed statu publico, quem quis ut civis habet, recte item eandem non

(1) D. l. 18. tit. 1. P. 6. vers. La tercera.

contingere salvo statu, sed privato, quem quis habet in familia, l. ult. hoc tit. In definitione autem pr. hujus tit. tradita, appellatione status utrumque continetur. Exempla hujus capitum deminutionis habes in textu.

2 Cæterum jure novissimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est, novell. 118. cap. 4. & 5. (2): vix est ut emancipatio inter genera capitum minutionis referri possit.

TEXTUS.

De servo manumisso.

4 Servus autem manumisso capite non minuitur: quia nullum caput habuit.

COMMENTARIUS.

1 Servile caput nullum jus habet, & ideo nec minuit potest, inquit Paulus l. 3. in fin. eod. Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere, idem est ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus, libertatem, inquam, civitatem, familiam: ad quæ tria in hoc tractatu capitum & status vocabula referuntur, quæ alioquin per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, tit. de stat. hom. & supr. de jur. pers.

(2) L. 6. tit. 13. P. 6. l. 9. tit. 16. eod.

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

5 Quibus autem dignitas magis quam status permittatur, capite non minuuntur, & ideo a senatu motos capite non minui constat.

COMMENTARIUS.

1 Dignitas quoque appellatione estatus generali continetur; ideoque qui senatu, vel alio ordine moveretur, recte dicitur circa statum dignitatis plecti, l. 5. §. 2. extr. cogn. Sed quia ita moti existimatio duntaxat minuitur, cætera autem, quæ civem proprie constituant, salva manent: idcirco in hoc argomento dicitur, capite non minui, sed civis manere integri capitum, l. 3. ff. de Senator.

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. supr. tit. prox.

6 Quod autem dictum est, manere cognitionis ejus etiam post capitum diminutionem, hoc ita est, si minima capitum diminutio interveniat: manet enim cognitione. Nam si maxima capitum diminutio interveniat, jus quoque cognitionis perit, ut puta servitute alicujus cognati, & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognitionem. Sed & si in

(1) Reg. 34. tit. ult. P. 7.

insulam quis deportatus sit, cognitione solvitur.

COMMENTARIUS.

1 Jus quoque cognitionis pertinet). Huic loco obstare videri potest, quod dicit Pompon. l. 8. de div. reg. jur. jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. Sed sciendum est, jura sanguinis sive cognitionis bifariam accipi; vel plane naturaliter utique pro eo jure in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognitionem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili dirimi potest; ut ecce, jus civile efficeri non potest, ut qui pater est, pater esse desinat; qui frater, desinat esse frater; ut nuptiae inter patrem & filiam, inter fratrem & sororem consistant. Ac posteriore modo acceptum certis personis adimi potest, utputa, potest jus civile efficeri, ut ne filius patri, frater fratri certo easu succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi, aut unde cognati vocetur (1). Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter rem, cui tribuuntur; quæ est naturalis cognitione: tamen, quia inter cives tantum instituta sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, l. 17. § 1. de pæn. unde fit. ut etiam civili constitutione, hoc est, capitum diminutione permanent excepta tamen ea, quæ salva

De capitum diminutione.

137

civitate contingit: hicque sensus est huj.

TEXTUS.

Ad quos agnatos tutela pertinet.

7 Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur (1).

COMMENTARIUS.

1 Qui in proximiore gradu). Äquum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur: vocantur autem soli agnati proximi, infra de leg. agn. succes. (2).

2 Ad omnes pertinet). Si plures sint agnati eodem gradu, pa-

riter omnes tutela defertur, l. 8.

& l. 9. de leg. tut. nempe quia & ad hæreditatem omnes simul admittuntur, §. 5. Inst. de leg. agn. succ. Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quandiu unus adhuc superest, qui in familia sit, tutela penes eum remanet, per l. 3. §. 5. de leg. tut.

Si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, d. l. 3. §. pen. Cæterum si proximus vel excusatus sit, vel remotus, sequentes non succedunt, sed in locum abeuntis alius a Magistratu datur, arg. d. l. 3. §. 8. Idem dicendum videtur, et si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, arg. §. pen. infra de curat. l. 10. §. 7. de excus. quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Jure autem novissimo, nov. 118. cap. 5. cognati exæquati sunt agnatis, ut vidi mus supra §. ult. tit. prox.

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

D. Lib. 26. Tit. 4. Cod. lib. 5. Tit. 30. (3).

E Ex quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est; tutela agnitorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui &

ipsi proprio legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis XII. Tab. l. 1. l. 3. de leg. tut. junt. l. 6. §. 1. de verb. sign.

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

(2) L. 10. eod. vers. E. por Tomo I.

ende.

(3) D. l. 10. tit. 16. P. 6.
S

TEXTUS.

Ex eadem lege XII. Tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos, liberosque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatum in ea lege de hac tutela caveatur; sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hæreditates libertorum libertarumque, si intestati deceperint, jusserrit lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum & agnatos, quos ad hæreditatem less vocat, eosdem & tutores esse jusserrit; quia plerumque ubi successionis est emolumennum, ibi & tutelæ onus esse debet (1). Ideo autem distinximus plerumque, quia si a fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, cum aliis sit tutor.

COMMENTARIUS.

1 Non quia nominatum (1). Legge XII. Tab. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatum & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentiam hæreditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, l. 3. pr. de leg. tut. Ulp. de tut. § 2.

2 Per interpretationem (2). Prudentum scilicet, quibus permis-

(1) D. l. 10.

(2) L. 13. tit. 1. P. 1.

sum erat, leges publice interpretari, & consulentibus de jure respondere, §. 8. supr. de jur. nat. gent. et civ. l. 2. §. 5. de orig. jur.

3 Perinde accepta est (3). Verbum ex legibus, ait Ulp. sic accipendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis, l. 6. § 1. de verb. signific. Et Celsus: Scire leges, inquit, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, l. scire 17. de legib. (2).

4 Ubi successionis est emolumennum (4). Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum a lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quam quod & ipsos ad hæreditatem lex vocasset, l. 1. de leg. tut. Recte & naturæ juris convenienter, quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda, l. 10. de div. reg. jur. (3).

5 A fœmina manumittatur (5). Interdum alibi tutela, alibi est hæreditas: quod sit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si fœmina manumisserit, aut consanguinea sit pupillo, d. l. 1. §. 1. quippe tutela virile munus est, l. 16. l. ult. de tut. l. 2. de div. reg. jur. (4). Excipliuntur mater, & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tandem permittitur, donec ad secundas nuptias transeant:

(3) Reg. 29. tit. fin. P. 7.

(4) L. 4. tit. 16. P. 6.

De legitima patronorum tutela.

139

ea tamen conditione, ut inter nuntient auth. Matri & avixa gesta senatusconsulti Vellejani cum auth. seq. C. quand. mul. of auxilio, quo mulierum pro alio sic. tut. (1).

intercessiones prohibitæ sunt, re-

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

*E*xemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptiem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

1 Tertia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt: id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. ult. Inst. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib. repete quæ notavimus ad §. 6. supr. quib. mod. jus. pat. pot. Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis XII. Tab. introducta est, quo præce-

dens illa patronorum: neque enim, ut lex patronos ad successionem liberorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum: unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed fiduciariam appellat, tit. de tutel. §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod parentes, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, l. 1. si a par. quis man. hæreditatem vocatur. l. 10. de suis & legit. l. 2. C. ad SC. Tertyl. §. ult. Inst. de leg. agn. succ. obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quam fiduciaria: quia & ipsa ad rationem legis XII. Tab. pertinet; quam etiam ob causam parentis manumisor vicem dicicetur legitimi tutoris sustinere, l. 3. in fin. de legit. tut.

(1) D. l. 4. l. 9. eod. in fine.

• •

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

TEXTUS.

COMMENTARIUS.

Filiifam. a patre manumissi pater tutor est legitimus: eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam si parentis filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberem manumisserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi ejus virilis sexus, existant, fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutores mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam: libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus observari generaliter præcipit.

1 Generali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus *supr. de leg. agn. tut.* quia & ipsa vicem quadam tenus legitimæ sustinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipso jure tutores sunt, & excludunt Atilianos; unde & permixte iisdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis queritur, ut *hic*, & in *Pand. lib. 26 tit. 4*. Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem XII. Tabularum; ideo non legitima, sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubie per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui aliqui soli id proprie convenit, non valuisse, ad liberos ejus quasi hæreditarium translatum est in opia alterius nominis, ut recte conjicit D. Hotom.

2 Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum). Observandum hic est, tres fiduciariae tutelæ quasi gradus a Justiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore et tutope legitimus, fiduciarii tutores sunt;

De fiduciaria tutela.

141

sed etiam ipse pater filii ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus ut avus, sed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Myns. existimant. Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

3 Ut autem hoc in clariori luce collocetur, & ab oppositis, quæ statim apparent, vindicetur, placet casum fingere, quod Cajus sit avus, Sempronius filius, & Titius nepos simulque impubes. Si Cajus emancipaverit Titium nepotem suum, illius habebit tutelam legitimam, quæ parentum dicitur, ipsique emancipatori competit, non alii. Sed si mortuo Cajo, supervixerit sempronius, non erit hic tutor legitimus Titii, ut fuerat Cajus, sed fiduciarius tantum, quia ipse Titium non emancipavit.

4 At si mutetur casus, ut Titius non sit nepos Caji, sed liberus ab eo manumissus, erit tunc Titius in Caji tutela legitima quæ patronorum appellatur; eandemque tutelæ speciem obtinebit Sempronius, moriente Cajo. Diversitatis autem ratio, cur in 2. exemplo Sempronius sit etiam tutor legitimus Titii, ut erat Cajus, non vero in 1. duplex afferri potest. Prima videlicet, quia ad legitimam successionem libertilex XII. Tab. vocat etiam patroni filium, qualis est Sempronius in secundo exemplo; qua ratione ad tutelam quoque vocatus intelligitur. Oppositum evenit in priori exemplo, cum lex ad success-

sionem emancipati, filium emancipatoris non vocet.

5 Altera discriminis ratio ex eo sumitur, quod si in secundo exemplo Titius manumissus a Cajo non fuisset, in potestatem Sempronii jure hæreditario recidisset. Quod iterum dissimiliter contigisset in 1. in quo, emancipatione omissa, deberet utique Titius recidere in potestatem Sempronii, non tamen hæreditario jure, sed proprio ipsius Sempronii, quippe qui ex hæredatus eandem potestatem haberet. Nihil ergo mirum Sempronium in exemplo secundo utpote haurientem jus patronatus a Cajo, ei succedere in eodem tutelæ genere, non ita in primo ob contrariam rationem. Atque hæc ratio ita late exposita eam compleat, quam Justinianus indicat per illa verba *Quoniam filius v.*

6 Recte autem *hic* Interpretes notant, hanc fiduciariam tutelam omnia cessaesse jure novissimo, postquam juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sustulit Justinianus *nov. 118. cap. 4. v. 5.* quia licet emancipatio agnationem tollat, cognationem non lædit, §. ult. *Inst. de leg. agn. tut.* sive emancipati frater erit ut cognatus, legitimus illius tutor.

7 *Perfectæ ætatis*). Perfectam ætatem eam vocat, qua compleatur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *leg. 1. §. 2. de minor. (1)*.

8 IN HISPANIA, cum lex 9.

(1) *D. l. 10. tit. 16. P. in fin.*