

## De nepote nato post filium emancipatum.

9. Illud scire oportet quod si nurus tua ex filio tuo conceperis, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis, pragnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subijcitur.

## COMMENTARIUS.

NEpos non ex nativitate sed ex conceptionis tempore familiam sortitur, quia ex eo tempore iam in rerum natura esse creditur, *ll. 7. §. 26. de stat. hom. Ulp. tit. 5. §. 9.* Sic & is qui conceptus est prius quam pater senatu moveretur senatoris filius intelligitur, *l. 7. §. 2. de senat.* Et responsum est conditionem si sine liberis decesserit defecisse, si ante deponationem patris liberi concepti sint licet postea edantur, *l. 17. §. 5. ad sen. Trib.*

## TEXTUS.

An parentes cogi possint liberos suos de potestate dimittere.

10. Et quidem neque naturalis liberi neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.

## COMMENTARIUS.

QUEmadmodum liberi qui vel ab initio sui juris fuerunt vel postea facti sunt, in vii in potestatem patris non rediguntur, *l. 11. de his qui sui vel al. jur. Nov. 80. c. 11.*

## TITULUS XIII.

## DE TUTELIS.

Dig. tit. 1. lib. 26. & Novell. 72. Et Part. 6. tit. 16.  
Ratio ordinis.

Hucusque dictum est de iis qui sunt juris alieni, quæ prima pars est divisionis supra posite *tit. 8.* Superest ut ad eos nos conferamus qui sui juris sunt, quos pars altera dixit divisionis complectitur.

## TEXTUS.

De personis sui juris.

Transitamus nunc ad aliam divisionem per-

ita nec vice versa à liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt ut eos à potestate sua dimittant, *l. 31. ff. de adopt. l. 4. C. de emanc. lib. ex quo loco etiam ratio hujus juris peti potest.*

Pene] Ait pene, propterea quod aliquando adiunguntur qui emancipati desiderant, ut impubes qui adoptatus est, pubes factus, *l. 12. de adopt.* Sed & alios, si justa causa sit, audiri æquum est; veluti si à patre ad turpitudinem adigantur, *l. 12. C. de Episc. aud.* aut male contra pietatem afficiantur, *l. 5. si à patre. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur qui legatum ea conditione sibi relictum agnovit, *l. 92. de cond. & demort.* Et jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi si pater incestas & nectarias nuptias contraxerit, *Nov. 12. cap. 2. VINN.* Quæ de hoc argumento Vinnius confirmantur *ll. 16. 17. 17. 18. tit. 18. Part. 4.* ubi enumerantur cause ob quas cogi parens potest ad liberos emancipandos.

Apud Hispanos singularis illa Romanorum in liberos potestas incognita est ut iam diximus. Præterea jus quod parentes in liberos habent propriis quibusdam modis solvitur, manente tamen semper naturali reverentia & obsequii debito. Primum enim generali Europæ consuetudine inducitur est ut filii qui matrimonio copulantur patria potestate liberentur, quod apud nos *l. 8. tit. 1. lib. 5. Recop.* statutur inconvenciens enim visum est eum qui filios educare debet sibi sufficere non posse. Ad hæc veluti tacite emancipantur liberi cum annuente patre seorsim habitare & mercaturam aut officium aliquod exercere resque suas sibi habere incipiunt; quod licet lege aliqua Regia spectatim statutum esse non meminerim; hujusmodi tamen patrumfamilias liberos pro *patrivusfamilias* haberi passim in nostris legibus licet observare. ADDIT.

sonarum. Nam ex his personis quæ in potestate non sunt, quedam vel in tutela sunt vel in curatione, quedam neutro jure tenentur. Videmus ergo de his qui in tutela vel curatione sunt; ita enim intelligimus ceteras personas quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his qui in tutela sunt.

## COMMENTARIUS.

1 Summa reliquorum hujus libri capitulum.

NAm ex his personis] Eorum qui sui juris sunt quidam sunt in tutela, alii in curatione, ceteri neutro jure tenentur; quæ posterioris partis illius quam dixi divisionis subdivisio est. In hac autem parte primo exponitur quid sit tutela; deinde species ejus singulæ ordine explicantur; tum de vi atque effectu tutela sive auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progressio fit. Postremo tractatur de satisfactionibus excusationibus & suspensionibus quæ utriusque muneris communia sunt.

In potestate non sunt] Patria scilicet vel dominica, in quæ qui sunt non sui sed alieni juris sunt; alioqui & tutela species quedam est potestatis (quod verbum & alia plura significat, *l. 215. de verb. sign.*) sed quæ ad statum & caput ejus qui in tutela est non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata est; sicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris sed sui juris est; nec illi acquiritur sed sibi.

## TEXTUS.

Tutela definitio.

1. Est autem tutela (ut Servius definit) vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui per aetatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permitta.

L. 1. Tit. 16. Part. 4.

## COMMENTARIUS.

Vis ac potestas] Ita & in *l. 1. pr. ff. hoc tit.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur; ut in *l. 17. de legib. §. 3. Inst. inf. de interd.* & significatur *dominus*, *ignotus*, sive facultatem aut jus

pro auctoritate quid faciendi statuendive tum in persona pupilli tum in rerum pupillarum administratione. O *manipula* (viximus communio seu affinitas) in verbo potestatis jam notata est.

In capite libero] Subjectum tutela; & est verus locutus, pro in caput liberum, ut in illo *xii. tabularum*: Si *farinus* exiit, *agnatorum gentiumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Item in formula adrogationis apud Agell. *cap. 19. Utique ei vita neque in eo potestas fiet.* Caput autem liberum pro homine libero Veteres dicebant. Cicero *4. Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib. 31. cap. 21. Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc caput liberum facere apud Plaut. *Mercat. act. 7. scen. 2. v. 41. seq. pro manumittere*; & eos plerumque qui etiam sui juris essent hoc verbo intelligebant; quo modo Apellius *d. loco* pupillum caput liberum appellat, id est sui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad tuendum eum] Hæc verba finem tutela indicant, & simul officium tutoris; nam ut tutela pupillorum gratia constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguuntur itidem tutelam à patria potestate quæ magis ipsius patris causa comparata est, sicut & dominica domini; cujusque vis non minus in coercendo quam in tuendo filio posita est. Innuunt præterea tutorem principaliter persone dari non certe rei aut causæ, in quo differt à curatore, *§. 4. seq. tit. junct. §. 2. inf. de curat.*

Qui per aetatem se ipse defendere] His verbis distinguitur tutela à curatione; quippe quæ comparata est eorum omnium causæ qui rebus suis ipsi superesse non possunt licet propter aliam causam quam aetatem, ut sunt furiosi, mente capti & qui perpetuo morbo laborant, *§. 3. & 4. inf. de curat.* In Florent. est, *propter aetatem.* Theoph. *dia. 77. de iuris. ar. 118.*

Jure civili data ac permitta] Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideo adjecta, ne quis putet hanc potestatem temere & pro arbitrio à quibusvis posse usurpari, aut ad eos qui non sunt cives Romani pertinere; nam tutela licet ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile referretur eo modo quo pleræque alia, ut nuptiæ, patria potestas, testamenta & cetera id genus.

Data ac permitta] Datur legitima, hoc est legitimi tutores immediate sine facto testatoris aut magistratus à lege ad tutelam vocantur, *l. 5. in pr. & l. 6. de leg. tut.* Permittitur, quæ prius

prius data est aut testamento aut à magistratu; illa, lege xii. tabb. l. 1. de test. tut. hæc, aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil. tut.* Arque hinc etiam peti potest alia tutela divisio tamquam à causa efficiente, partim proxima partim remota, *Vinn.* Ita quidem vulgo hanc definitionem Servii interpretantur. Sed cum Servius tutelam in genere definiat, quo tempore illo non modo ad impuberes sed ad feminas etiam omnes que in manu non convenerant pertinebat: proculdubio Tribonianus eam aliquantulum mutavit. Puto itaque talem fuisse Servii definitionem: tutela est vis & potestas potestas in femina, vis & potestas simul in pupillo in capite libero (pupillo vel femina) ad tuendum eum carnos qui quæve per etatem vel sexus infirmitatem se defendere nequit, jure civili (vel expresse) data (uti tutela pupillaris) vel permissa (& tacite moribus inveda, uti tutela feminarum.) Rem alibi demonstrabo. Jam id addo & Constant. Harneopulum lib. 5. cap. 2. §. 1. ea quæ omnia à Triboniano suspicamus, restituissis dum ait: *ἡ δὲ τὴν τῆς κλησίας ἀρχὴς ἢ δὴ τὴν τῆς ἐπιτροπῆς ἀρχὴς ἐπιτροπῆς αὐτῆς* Aut ob etatis infirmitatem aut rei gerende imperitiam permissa. Quis Harneopulum ea in re auctores suos sequutum esse dubitet? *HEIN.*

## TEXTUS.

Definitio & etymologia tutoris.

2. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen accipiunt. Itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aditui dicuntur qui edes tuentur.

## COMMENTARIUS.

Quæ eam vim ac potestatem? Si tutela est potestas ad tuendum eum qui in tutela est, qui eam potestatem habet recte tutor dicitur, argumento à conjugatis.

Tutores quasi tutores? *Ἐπιτροπῆς*, sive notatio verbi tutoris, l. 1. §. 1. hoc tit. Tutela quoque idem erat Veteribus quod tutio, sicut cautela idem quod cautio.

Sicut aditui? Aditius est adis sacre tutor, id est curam agens, auctore Festo. Veteribus dicebatur aditius, si Gellio credimus lib. 15. cap. 10. *ἰσχυροῦ* vocat Scævola l. 20. §. 1. de ann. legat. *Vinn.* Conferendus omnino *Vir. clar. Car. Andr. Dukereus de Latin. JC. vet. p. 28.* ubi hanc etymologiam contra

Lau. Valke criticam defensam videmus. *HEIN.*

## TEXTUS.

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

5. Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo; nepotibus vero nepotibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tua tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint; scilicet quia mortuo se in potestatem patris sui recasuri sunt.

## L. 3. tit. 16. Part. 6.

## NOTÆ.

3. Liberis impuberibus? Non modo liberis hereditibus insitutus sed & exhereditatus tutor à patre datur, l. 4. ff. de test. tut. non testamentaria successio sed vis patri potestatis jus tutorem dandi defert, l. 40. in fin. de adm. & per. tut. Nec obstat quod pater filium in suis hereditibus habere debeat cum illi tutorem dat. l. 73. §. 1. de reg. jur. illa enim verba in suis hereditibus jus successione potestate legis designant, non testamentariam institutionem; exhereditatio autem non extinguit illud jus, neque impubere facit sui potestatis. Sed hæc commodius suo loco §. 4. *inf. de pup. substit. n. 4.*

Quos in potestate habent? Tutela jure patri potestatis mandatur d. l. 40. de adm. tut. Itaque nec pater filio emancipato nec mater liberis tutorem jure dare potest, sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

## COMMENTARIUS.

Species tutelæ tres sunt testamentaria, legitima, & Attiliana sive dative, quas nunc ordine persequitur Justin. initio facta à testamentaria quæ reliquis duabus prior est *inf. tit. 8. in pr. l. 9. §. 1. in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hereditate prior causa est heredum ex testamento quam ab intestato, l. 39. de adq. her. l. 89. de reg. jur. Air permissum esse parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent testamento tutores dare, paucis verbis complectens & per-

sonam dantis & ejus cui datur & formam dandi sive modum. In persona dantis exigit ut sit parens in persona eorum quibus datur, ut sint liberi, ut impuberes, ut sint in potestate dantis. Sunt & qui quartum requirunt nimirum ut heredes instituantur, contra expressum textum l. 4. de test. tut. & jus veteris patriæ potestatis, *arg. §. 4. inf. de pup. substit.* In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, l. 3. de test. tut.

In filios filiasque &c.] Lex xii. tabb. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur femine sint quibus tutor datus est sive masculi, sive filii sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, §. ult. *reg. tit.* valet datio. Ceterum in nepotibus non aliter procedit quam si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non potest qui est in potestate patris, hoc tit. in pr. Deinde nepos quamdiu pater cum in familiâ præcedit non est suus heres *avo*, §. 2. *inf. de her. qual. & dif. tutor* autem dari non potest nisi suo heredi, l. 73. §. 1. de reg. jur.

## TEXTUS.

De postumis.

4. Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habeantur, & in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis tutores dari posse; si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur sui heredes & in potestate eorum fierent.

## L. 3. tit. 16. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est, id hic etiam ad postumos produciatur, hoc est ad eos qui tempore facti tutorem 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 ut in casu proposito, *ll. 7. & 26. de stat. hom.* Poterat & à jure patriæ potestatis ratio peti, *arg. §. 1. inf. de exher. lib. §. 4. inf. de pup. substit. Sui heredes & in potestate*] Nempe quem-

admodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest nisi quos in potestate & in suis hereditibus cum moritur habet; ita nec postumus potest, nisi is qui si vivo parente nascerentur sui heredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius Scævola paucis complectitur: nemo, inquit, potest tutorem dare cuiquam nisi et quem in suis hereditibus cum moritur habuit, habiturusve esset si vixisset, l. 73. de reg. jur. Est tamen casus ubi tutor utiliter datur nepoti cujus pater superstes in potestate est, *ll. 1. & 10. §. 2. ff. de test. tut.*

## TEXTUS.

De emancipatis.

5. Sed & si emancipato filio tutor à patre datus fuerit testamento, confirmandus est ex voluntate Præsidis omnimodo, id est sine inquisitione.

## L. 8. tit. 16. Part. 6.

## NOTÆ.

5. Omnimodo? Ita *ἡ τὴν τῆς κλησίας ἀρχὴς*, ut plurimum, l. 1. §. 2. de conf. tut. interdum enim à voluntate patris recedit Prætor, l. 8. & seqq. eod. l. 4. de test. tut.

## COMMENTARIUS.

1. Quibus ex rebus æstimandum an tutor jure datus sit.
2. In quibus differat confirmatio tutoris à patre non rite dati, & dati à matre vel extraneo.
3. Explicatio l. 4. C. de test. tut.
4. Confirmatos tutores non pro datis sed pro testamentariis habendos.

Emancipato filio? Didicimus *tit. præced. §. præterea* & liberis per emancipationem potestate patris sui liberari & quamobrem pater non jure nec ex præscripto legis xii. tabb. tutorem dat filio emancipato; & d tamen qui ita non jure datus est confirmatur auctoritate magistratus, & quidem simpliciter sive omnimodo ut hic loquitur Justinianus, id est sine inquisitione sime idonee necne. Locus postulat ut de confirmandis tutoribus paulo quam hic factum est disseramus accuratius.

1. An tutor jure datus sit ex hisce tribus potissimum æstimatur; 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. *sup. 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. Ceterum cum reverentia, tum affectui eorum qui impuberibus non legitime tutores dederunt tributum est, ut quod deficit à magistratu repletur, datique confirmetur, l. 1. §. 1. *de conf. tut.*

2. 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 justo testamento aut codicillis non confirmatis aut quocumque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est sine inquisitione, & satisfactione ei remissa, *hoc text. l. 1. §. 2. ll. 3. & 6. de conf. tut. nisi quod ex causa nonnumquam inquisitio fiat, ut in casibus l. 8. & seqq. eod. l. 4. de test. tut. l. 3. §. 3. de adm. tut.* Et quod in naturalibus liberis distinguitur utram pater qui tutorem dedit aliquid iis reliquerit, an nihil, l. 7. ff. *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 & heres impubes institutus sit, l. 4. *de test. tut. l. 4. de conf. tut.* quæ etiam ratio est cur datio sustineatur, d. l. 4. *de conf. tut.* & inquisitio præcesserit, ll. 2. & 5. d. tit. l. 28. §. 2. *de test. tut.* Hoc interest, quod à matre datus satisfactione non operatur sed ab ipso prætor ex inquisitione confirmatur, l. 2. *de conf. tut.* ceteri ferre remitti solent ad magistratus municipales confirmandi, præstita satisfactione, l. 5. *eod.*

3. Quod autem diximus à matre datum tutorem non aliter confirmari quam si heredem filium instituerit, ei obstat l. 4. *C. de test. tut.* ubi & liberis non institutis à matre datum confirmari solent respiciuntur est. Respondent nonnulli hoc fieri solummodo non ex juris aliquid constitutione sed ex usu & quod non placet. Nam retenta lectione negativa hæc erit rescripti sententia, quod tutor à matre liberis institutus testamento datus recte datur intelligatur nec eget confirmatione, secus si non institutus, id est præteritis aut exhereda-

tis dederit; quod aperte falsum est. Tollenda omnino in d. l. 4. negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis: *quando autem eos heredes (non) instituerit*; quomodo, detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Pacius. Ita omnia & inter se & cum ratione juris optime conveniunt. Ne quis enim ex eo quod simpliciter dixerat Imperator non posse matrem filiis testamento tutorem dare nisi eos heredes instituerit, putaret, cum eos heredes 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 à præsidibus confirmari solere. Et sic bene quoque se habent illa sequentia, *nullo vero ex his intervenientibus*, &c. nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exheredato jure tutorem dat, ll. 4. & 26. §. 2. & 11. *de test. tut.* quoniam tam exheredatio jure patriæ potestatis fit, quam delegatur tutela.

4. Porro tutores ita confirmati sub eodem genere cum testamentariis comprehendi possunt. Primum quia perinde confirmati dicuntur ac si ex testamento tutores essent, l. 3. *eod.* nisi quod à matre aut ab extraneo dati ex inquisitione confirmentur quod naturam tutoris non mutat, arg. l. 8. & seqq. *eod.* Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate & sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate juris posita est; tenetur enim prætor datum confirmare, & iudicium defuncti, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi, l. 1. §. 1. *eod. l. 3. de execur.* Unde apparet etiam, aut equam confirmetur pro testamentariis quoad tenentur, aut legitimitis præferantur; & male rationari eos qui ob id quod si quis confirmat aliquando dare censetur, per l. 130. *de verb. sign.* tutorem confirmatum pro dativo potius quam testamentario habendum existimant: fundentes confirmationem necessariam cum ea quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curatorem dicitur appellatur qui testamento datus confirmatus est, l. 7. *rem pup. salv. fore.* Plane non omnes hujus tutelæ species æque proprie ad testamentariam accedunt; nec repugno si quis mixtam dici malit.

## QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Lib. 26. tit. 2. Cod. lib. 5. tit. 28.

Continuatio & argumentum tituli.

## COMMENTARIUS.

**S**uperiore titulo dictum est de iis 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, de quo intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum quibus testator in dando tutorem usus sit.

## TEXTUS.

Qui tutores dari possunt.

*Dari autem tutor potest testamento non solum patrisfamilias sed etiam filiusfamilias.*

## COMMENTARIUS.

**S**ed etiam filiusfam. Idque non testamento solum sed etiam à magistratu, l. 7. *de tutel.* Nec obstat quod filiusfam. in potestate patris est; nam tutela munus est publicum, *infra. tit. Inst. 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. l. 14. ad Treb.* At enim qui est in aliena potestate alium in potestate habere non potest, l. 21. *ad leg. Jul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

## TEXTUS.

De servo.

1. *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. Plane si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor; sed ita cum liber erit, inutiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

L. 7. tit. 16. Part. 6.

1. *Veterum sententia contententium esse quod ait Justinian. servum proprium simpliciter tutorem datum directo liberum fieri.*

**N**on solum liberi homines testamento tutores dari possunt sed etiam servi, quia & cum servis testamenti factio est, l. 25. *de test. tut. §. 4. Inst. inf. de her. qual. & dif.* Disputatur autem hoc §. de triplici forma mandande servis tutelæ forma 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 utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum heres eum à 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. 32. *in fin. eod.* cum dicit, hoc ipso quod à domino tutor datus est libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hereditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis, in proprio inanis & iudicia judicatur, tamquam si quis diceret, hæc res tibi emta sit si voluero.

1. *Directam*] Directa libertas dicitur quæ rectè ex testamento ad servum transit sine alterius factio aut opera, §. 2. *Inst. inf. de sing. verb. per fid.* Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc à Justiniano primum constitutum esse; sed eos refellit tum locus Pauli modo allegatus, tum quod Justinianus scribit l. 5. *C. de necess. her. inst.* jure civili jam ante inducendum fuisse, ut si quis servum suum sine libertate tutorem dederit, ex ipsa tutelæ datione libertatem ei imposuisse præsumatur. Deinde quod idem mox constituit in servo omnia libertate herede instituto, quod antea non obtinebat, *inf. pr. tit. de her. inst.* nimirum ut hoc ipso quod heres institu-

## De furioso &amp; minore 25. annis.

2. *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit cum compos mentis aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

## L. 3. tit. 16. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

Tutores testamento dari possunt non solum qui tempore facti testamenti iam 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 & minores 25. annis.

Cum compos mentis] Proculo videbatur, furiosum testamento tutorem pure dari non posse, l. 10. §. 3. de test. tut. Et videtur potest pater non satis serio agere, qui cum tutorem pure dat quem scit tutelam gerere non posse. Sed placuit etiam hoc patri licere, quasi tacite sub hac conditione datur, ut tutor sit cum sapere coeperit, d. l. 10. §. 3. de test. tut. l. 11. de tut. Medio autem tempore tutor aut curator à magistratu dabitur, inf. tit. Inst. de Attil. tut. §. 1. de curat. §. ult.

Major 25. annis] l. 32. §. ult. de test. tut. Et hic interim usque ad legitimam dari tutoris artem alius à magistratu dabitur, l. 10. §. 7. de excus. tut. Recte autem hic monet D. Bachovius ponendos esse terminos habiles, ut minor qui tutor datus est ejus sit ætatis ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere possit; alioquin dationem esse lasivam; ac protinus à magistratu tutorem dandum; quod s'c accipit si legitimum tutorem pupillus non habeat.

## TEXTUS.

## Quibus modis tutores dantur.

3. *Ad certum tempus vel ex certo tempore vel sub conditione vel ante heredis institutionem posse dari tutorem non dabitur.*

## L. 8. tit. 16. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. *Servus furiosum, minorem 25. annis, à*

ms-

*magistratu non recte tutorem dari, neque tutorem tempore aut conditioni adstringi.*

Etiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non solum pure sed ex die etiam & sub conditione tutorem recte deditur, ut qui datum sit non ante sit tutor quam dies aut conditio exiterit, & deficiente conditione tutor non sit. Potest & ad certam diem & usque ad certam conditionem tutorem dare, ut finitio tempore aut conditione existente tutor esse desinat, l. 8. §. 1. §. 3. de test. tut. l. 14. §. 3. §. ult. de tutel. §. 2. §. pen. Inst. inf. quib. mod. tut. fin. & deficiente quidem aut finita tutela testamentaria locus erit legitimo tutori, pendente Attiliano, l. 11. de test. tut. junct. l. 9. §. 2. de tut. ex rat. dist.

Vel ante heredis institutionem] Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari propterea quod jure veteri ante heredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio est, §. 34. inf. de leg.

1. Hic paucis admonendi sumus ea que de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempore aut conditioni adstringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis XII. tabb. *Uti quisque legavit &c.* patri permissa. Non eadem libertas magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, l. 6. §. 1. de tutel. Quomobrem nec servus nec furiosus nec minor recte ab his tutor dabitur, sive sub conditione expressa *servus cum liber erit &c.* sive simpliciter & pure; nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur atque si expressa esset, l. 10. §. pen. §. ult. de test. tut. Cur tam varie? Nimirum quia ab officio judicis aut magistratus alienum est actus suos suspendere atque imperfectos relinquere. Ideo enim adiur, ut in presenti nobis officium auctoritatem suam, qua opus est, imperit; & quod Jo. Fabro suboluit, qui ad hoc utitur arg. l. 35. de judic. l. 1. §. 1. quando, app. Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore à patre sub conditione dato, magistratus sit pendente conditione pupillo prospicere; at si à magistratu tutor sub conditione daretur neminem adiri posse qui pendente conditione pupillo consulat. In eo autem Gloss. & DD.

in d. l. 6. §. 2. errare existimo, quod putant etiam magistratum sub tacita conditione tutorem dare posse, per l. 11. de test. tutel. quippe quæ de tutela testamentaria omnino accipienda est, ut & Barr. eam accipit. Plane usque ad conditionem sub qua tutor testamento datus est à magistratu interim alium tutorem tacite dari posse non ambigitur, §. 1. inf. de Attil. tut. d. l. 11. in pr.

## TEXTUS.

## Cui dantur.

4. *Certa autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia persona non causæ vel rei tutor datur.*

## L. 1. tit. 16. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

Certa rei vel causæ] Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto: quia juris & consuetudinis forensis, lites & controversias persequatur.

Quia persona] Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. sup. tit. ideoque si ad certam rem aut causam datus fuerit tota ratio non valebit, l. 12. cum regg. de test. tut. quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat l. 12. §. 3. de adm. tut. Aliud enim est certæ res tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpositum intelligi. Nam cum personæ pupilli tutor datur, 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 à curatore, qui rebus minoris principaliter datur, l. 8. C. de nupt. & ad unum certumque negotium recte decernitur, §. 2. Inst. inf. de curat. l. 7. de tut. dar. Plane si tanto locorum intervallo disjunctum sit patrimonium ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ aut Syriacæ tutor dari possit, l. 15. de test. tut. quo tamen eas singuli tutores in solidum dari intelliguntur, nec tutelæ dividi quam administratio. Una sane superioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hereditatem adendum ut tutor datur ex causa permissum est, l. 9. de tut. dar. l.

10.

tus est etiam libertas ei imposita videatur, ad exemplum servi simpliciter tutoris dati. Atqui servum simpliciter heredem institutum, nemo esse qui negare possit directo ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremo cui datur fideicommissaria libertas is non nisi volens & petens fit liber. Servus proprius tutor datur necessario. Non obstat quod dicitur in l. 10. de test. tut. nihil interesse suum servum an alienum quis tutorem dederit; hoc enim ad voluntatem danda libertatis non ad qualitatem datæ referendum esset; siquidem servo alieno non nisi fideicommissaria defendi potest. Magis obstat l. 9. C. de fid. lib. Communis responsio est eum locum accipiendum esse de eo casu quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis veluti: *peto à te, heres, ut Stichus sit tutor liberis meis.* Quod etiam verba dicte legis per fideicommissum manumissio significat. Per fideicommissum enim nihil aliud est quam verbis fideicommissi quibus ut tutor esset petierat, arg. l. 28. §. 1. de test. tut. Eranciscus de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat Veteres ipsos hic inter se non convenisse, lib. 1. obs. jur. cap. 7.

Per errorem] Quod liber putaretur: quo easu servus tutelam mandare voluisse nemo crediderit, l. 22. de test. tut. l. 24. §. 2. de fideic. lib.

Pure inutiliter] Hoc est absque conditione cum liber erit. Quid igitur est quod Ulpian. ait d. l. 10. §. ult. de test. tut. in hac datione semper inesse hanc conditionem *cum liber erit*? An dicimus hoc contra rationem juris benignè receptum esse? An potius sententiam testatoris inspicendam, ac si hæc non refrageret valeat, si manifeste repugnet datio sit inutilis? d. l. 10. in fin. Quod enim si ita verbis pure datus est ut nec sententiam cum liberum esse testator voluerit; veluti si liberum cum esse jam ante existimavit? Et hoc verum est. VINN. Sed dicere malim, Veteres hic dissensisse, & Justinianum quidem eorum probasse sententiam qui expresse adendam hanc conditionem existimabant. Tribonianum autem l. 10. §. ult. ff. de test. tut. incaute inseruisse Pandectis, quod & alias aliquando factum est. HEIN.

Proprius autem servus inutiliter] Nam perinde est ac si diceret testator: *tutor esto cum à domino tuo libertatem adeptus eris;* quod cum dominus ipse loquitur aperte ludificari & nihil agere intelligitur, veluti si quis dicat hæc res tibi emta esto cum tibi vendidero.

10. de test. tut. l. 17. §. 1. de appell. Mater quoque dicitur potius in rem quam in personam tutorem dare videri, l. 4. de test. tut. quasi nec verus tutor sit qui ab eo datus est qui jus dandi tutorem ex lege non habet. VINN. Has autem juris Romani subtilitates Hispaniæ morum simplicitas respuit. Igitur cum nulla amplius sit apud nos differentia inter tutelam & curam, dubitari nequit tutorem certe quoque rei & causæ dari posse; leges enim Romanas de hac re generali Europæ consuetudine abrogatas esse tradit Groenewegen de leg. abrog. ad hunc textum. ADDIT.

## TEXTUS.

De tutore dato filiabus vel filiis vel liberis vel nepotibus.

5. Si quis filiabus inis vel filiis tutores dederit, etiam postuma vel postuma dedisse videtur; quia filii vel filia appellatione & postumus & postuma continentur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsi tutores dati sint? Dicendum est ut & ipsi quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Ceterum si filios, non continentur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi quam ceteri liberi continentur.

## COMMENTARIUS.

- x. Appellatione liberorum venire omnes qui ex nobis descendunt.
2. Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & postumos, & nepotes non contineri filias contineri; et qua verum omnium ratio.
3. Appellatione postumorum venire liberos omnes nascituros sive primi sive ulteriori gradus.

1. VOLUNTATIS questio est cum quaeritur qui liberi appellatione filiorum, liberorum, postumorum continentur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est quin ea appellatione omnes qui ex nobis descendunt continentur, sive filii sint sive nepotes aut deinceps, sive jam nati sive adhuc nascituri, l. 220. de verb. sign. Quamobrem si quis liberos tutores dederit, non solum filios sed etiam nepotibus & qui infra eos sunt dedisse intelligitur, uti ex Ulp. l. 6. de test. tut. Justinianus hoc loco refert, dummodo post mortem dantis in potestatem patris sui recessus non sint, §. 3. sup. tit.

2. De filiis duo hic quaeruntur, unum est an eorum appellatione etiam postumi continentur; alterum, an & nepotes. De primo ait: si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postuma vel postuma dedisse videtur; quia filii vel filia appellatione & postumus & postuma continentur; quod & Ulpianus, respondet l. 5. d. sit. Cui tamen loco obstare videtur quod idem Ulp. scribit l. 17. in pr. de legat. 1. eum qui filiabus legavit, non intelligi postumam legasse nisi & mentionem aliqua parte testamenti postumam fecerit. Sed hæc minime pugnant. Tutor enim datur jure potestatis ut filiis & liberis; postumi autem æque filii & liberi sunt ac ceteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione erga certos; quæ affectio in proposito erga postumum non præsumitur; ita fere Angel. hic post Gloss. in d. l. 17. Alterum est, utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant? Et ait non venire, quia aliud sit filius aliud nepos; filius enim est qui ex me & uxore mea natus est; nepos qui ex filio meo; hoc item & Ulp. d. l. 6. Quid ergo est quod legimus in ll. 84. & 220. de verb. sign. filiorum appellatione etiam nepotes ceterosque qui ex nobis descendunt contineri? Nimirum ubi justa interpretatio indicat, l. 201. eod. tit. Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum est, l. 69. de legat. 3. Exempla suppeditant l. 59. de stir. nupt. l. 2. §. filii 28. ad Tertyll. l. 15. de rem. Mac. Et fingamus in proposito testatorem filios non habere sed nepotes tantum, aut finge nepotes solos esse impuberes; dubitandum non est quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur; quod & Jo. Faber notat. At si filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est cur recedamus à proprietate sermonis, dicamusque filiorum appellatione & nepotes eum complexi voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expedit peculiarem tutorem habere legitimum vel datum, quam eum qui à parente datus est, qui filiorum tutela sacris sit implicitus æque occupatus; cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus intersit ne nimium oneretur. Illud hic omissum est, an appellatione filiorum etiam filia continentur. Responsum est contineri, l. 16. in pr. de test. tut. quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, ll. 1. & 195. de verb. sign.

3. De postumis est in vers. plane si postumis. Et ait Imp. si postumis tutor datus sit

## QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

10. de test. tut. Quare necesse non est ut cum Haloandro pro postumis substitutam postumum gradus, verum etiam secundum & ulteriores; si modo in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur in potestate ejus futuri sint neque testamentum rupturi, l. 1. §. 1.

de test. tut. Quare necesse non est ut cum Haloandro pro postumis substitutam postumum gradus, verum etiam secundum & ulteriores; si modo in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur in potestate ejus futuri sint neque testamentum rupturi, l. 1. §. 1.

## TITULUS XV.

## DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Dig. lib. 26. tit. 4. Cod. lib. 5. tit. 30.

Ratio ordinis & argumentum tituli.

TESTAMENTARIAM tutelam excipit legitima. Ea est quæ lege deferretur iis fere qui ad legitimam hereditatem impuberes vocantur. Speciei hujus tutelæ quatuor: agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciarias quarum duæ priores proprie sunt legitimæ, l. 1. hoc tit. sequentes duæ ad alios. (improprie) Singula singulis titulis hic explicantur: in π. (Dig.) & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species prima quam agnatorum esse diximus, traditurque unde ea descendat, quinam sint agnati, quando iis tutela deferatur: postremo subjicitur specialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

Ex lege XII. tabb. agnati sunt tutores | Lex XII. tabb. & ad hereditatem legitimam vocavit agnatos, æque iidem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia à lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem fidem tuerentur bona ne dilapidarentur, l. 1. hoc tit. Hæc autem tutelæ species ea est quæ à Servio dicitur jure civili data, l. 1. de tutel. Etenim legitimis tutores nemo dat sed lex eos tutores facit, l. 5. hoc tit. Hoc enim putat, etiam gentilium mentionem à lege factam. Et sane in hereditate facta est, auctore Cornificio ad Hæten. lib. 1. qui verba legis sic refert: Si paterfam. intestato moritur, familia pecuniariaque ejus agnatorum gentiliumque esto. Ut omnino verisimile sit, eodem modo post agnatos & tutelam gentilibus delatam fuisse.

## TEXTUS.

## Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est, bis ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores qui vocantur legitimi.

L. 9. tit. 16. Part. 4.

## COMMENTARIUS.

1. Quid intersit inter agnatos & gentiles, gentem & familiam.

Quibus testamento] Semper enim legitimi tutores, ut supra quoque dictum est, cedunt testamentariis, l. 11. de test. tut. l. 9. §. 1. de tut. & rat. dis. sicut & legitimi heredes iis qui ex testamento vocantur, l. 39. de adq. her. Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, per l. ult. C. de pat.

1. Quid intersit inter gentiles & agnatos, multi ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod discrimen est inter gentem & familiam, hoc idem est inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus constat familiis, quæ singulæ cognominibus distinguuntur; nam ut nomen universæ genti commune est, ita cognomen proprium cujusque familie quæ gente continetur. Qui ejusdem gentis sunt, gentiles qui ejusdem familie, agnati dicuntur. Verbi causa, in gente Valeria sunt Corvini, Maximi, Messalæ, Flacci: hi omnes unam gentem Valeriarum constituunt, singuli singulas in ea gente familias; omnesque inter se gentiles sunt, singuli inter se etiam agnati. VINN. Recte tamen Cic. Topic. cap. 6. addit gentiles esse non omnes qui ejusdem nominis, sed qui ab ingenitum oriundi, & quorum majorum nomen servitatem servierit. Nam & libertos pa-

## TEXTUS.

## Qui sunt agnati.

1. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, nepos ex eo, item patruus & patruus filius, nepos ex eo. At qui per femininam sexus personam cognatione iunguntur, agnati non sunt sed alii naturali jure cognati. Itaque amica tue filius non est tibi agnatus sed cognatus, & vicem tu illi eodem jure conjungit, quia qui ex ea nascuntur, patris non maris familiam sequuntur.

## COMMENTARIUS.

**Per virilis sexus** ] Agnati dicuntur qui per virilis sexus personam cognatione juncti sunt, l. 7. hoc tit. §. 1. inf. de leg. agn. succ. l. 1. §. 1. de sui & leg. modo non sint capite minuti, & sint in familia, §. ult. inf. eod. Nihil autem refert an natura quaerita sit agnatio an adoptio, d. l. 2. §. 3. de sui & leg.

**Veluti frater ex eo de m patre** ] Masculus tantum ex agnatis hoc loco recenset; quia licet etiam feminis quoddam nobis agnatae sint, veluti soror: ex eodem patre nata, amita, fratris filius: tutela tamen solis maribus jure communi defertur, l. 1. §. 1. hoc tit.

**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 dem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur quae per feminas copulatur, l. 4. §. 2. l. ult. §. 1. & 2. de grad. & aff. idemque hic plane accidit quod in nomine adoptionis notavimus sub §. 1. sup. de adopt.

## TEXTUS.

## Qui dicatur intestatus.

2. Quod autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habent significationem, si omnino non fecerit testamentum, si qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet intestatus decesserit, quod tunc quoque accidere intelligitur cum si qui datus est tutor vivo testatore decesserit.

## COMMENTARIUS.

**Quantum ad tutelam** ] Diserte ait, quantum ad tutelam, ut & Jurisconsult. l. 6. hoc tit. nam ad hereditatem quod acti- net nemo intestatus decessisse intelligitur qui testamento factio, unde heres postea exstitit, decessit, inf. tit. Inst. de her. qua ab int. def. in pr.

**Vivo testatore** ] Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante coeptam tutelam decesserit? Sane non minus hoc quam illo casu recte dicitur peritiam. quoad tutelam intestatus decesserit. Sed et si tutor testamento datus post coeptam tutelam decesserit vel in civitate esse desit, nihilominus ad legitimam tutela redit, l. 6. hoc tit. l. 11. §. 3. & 4. de test. ut. Unde vel magis dicendum est si ad certam 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 excusatus sit aut remotus, placet non legitimam succedere sed in locum ejus alium à magistratu dari, d. l. 11. §. 1. & 2. Diversi hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur & plane exinguitur; excusationem autem & remotionem non item sed interveniu magistratus; quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusatus ac remoti adhuc tutores essent.

## TEXTUS.

## Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

4. Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen est; cognationis vero jus non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilis quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non vitioque.

## COMMENTARIUS.

1. Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.

2. Infert agnatio à cognatione etiam in eo quod agnatio quavis capitis deminutione

## DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

105  
ne etiam minima tollatur, & consequenter jura agnationi tributa ut tutela & hereditates intereat, l. 7. de cap. min. l. 5. §. ult. hoc tit. Cognationis autem jus non mutetur nisi maxima aut media capitis deminutio interveniat: de quo amplius §. pen. seq. tit. qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam indicio hoc loco proposuit Justinianus, ut aditum sibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

**Plerumque** ] Additum propterea quod jus agnationis certis personis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus hereditates & tutela sic deferuntur legibus, ut personae naturalis nomine designentur; ut ecce, defertur hereditas ex Senatuseonsultis matri & filio, d. l. 7. de cap. min. §. 2. Inst. inf. de sen. offic. l. 1. §. 8. ad sen. Tert. Constitutione quoque Anastasii frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hereditatem & tutelam vocatur, l. 4. C. hoc tit. §. 1. Inst. inf. de succ. cogn. Justinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, l. ult. §. 4. C. de legit. her.

1. Novissimo autem 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. cap. 4. & §. 5. consequens omnino est legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

**Quia agnatio juris civilis nomen** ] Sicut & familiae cuius appendix est agnatio. Neque obstat quod etiam aliae gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt; multa enim etiam apud alias gentes observantur quae tamen non sunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, & consequenter jura agnationi tributa ut tutela & hereditates intereat, l. 9. in fin. de jur. & jur. constituta, qua sup. tit. 11. item usucapio de qua infra lib. 2. Inst. tit. 6. tale etiam est jus agnationis. Civilia jura corrumpere potest ] Quod non sic accipiendum est quasi minima capitis deminutione omnia jura quibus tributa amittantur, sed ea tantum quae familiae illius sunt propriae à qua capite manatus exit. Naturali vero non vitioque ] Oὐκ ἀνάγκη; non omnino. Theoph. non capitis deminutione minima. Pompon. l. 8. de reg. jur. nullo jure civili, id est nulla juris civilis vel fictione vel solemnitate veluti emancipatione. Vid. §. pen. seq. tit. VIIII.

## TITULUS XVI.

## DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Dig. lib. 4. tit. 5. Et l. 18. tit. 1. Part. 6.

Continuatio & summa tituli.

**IN** 7. (Pandectis) hic locus inter restitutiones in integrum tractatur lib. 4. tit. 5. Justinianus autem cum in §. ult. sup. tit. decesserit jus agnationis ac proinde & tutelam legitimam quovis genere capitis deminutione

tionis perimi, inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi: quod fecit hoc tit. ubi primum quid sit capitis deminutio definit; deinde diviso genere in suas species, itidem quid sint singulae & quam vim

O

ha-

habent exponit; tum interpretatur quod in d. §. ult. dixerat cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis intervertit & tandem pro corollario docet quo ordine agnatis tutela deferatur.

## TEXTUS.

## Definitio &amp; divisio.

Est autem capitis deminutio prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio aut minor (quam quidam mediam vocant) aut minima.

## L. 18. tit. 1. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

Capitis deminutio] Verbi capitis varia est & multiplex acceptio, ut videre est apud Hotomannum & alios in Lexic. Hic significat personam locum aliquem in ordine civium proprio obtinentem, quem locum cum amittit capite minui dicitur. Putaque Hotomannus ad personam translationem esse quod de ipso ordine proprie loquendo dici debebat; ut ecce, cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. VINN. Vocabulum hoc è censibus Rom. profusissime ostendimus in Antiq. Rom. hoc tit. §. 1. Et sane semper fere veteres ita loquuntur: *censu sunt capita civium 260000.* Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis status mutabatur, nomen ejus è tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel caput exinebatur de civitate, l. 2. ff. de public. judic. Hinc caput pro statu, & capitis deminutio pro status mutatione dici cœpit. HEIN.

Status mutatio] l. 1. hoc tit. l. 2. de in int. rest. Greci, κατασκευας εναντιον κειμενων ελαττωσι: Status quoque vocabulum multa significat, sed in hoc tractatu accipitur dumtaxat pro eo jure quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scite Chremes apud Terentium in Eunuchio act. 14. scen. 7. v. 35. seq. his verbis complectitur: *dico eam esse libertatem, civem Atticam, meam iorem.*

Tribus modis] Tot enim necesse est sint genera capitis minutionis quæ sunt quæ in persona quoque civis considerantur, quorumque uno amisso status ejus commutatur, l. ult. hoc tit. Qui duo tantum genera faciunt

magnam & minorem, appellatione magnæ maximam et mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt; quod facit Ulpian. l. 2. §. 4. de suis & legit. l. 1. §. 8. ad renat. Terent. item Callistratus l. 5. §. ult. de extraordin. cognit. VINN. Frequenter Jureconsulti veteres eas species quæ habent mixtam cautionem negligunt, quasi confusam cum simplicibus; atque inde ejusdem rei modo tripartita modo bipartita distributio est. Rem omnem conficit vir. clar. Ger. Nood. probab. l. 12. qui & hoc ipsum exemplum refert obi. 11. 21. HEIN.

## TEXTUS.

## De maxima capitis deminutione.

1. Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit, quod accidit his qui servi pœne efficiuntur atrocitate sententiæ: vel liberis ut in gratia erga patronos condemnatis: vel his qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.

## L. 18. tit. 1. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

Cum omnia amittamus quæ habemus libertatem civitatem familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur, l. ult. hoc tit. Hoc autem iis semper accidit qui servi efficiuntur. Nam sublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic Regulus capitis minor Horatio, id est servus factus per civitatem, lib. 3. cæm. Ode 5. v. 42. De modis quibus quis in servitutem redigitur plenissime explicatum est §. pen. sup. de jur. peri. & nominatim de servitute pœne in §. 3. sup. quib. mod. jus. pat. pot. In gratia] Ita legit Pacius; alii ingrati. Hotomannus ingrati, ut subaudiatur criminis vel judicis. Usurpavit hoc jus Imperator Claudius, teste Suetonio in ejus vita c. 5. Esque de eo tit. in C. de libert. & cor. lib.

## TEXTUS.

## De media.

2. Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur libertas vero retinetur, quod accidit ei cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.

## L. 18. tit. 1. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

Cur sordibus olim aqua & igni interdici solitum.

Libertas retinetur] l. 2. §. 1. l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de interd. & releg. Obijci solet locus Callistrati in l. pen. §. ult. de extr. cogn. Sed locus iste haud dubie depravatus est, & pro veluti legendum vel, quomodo & in nonnullis codicibus legi testatur Accursius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit lib. 3. lect. 10. ex una particula veluti duas faciens vel uti. Nimirum Callistratus sub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas & qua civitas amittitur complexus est, quod & aliis familiare esse paulo ante monuimus. Nisi quis malitè cum Cujacio locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quasi jure Quiritium liber non sit qui in numero Quiritium non est, ut disputat Cic. in fin. orat. pro Cæcinnâ. VINN. Nihil est hæc Cujacii sententiâ verius; alia enim erat libertas juris gentium, alia juris Quiritium, quam laculenter explicavimus in antiq. Rom. adpend. lib. 1. §. 25. seq. illa capitis deminutione maxima, hæc & media eripiebatur. Liv. lib. 45. c. 5. Perclare rem omnem conficit vir clar. Ger. Nood obi. lib. 2. c. 21. HEIN.

1. Cui aqua & igni] Jure à majoribus tradito non licuisse civem, licet noxium, aut supplicio capitis afficere aut libertatem ei civitatemve adimere multi tradiderunt. Cæsar orat. sua apud Callistr. de bell. Cæcil. Cicero in suis pro Aul. Gallur. de bell. Cæcil. Cicero in suis pro Aul. Gallur. lib. 2. c. 10. Ceterum cum ad disciplinam publicæ vigorem omnino pertinere delicta & scelera malorum hominum impunita non relinqui; inventa ratio est qua civitate, salvo instituto majorum, expellebantur. Itaque aqua & igni sordibus interdici coeptum est, ut his duobus tanquam vitæ humane præsidia destituti, si exitium sibi paratum vitæ vellet in exilium proficisci cogenterent, inque aliam civitatem profugere, in quam cum essent recepti Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem (si quidem nulla exilia facta mentione hæc pœna irrogabatur), sed tacite tamen morte quodammodo multabantur, vique ipsa expellebantur ci-

vitate; cum solo aere vivere aut regi non possent, nec fas esset eos aut recto recipere aut aqua & igni ceterisque quibus vita continetur juvare, ut ex eadem oratione Ciceronis pro domo sua cap. 29. & 81. liquet.

In insulam deportatus] Deportatio species exilii fuit atrocissima, cum scilicet quis ita damnabatur ut bonis publicatis nervo aut compedibus vincus & in navim impositus à servis publicis in certam insulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Quæ pœna manifesto caput eximitur de civitate, civisque ad peregrinorum conditionem rediguntur, l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de int. & releg. Non uno autem 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 extr. cogn. Itaque vetusti iuris adhuc retenta, aqua & igni interdicitio nostri deportatos interpretantur, l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 2. de publ. jud. eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio faciendâ est. Consule Brisson. lib. 3. vel antiq. cap. 5. VINN. Proprie dici non potest deportationem successisse in locum interdictionis aquæ & ignis, sed eidem superadditam esse, quamvis prior locutione uratur Veteres locis à Vinnio allegatis. Mansit potius antiqua illa aquæ & ignis interdicitio etiam post inventam deportationem, Tacit. annal. 6. c. 30. Addece- tamen Imp. ut exules isti non ubi liberet sed in certa quadam insula viverent, Ulr. Huber. digest. 2. 3. 9. pag. 195. Auctor hujus instituti Augustus ut ex Dion. Cass. 55. p. 560. constat. Vid. Antiq. nost. lib. 1. tit. 16. §. 11. HEIN.

## TEXTUS.

## De minima.

3. Minima capitis deminutio est, cum civitas retinetur & libertas, sed status dominis commutatur: quod accidit his qui cum sui juris fuerint, caperunt alieno juri subiecti esse vel contra; veluti si filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.

## L. 18. tit. 1. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. Quomodo intelligendum quod Ulp. scribit minimam capitis deminutionem salvo statu commutari.

1. Non solum adrogatus capite minui sed etiam adoptatus, quamquam cum distinctione.  
 2. Emancipati cur capite minui dicantur, & numerum post, imagine servitutis sublata, capite minui desierint?

1. **S**ED status hominis] Minima capitis deminutio est per quam salva civitate & libertate status dumtaxat hominis mutatur, Ulp. in fragm. tit. de tutel. §. 12. Idem tamen Ulp. l. 1. §. 8. ad sen. Tertyll. scribit hanc capitis deminutionem contingere salvo statu. Quae videri possunt contradictoria. Et utique essent si vocabulum status utroque loco eodem modo acciperetur: nulla autem contradictio est si eo vocabulo quod est *subvultus* (anceps, & ad varia flexibile) non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo recte dicit hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico quem quis ut civis habet; recte item eandem non contingere salvo statu, sed privato quem quis habet in familia, l. ult. hoc tit. In definitione autem. *pr. hujus tit.* tradita, appellatio status utrumque continetur.

2. **Qui cum sui juris]** Qui se adrogandum dat manifeste capite minuit, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tabb. Liberos quoque qui eum sequuntur, de quo dictum §. pen. sup. de adopt. capite minui placet, quia & ipsi cum parente familiam mutant, l. 3. pr. ff. de cap. min. Sed etsi filiusfam. a patre in adoptionem detur dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit, l. 4. §. pen. de grad. & affin. quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quam si a non extraneo adoptatus sit, de quo sup. §. 2. de adopt. & §. 8. quib. mod. jus patr. potest.

3. **A patre emancipatus]** Emancipatos capite minui, jura agnationis & familie perdere, patri post emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum est ut de eo dubitari non oporteat. Cur autem emancipati capite minui dicantur hanc rationem affert Paulus d. l. 3. de cap. min. qua in imaginariam servilem causam deducuntur. Unde plerique conrudent hodie, sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, l. ult. C. de emanc. lib. §. 6. Inst. quib. mod. jus patr. pot. emancipatos capite non amplius minui; non magis quam illi capite minuuntur qui morte patris aut accessione dignitatis sui juris fiunt, l. 3. §. ult. de senat. Mac. Nov. 81. c. 2. Sed verendum ne illa Pauli ratio & ipsa aliqui

imaginarii habeat; certe adaequata non est. Nam primam constat in adrogationibus nullas venditiones aut manumissiones intervenisse, & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur hoc solo quod familiam mutarent. Deinde si sublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur, quid opus fuit ut Anastasius liberis qui sine isto ritu emancipantur jura tutelarem & successionem nominatim conservaret. si patens manumissor id peteret? l. 11. C. de leg. her. Po. extremo si jura agnationis & familie non amitterentur nisi interventu imaginarii illius contractus, necesse non erat Justinianum specialiter cavere, ut si quos dignitas patria potestate eximit eadem jura integra retinerent, d. Nov. 81. cap. 2. Quamobrem potius est ut à familia mutatione rationem petamus, quod & ipse Paulus facit l. ult. de cap. min. Sic igitur *servitio*: etiam post venditiones illas sublata recte dicit emancipatis contingere capitis deminutionem, propterea quod non minus nova quam veteri emancipatione familiam amitterent & pro extraneis haberentur, ut ex iis que jam dicta sunt liquet. Ceterum jure novissimo quo differentia agnationis & cognationis tum in successione tum in tutelis penitus sublata est, Nov. 118. c. 4. & §. vii est ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri possit. VINN. Pauli ratio solida omnino videtur. Hinc cum Virgines Vestales à Pontifice caperentur, id tanquam singulare privilegium notat Gellius lib. 1. cap. 12. quod captae sine emancipatione & sine capitis minutione à patris potestate exierint. Rationes Vinnii, quibus Paulum oppugnat, non sunt maximi ponderis. Nam quod ad primam attinet, unius rei plures cause esse possunt. Duo posteriora ex ipsis Anastasii & Justiniani legibus solvuntur. Nam quamvis in imaginarias venditiones susulerint, voluerunt tamen ut emancipationes Anastasiana & Justiniana ejusdem cum veteri effectus essent, perinde ac si venditiones istae fuerint adhibitae. HEN.

## TEXTUS.

4. **Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.**

## COMMENTARIUS.

**S**ervile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest inquit Paulus, l. 3. in fin. cod. Quod igitur hic ait Justinianus, ser-

## DE CAPITIS DEMINUTIONE.

vum nullum caput habere, idem est ac si diceretur servum nullum jus habere aut locum in terra illis que civium propria esse diximus, libertate, civitate, familia; ad que tria in hoc tractatu *capitis & status* vocabula referuntur, que alioquin per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, tit. ff. de stat. hom. & Inst. de jur. pers.

## TEXTUS.

## De mutatione dignitatis.

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

## COMMENTARIUS.

**D**ignitas quoque generali appellatione *status* continetur; ideoque qui senatu vel alio ordine movetur, recte dicitur circa statum dignitatis *plecti*, l. 5. §. 2. de extr. cogn. Sed quia ita moti existimatio dumtaxat minuitur, cetera autem que civem proprie constituunt salva manent ideo in hoc argumento dicitur capite non minui sed civis manere integri capitis, l. 5. ff. de senator.

## TEXTUS.

## Interpretatio §. ult. sup. tit. prox.

6. **Quod autem dictum est manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem, hoc ita est ut minima capitis deminutio interveniat manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interveniat jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alienatus cognatus; & ne quidem si manumissus fuerit recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit cognatio solvitur.**

## COMMENTARIUS.

1. **Jus sanguinis seu cognationis quod modis accipitur.**

2. **Manumissus non recipere cognationem servitutis amittam; at beneficio Principis restitutus recipere.**

**R**edit Imp. ad id quod §. ult. sup. tit. dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis solvi, sicuti solvitur agnatio; qua occasione oblata, simul de capitis deminutione, quo res ea planius intel-

ligeretur, disserendum putavit; docerque nunc quod de cognatione dixit eam capitis minutione non perinde ut agnationem periri, de minima accipiendum esse; maxime vero & mediam, utpote que mortalitati comparatur, l. 63. §. 10. pro soc. etiam intervertere jus cognationis.

1. **Jus quoque cognationis perit]** Huic loco ob stare videri potest quod dicit Pompon. l. 8. de reg. jur. jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. Sed sciendum est jura sanguinis sive cognationis bifariam accipi; vel plane naturaliter arque pro eo jure in quo sola sanguinis conjunctio spectatur, vel pro jure quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili dirimi potest; ut ecce, jus civile efficere non potest ut qui pater est pater esse desinat; qui frater desinat esse frater; ut nuptia inter patrem & filium, inter fratrem & sororem consistant. At posteriore modo acceptum certis personis admitti potest; ut pura, potest jus civile efficere ut ne filius patri frater fratri certo casu succedat aut ad honorum possessionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter rem cui tribuntur que est naturalis cognatio; tamen quia inter civem tantum instituta sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, l. 27. §. 1. de pign. unde fit etiam civili constitutione hoc est capitis deminutione perimantur; excepta tamen ea que salva civitate contingit.

2. **Ne quidem si manumissus]** Is qui servus aliqua ratione factus est cognationem manumissionem non recipit, ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati à prætoro non vocatur, l. 1. §. 2. l. 7. unde cogn. & inf. tit. Inst. de serv. cogn. in pr. Nam domibus quidem libertatem servo imponere potest & jus suum restituere; jus autem cognationis quod servitute amiserat ei restituere non potest. Plane qui servi poenæ effecti beneficio Principis restituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, l. 1. §. 4. ad Tertyll. l. 1. §. ult. l. 2. de bon. poss. cont. tabb. Atque hoc quidem jure veteri obtinebat, Justinianus autem postea etiam libertinos ad similitudinem ingenuorum succedere voluit, §. 2. inf. de serv. cogn. & novissime libertinos ingenus per omnia exequavit, excepto jure patronatus, Nov. 78. c. 2. Cognationem] Hoc est, jus quod propter cognationem, cum adhuc liber & in civitate esset, habebat. Ceterum ipsa cognatio aut san-



quibus conjunctio servientis non extinguitur; quia idcirco etiam nuptus post manumissionem in pudentio est, §. 10. sup. de nupt. In instam deportatus ] Deportati quoque jura cognationis amittunt sed a Principe restituti per omnia pristinum statum recipiunt, §. 1. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.

TEXTUS.

Ad quos agnatos tutela pertinet.

7. Cum autem ad agnatos tutela pertinet, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximior gradu sunt vel si plures ejusdem gradus sunt ad omnes pertinet: voluit si plures fratres sunt qui unum gradum obtinent pariter ad tutelam vocantur.

L. 9. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Qui proximior gradu ] Equum enim est ut illi onus tutelae subeant qui & ad successionem vocantur; vocantur autem soli agnati proximi, inf. tit. Inst. de leg. agn. succ.

Ad omnes pertinet ] Si plures sint agnati eodem gradu pariter omnibus tutela defertur, ll. §. 9. de leg. tut. nempe quia & ad hereditatem omnes simul admittuntur, §. 5. inf. de leg. agn. succ. Qui ergo si aliqui ex proximioribus vel etiam omnes mortui sint vel capite minui? Et quidem quandiu unus adhuc superest & in familia est, tutela penes

eum remanet, per l. 3. §. 5. de leg. tut. Ceterum si omnes decesserint vel capite minui sint, sequentes in tutela administrationem succedunt, d. l. 3. §. pen. Qua in re tutela legitima olim deferrebat legitima agnatorum hereditate, in qua placebat successionem non esse, hoc est, si proximi defecissent insequentium gradum non admitti, §. 7. inf. de leg. agn. succ. Enimvero nec in tutela semper admittitur successio: nam si proximus defecisset sit vel remotus sequens non succedat, sed in locum abeuntis alius a magistratu datur, arg. d. l. 3. §. 8. Idem dendum videtur & si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, arg. §. pen. inf. de curat. l. 10. §. 7. de exc. tut. tamquam si hic proximus gradus adhuc supersit. Novissima Justiniani constitutio legitima tutela cognatis juxta defertur ac agnatis, Nov. 118. cap. 5. ut Platonis quoque lege cautum imperatoris est ut res orphanorum sine agnis matris sui pergerit ll. 11. de legib. V. NN.

Et titulus nullius hodie usus est; cum enim agnationis & cognationis jura unum idemque valeant, Nov. 18. cap. 4. & §. filiusfam. testamentum condere possit, l. 4. tit. 4. lib. 5. Recop. minima illa capitis deminutio Romanorum quod ad nos attinet ad nihilum fuit redacta. Præterea cum damnatis ad mortem testamentum condendi jus sit, l. 3. tit. 4. lib. 4. Recop. dubitari nequit, quin etiam in metallum damnati et in carcerem perpetuo detrusi jura civitatis retineant. Hac igitur de causa maxima quoque & media capitis deminutio exolevit. Vid. Olan. Antinom. jur. civ. & Reg. tit. 0. n. 63. & seqq. ADDIT.

TITULUS XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Dig. lib. 26. tit 4. Cod. lib. 5. tit. 30.

Continuatio.

TEXTUS.

EX quatuor generibus in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est, tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi proprie legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis XII. tabb. ll. 1. & 3. de leg. tut. junct. l. 6. §. 1. de verb. sign.

Ex ratione lex XII. tabb. quæ tutelam agnatis idcirco defert quia heredes ab intestato sunt, inductum est, ut patroni libertorum suorum tutelam susciperent, quæ ideo legitima dicitur, l. 3. ff. de legit. tut. Ex

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum & libertorum tutela ad patronos libertorum eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur; non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hereditates libertorum libertorumque, si intestati decesserint, jussit lex ad patronos libertorum eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelam ad eos pertinere; cum & agnatos, quos ad hereditatem lex vocat; eisdem & tutores esse jussit: quia plerumque ubi successio est emolumentum, ibi & tutela onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque, quia si femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur cum alius sit tutor.

8. sup. de jur. nat. gent. & civ. l. 2. §. 5. de orig. jur.

Perinde accepta est ] Verbum ex legibus, ait Ulp. sic accipiendum est, tam ex legum sententia quam ex verbis, l. 6. §. 1. de verb. sign. Et Celsus scire leges, inquit, non est verbarum tenere, sed vim ac potestatem, l. 17. de legib.

Ubi successio est emolumentum ] Prudentum collectio fuit patronos ideo ad tutelam libertorum a lege vocari quia vocantur ad eorum intestatorum hereditatem, hoc argumento quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit quam quod & ipsos ad hereditatem 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 reg. jur. l. un. §. 4. C. de cad. toll.

L. 10. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Non quia nominatim ] Lex XII. tabb. patroni tutela defertur non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentiam hereditatum quæ ex ipsa lege patronis datur sunt, l. 3. pro. de leg. tut. Ulp. in frag. tit. de tutel. §. 2.

Per interpretationem ] Prudentum scilicet quibus permissum erat leges publice interpretari & consulentibus de jure respondere, §.

A femina manumittatur ] Interdum alibi est hereditas alibi tutela; quod fit, cum illi qui ad hereditatem vocantur non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si femina manumiserit aut consanguinea sine pupillo, d. l. 1. §. 1. quippe tutela virile munus est, ll. 16. & 18. de tutel. l. 2. de reg. jur. Excipiuntur marer & avia quibus libertorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant; ea tamen conditione ut inter gesta Senatuseonsulti Velleiani auxilio renuntiet, aut. matri & avie cum. aut. leg. C. quand. mul. off. tut. fun. pot.

TITULUS XVIIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

Exempli patronorum recepta est & alia tutela quæ & ipsa legitima vocatur; nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimorum tutor erit.

inf. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib. repetere quæ notavimus ad §. 6. Inst. sup. quib. mod. jus pat. pot. Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis XII. tabb. introducta est, quæ præcedens illa patronorum; neque enim ut lex patronos ad successionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem libertorum emancipatorum. Unde Ulpianus appellat in fragm. tit. de tutel. §. 4. Ceterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod parens qui filium manumittit patroni personam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, l. 1. si à par. quis man. hereditatem vocatur,

L. 10. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Tertia species tutelæ legitimæ, parentum est qui liberos impuberes contracta fiducia emancipant; id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. ult. Inst.

tur, l. 10. de sub. & leg. l. 2. C. ad ren. Tert. §. ut lat. inf. de leg. agn. succ. obtinuit ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quam fiduciaria, quasi & ipsa ad ratio-

nem legis XII. tabb. pertineret; quam etiam ob causam patens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, l. 5. in fin. de leg. tur.

## TITULUS XIX.

## DE FIDUCIARIA TUTELA.

## TEXTUS.

Filiam. à patre manumissi pater tutor est legitimus; eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est & alia tutela que fiduciaria appellatur; nam si patens filium vel filiam, nepotem vel nepotem vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quod defuncto, si liberi ejus virilis sexus existant fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris vel sororis vel ceterorum efficiuntur. At qui patrono legitimo tutore mortuo liberi quique ejus legitimi sunt tutores: quoniam filius quidem defuncti si non esset à vivopatre emancipatus post obitum ejus sui juris efficeretur nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Liberius autem si servus mansisset, atque 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 præcepit.

## L. 10. tit. 16. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

Generalis tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus sup. de leg. agn. tut. quia & ipsa vicem quadantenus legitimæ sustinet; ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipso jure tutores fiunt & excludunt Attilianos; unde & permixte iisdem locis quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis quæritur, ut hic & in Pand. l. 5. §. 10. & l. 4. de leg. tur. Ceterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem XII. tabb. ideo non legitima sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubie per abusivum vocabuli, quod cum in patre, cui aliqui soli id pro-

prie convenit, non voluisset, ad liberos ejus quasi hereditarium translatum est inopia alterius nominis, ut recte conjicit D. Hotom. Vinn. Proprie fiduciaria tutela fuit quam per similitudinem patroni suscipiebat pater naturalis qui remanipatum sibi ab euntore filium manumissit. rat. Ulp. in frag. tit. 12. §. 5. Adeoque hoc nomen ei tutelæ competebar quam superiore titulo legitimam parentum tutelam vocat Justinianus. Et sane cum contractus fiduciæ inter patrem naturalem & fiduciarium intercederet: vix excogitari potest ratio cur fratrum potius tutela quam parentum vocanda sit fiduciaria. Ceterum hæc tutela non minus ex interpretatione legis XII. tabb. fluit quam illa. Pater enim emancipatus velati patronus est; frater emancipati, patroni filius: ergo ad eundem mortuo patre tutela pertinet. Hein.

Filiorum suorum vel fratris vel sororis vel ceterorum. ] Observandum hic est, tres fiduciariæ tutelæ quasi gradus à Justiniano poni, quorum primus est filiorum, alter fratris vel sororis, tertius ceterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut parvus filii fratris, defuncto patre suo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt; sed etiam ipse pater filii sui 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 intelligitur.

At qui patrono ] *Πατριάρχης*. Videri enim poterat dicendum esse, hosce omnes esse tutores legitimis exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo legitimis fiunt tutoribus liberti. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex XII. tabb. non modo patronos verum etiam liberos eorum ad legitimam successionem liberorum vocat, & consequenter etiam ad tutelam, eadem videlicet ratione qua vocantur patroni. Pater autem aut frater filii sui aut fratris ab avo vel patre emancipati legitimi heredes non sunt; nec igitur legitimi tutores, l. 1. unde legit. l. 5. de cogn. Act.

## DE FIDUCIARIA TUTELA.

que hæc ratio generalis est, pertinens ad omnes personas quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Justinianus.

Quoniam filius quidem ] His verbis occurritur propositæ objectioni. Ratio autem diversæ juris quam hic Justinianus affert particularis est; & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos, si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestate patris sui in avi potestate retenti recideret; ideoque ex ratione Justiniani etiam in legitimam patris sui tutelam post mortem avi recidere debet. Nisi dicamus, in eo adhuc differentiam esse quod ad liberos patroni jus patronatus jure hereditario redit, ac proinde & tutela legitima que jus illud sequitur; prorsus ut liberus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hereditate pervenisset. At liberi non jure successionis sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt, quippe qui & exheredatus eandem potestatem reineat; neque ad patrem quantumvis heredem jus patronatus quod avus in nepote habuit transit per l. 1. §. pen. si à par. qui man. ut mirum non sit cum non succederet in tutelam qui non succedit in jus patroni, aut in potestatem quæ tutelæ causam dedit. Recte autem hic notant Interpp. fiduciarios tutores esse desiisse, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, l. 4. C. de leg. tur. Maxime vero jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte

penitus sublatum est, Nov. 118. cap. 4. §. 5. Vinn. Nostro Hispanorum jure parentes qui erga filios vehementiori sunt affectione ducti, eorum tutelam gerunt postquam è sacris paternis exierit. Potiori ratione earum rerum curam gerunt que pleno jure ad filios in potestate retentos pertinent; & proinde tutorum sortiuntur exitum; unde formula in libellis forensibus usitata hæc est: *como padre y legitimo administrador de mi hijo N.* Cum hæc in Hispania observari inuimus, putandum non est, id ea de causa fieri quod parentes per emancipationem jus patronatus in filios nanciscantur; nihil enim tam longe abest à simplicitate & ratione juris nostri. Addit.

Nec in tutelam ] Subaudi legitimam emancipatus recidit. Alioqui perspicue falsum esset nam ex fratribus in potestate reventis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ est alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomanus putat totum hoc adventitium esse, atque à glossatore annotatum.

Perfectæ ætatis ] l. ult. §. 4. C. de leg. her. Ætatem autem perfectam appellat quæ compleitur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, l. 1. §. 2. de min. ll. 4. §. 8. ff. de leg. tut. l. ult. C. end. l. ult. C. de his qui ven. ætat. Quæ notat Cujacius, & Pacius exscripsit, olim ita jus fuisse ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falsa esse ostendimus infra tit. Inst. de ex-cusat. §. 13.

## TITULUS XX.

## DE ATTILIANO TUTORE, ET EO QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Dig. lib. 26. tit. 5. Cod. lib. 5. tit. 34. & 36. Et L. 12. tit. 16. Part. 6.

## Continuatio &amp; summa tituli.

## TEXTUS.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

Progreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem nempe dativam sive Attilianam, cujus postrema ratio est; docetque quibus ex legibus, à quo magistratu, & quantum tutores dentur. Postremo nonnihil attingit quod ad tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

Si cui nullus omnino tutor fuerat ei dabatur, in urbe quidem à prætore urbano & majori parte tribunalium plebis tutor ex lege Attilia, in provinciis vero à præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.