ritur. Hoc jus atque hæc præscriptio fiscalis veteribus incognita fuit, uti liquet ex *l. nec allan.* 13. §. *item si quis* 9. *de hær. pet.* Jus Canonum eam inprobat *c. placuit.* 16. *q.* 3. nec apud nos recepta Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de præscript.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 82. *n. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc §. *& tit. C. de quadrien. præscript.* in usu non esse. Aliud tamen visum Groenevv. *hic tract. de legib. abrog. arg. decis.* 15. *cur. Holland.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE DONATIONIBUS.

Dig. Lib. 39. *Tit.* 5. 6. *C. Lib.* 8. *Tit.* 54. *Nov.* 162.

1 *Absolutam inter vivos donationem ad acquisitiones juris gentium pertinere.*

2 *Sitne donatio modus acquirendi, an titulus, sive causa.*

3 *Series hujus tituli.*

USucapionem, de qua proximè egimus, esse modum acquirendi jure civili extra controversiam est: utrum autem donatio quoque eò pertineat, ambigitur. Et quidem absolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potissima donationis species est, nemo opinor, tam est excors, qui juri civili adscribendam putet. Quid enim habet illa à jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale est quàm hominem homini bene facere? Ad liberalitatem natura propensi sumus, testibus Cic. *in Læl.* & Sen. *in lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quàm prodesse mortalibus. De quo Desiderius noster *in Chiliad.* Ad hæc, nihil magis rationi naturali convenit, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi, Demost. *aders. Leptin.* ex causa liberalitatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipso Justiniano §. *per traditionem.* 40. *sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens summam 500. solidorum insinuanda est. Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, an ideo manumissio ex jure civili est? Quamdam rerum vetita est distractio, an idcirco emptio, venditio, contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Planè cùm necessitas insinuandi donationem, quæ excedit supradictam summam, à jure civili sit, concedo, tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, *arg. l.* 6. *de just. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti, & maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris merè naturalis, sive gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa, & propter nuptias: quæ ad jus civile non ineptè referuntur, ut postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium à mortis causa donatione capitur: cùm alioqui converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est *in Pand. & Cod.* Occurrit hic & aliud dubium, sitne scil. donatio modus acquirendi dominii, an solummodo titulus sive causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit ut dicamus, esse acquirendi modum: contra vero causam tantùm acquirendi esse, probat *d.* §. *per traditionem.* 40. *de rer. div.* Verùm hoc non adeo difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo propriè pro ipsa donatione, quando scil. liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & actum in acccipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionem ipsam includat. Nam propriè donare nemo intelligitur, nisi qui & tradat: unde donare & dare promiscuè Jurisconsultus usurpat, *l.* 1. *hoc tit.* & donatio dicta quasi doni datio, *l. senatus.* 35. §. 1. *de mort. caus. don.* unde & Papinianus, *l.* 23. *de donat. int. vir. & ux.* donationem distinguit à stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymicè pro conventione de dando, cùm quis donationis causa aliquid promittit, *l.* 2. *l.* 12. *l. eum qui.* 22. *eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominii: posteriore non dominium, sed obligationem parit, ra-

rationemque contractus & tituli habet, *d. l.* 22. Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. VINN. Aſt neſcio, an ipſe Auctor rem confecerit. Ego ita ſentio. Tribonianus hic ſequutus eſt proculdubio ordinem Caji. Ejus autem tempore donatio omnino erat modus adquirendi dominium civilis. Nam tunc ex lege Cincia de donis & muneribus non valebat donatio, niſi interveniret mancipatio ſolemnis & traditio. Fr. Brummer. *ad l.* Cinc. *cap.* 13. Conf. *Novell.* 162. *cap.* 1. Poſtea Antoninus Pius nudam voluntatem ſufficere voluit in donationibus inter parentes & liberos. *l.* 4. *C. Theod. de don.* Idem de donationibus inter conjuges ſanxit Antoninus Caracalla, *l.* 32. §. 1. *ff. de don. int. vir. & uxor.* Conſtantinus M. poſtea literarum fide donationes fieri poſſe, conceſsit, modo poſtea ſequeretur corporalis traditio, *l.* 1. *C. Th. de don.* Remiſere has ſcripturas Theodoſ. & Valentinianus AA. ſed ita, ut *alia idonea documenta* adhiberentur. *l.* 29. *C. de donat.* Denique Juſtinianus & nudam promiſsionem valere juſsit, *l.* 35. & 37. *C. de donat.* Ex brevi hac juris hujus hiſtoria patet, rectè Cajum, aut quemcumque ſequutus eſt Tribonianus, donationem retuliſſe inter modos adquirendi, eoſque civiles, ob neceſſariam in donatione mancipationem, & traditionem. At minus recte Tribonianus putavit hunc ordinem ſervari poſſe, quia ſaltim quædam donationis ſpecies, puta donatio mortis cauſſa hunc referri poſsit. Conf. Averan. *Interpret. Lib.* 31. *cap.* 29. HEIN. Initio hujus tituli proponitur donationis diviſio: deinde explicantur ſpecies, non omnes quidem, ſed tres tantummodo, hoc ordine. Primùm agitur de donatione mortis cauſa; deinde de donatione ſimplici inter vivos; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum ſubjicitur modus antiquus acquiſitionis civilis ex cauſa lucrativa per jus accerſcendi.

TEXTUS.

De Donatione.

Eſt & aliud genus acquiſitionis, donatio. Donationum autem duo ſunt genera mortis cauſa, & non mortis cauſa.

NOTÆ.

Rubr. Donationibus) Donatio eſt, cùm quid nullo jure cogente conceditur, *l.* 29. *hoc tit.*

Acquiſitionis) Civilis ſcil. ut ordo arguit. At eò tantùm referendæ donationes impropriæ, mortis cauſa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur; non illa abſoluta inter vivos. Nam res ſuas quibuſve donare apud omnes gentes jus poteſtaſque eſt, §. 40. *ſub. de rer. div.* Demoſth. *adv. Leptin.*

Donatio) Donatio propriè eſt doni datio, *l.* 1. *D. h. t. l.* 35. §. 1. *De mort. cauſ. don* Eſtque modus acquirendi, quoniam & cauſam tradendi includit, & ipſam traditionem. Cùm autem accipitur pro conventione de dando, tituli ſeu cauſæ tantùm rationem habet, §. 40. *ſup. de rer. div.*

Duo genera) Utriuſque tamen generis plures ſunt ſpecies, *leg.* 8. *D. h. t. l.* 2. *l. D. de mort. cauſ. don.*

COMMENTARIUS.

REctior fortaſsis erit diviſio, ſi dicamus donationem aliam eſſe propriam, aliam impropiam, *l.* 1. *hoc. t.* eſt enim donatio ex eorum generum numero, quæ πρὸς ἕν dicuntur, nec pariter ſubjectis ſpeciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque abſoluta, *l. ſenatus.* 35. §. 2. *de mort. cauſ. don.* eſt, cùm quis ſolius liberalitatis gratia ſic aliquid dat, ut ſtatim velit accipientem fieri, neque ullo caſu ad ſe reverti, *d. l.* & *d. l. ſenatus.* 35. §. 2. Impropriæ donationis variæ ſunt ſpecies. Talis eſt donatio propter nuptias, de qua §. 3. *inf. eod.* Tales ſunt donationes omnes, quæ ſub modo, cauſa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ ſub modo.* & in ſpeciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propius aut longius à vera donatione receditur. Sic item quod honorarium nomine datur pro officio & opera præſtita, & in factis, quæ locari ſolent, merces diceretur, in ſpeciem meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, niſi quod nullo cogente conceditur, *l. donari.* 29. *hoc tit.* τὸ χαρὶς ἀνάγκης διδόμενον. Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 1. Et hoc eſt, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam propriè donationem non eſſe, *per l. hoc jure.* 19. §. 1. *l. Aquilius.* 27. *eod.* Talis denique donatio mortis cauſa, propterea quod ex caſu reſolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari poteſt.

TEXTUS.

De mortis cauſa donatione.

1. *Mortis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis*

vit: fit suspicionem, quum quis ita donat, ut si quid humanitas ei contigisset, haberet is, qui accipit; sin autem supervixisset, is qui donavit, reciperet; vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret; & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant; à nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere quàm eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quàm hæredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:

Πειραῖ, ὅ γάρ τῆς ἴδμεν ὅπως ἔςαι τάδε ἔργα,
Εἰκεῖ ἐμὶ μνηςῆρες ἀγήορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες πατρώϊα πάντα δάσωνται
Αὐτὸν ἔχοντα σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε,
Εἰ δὲ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Αἶ τοῖ' ἐμοὶ χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων

Hoc versus sic vertere licebit.

Cùm, Piræe, homines lateant secreta futuri,
Si me forte proci sceleratis ad Styga mittant
Insidiis, patriasque velint erciscere prædas;
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sin ego eos justis prosternam cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddas.

NOTÆ.

1. *Mortis suspicionem.*) Vel solam etiam cogitationem mortalitatis ex sorte humana, *l. 2. & aliquot seq. l. 35. §. 4. D. de mort. caus. don.*

Cum quis ita donat) Hoc expresso scil. etiamsi in extremis vitæ quis constitutus sit: alioqui non tam mortis causa, quàm moriens dedisse videtur, *l. 42. in fin. eod.*

Si quid humanitus) Quo verbo mors significatur, *l. 26. pr. depos.*

Eam formavit) Ut quinque adhibeantur testes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto testamento, *l. ult. §. ult. C. de codicill.*

Quàm Hæredem suum) *D. l. 1. 35. §. 1. D. hoc tit. Apud Homerum*) *Odyss. 17. v. 77.* Hic locus arguit, etiam mortis causa donationem ratione facti juris gentium esse.

COMMENTARIUS.

1 *Ex verbis donatoris æstimandum an donatio facta sit ob suspicionem mortis: & citra talem suspicionem mortis quoque causa rectè donari.*

2 *Quibus in rebus similitudo hujus donationis convenientia cum legatis cernatur.*

3 *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia.*

QUÆ propter mortis fit suspicionem) Cum quid metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem susceptur sit, si iturus in militiam, si grassetur pestilentia, &c. *l. 2. & aliquot. seq. l. senatus. 35. §. mortis. 4. hoc tit. de mort. caus. don.* Cæterum an 1
propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem, à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tamen mortis causa, quàm moriens donasse censetur, *l. si mortis. 29. l. Seja. 42. in fin. eod.* D. Tuld. *com. hic cap. 4.* Hodie tamen in dubio mortis causa factam præsumi, & in Gallia sic judicatum referunt Autum. *conf. jur. ad d. l. 42.* & Bugn. *lib. 5. d. l. abrog. cent. 16. fac. l. fulcimus. 43. eod.* etiam extra suspicionem ullius periculi & à sano atque in bona valetudine constituto mortis causa rectè donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *d. l. 2. & d. l. 35. §. 4. eod.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne aliàs pura & simplex habeatur donatio. Quod si considerasset Hotomannus, abstinuisset, credo, à reprehensione Jurisconsultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temere pronunciasset, nullam esse mortis causa donationem, cujus non mortis periculum causa sit. Si Titio centum donavero præstanda post mortem, donatio inter vivos est: nam tempus adjectum differendæ solutionis causa ad substantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto consultum respondisse. Add. Fachin. 5. *contr. 22.* Non solum aurem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis *l. 11. l. mortis. 18. hoc tit. de mort. caus. don. l. 3. C. eod.*

Quum quis ita donat) Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cùm mors fuerit insecuta, *d. l. 2. eod.* Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum,

quod

quod metuebat, evaserit, *l. si mortis. 29. eod.* Priore condictionem habet, *l. senatus. 35. §. 3. eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores *leg. qui mortis. 30. eod.* sublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatio ipso jure resoluta, *d. l. 29.* add. Gomez. 2. *resol.* 4.

Si quid humanitus) Ἀνθρωπινόν τι. Si quid humanum *l. 26. per depos.* Veteres ominis causa sic loquebantur: *Si quid mihi acciderit*, ἐὰν τι συμβῇ, ἐάν τι πάσχω, pro, *Si moriar. l. 162. §. 1. de verb. sign.* Abstinebant à mortis vocabulo tamquam ominoso.

Sin autem supervixisset, &c.) Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita; si donator salvus evaserit; quòd hic dicitur *supervixerit*; si donationis eum pœnituerit; si donatario supervixerit, *l. mortis. 16. d. l. 29. & seq. eod. l. non omnis. 19. de reb. cred.* Si salvus evaserit, sic accipe, licèt donatarius adhuc vivat. Si supervixerit donatario sic, etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Planè si quis sanus & valens extra suspicionem alicujus periculi sola cogitatione mortalitatis commotus donaverit; non puto irritam fieri donationem, si forte donator morbum aliudve periculum, in quod postea incidit, evaserit: nam nihilominus causa donandi manet, Soar. *in recept. lit. D. num. 29.* D. Tuld. *comm. hic c. 5.*

Ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia) Fere scilicet: quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem, *l. ult. C. hoc tit. de mort. caus. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter & per omnia, sed κατὰ τι & maximè ratione effectorum. In aliis verò magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exem-
2 plorum declaretur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quòd quemadmodum in omni voluntate, quæ testamentum non sit, quinque testes desiderantur, *l. ult. §. ult. Cod. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *l. ult. Cod. hoc tit.* 2. Quòd, sicut legata à vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris insecuta sit, *l. si mortis 29. & l. seq. l. non videtur 32. hoc tit.* 3. Quòd, sicut dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit in legatarium, ita res mortis causa donata nec ante traditæ statim à morte donatoris in donatarium, *l. 2. de Pub. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem fallum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *l. qui mortis 30. hoc tit.* tradunt, & sequitur Gomez. 2. *resol.* 4. *n.* 20. Dominium rei mortis causa donatæ statim ut donatio facta est, transire, etiamsi traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; sive cum legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. 4. Quòd sicut legatario substitui potest, ita & nostro donatario, *l. 1. C. eod.* 5. Quòd hæc donatio perinde ut legata lege Falcidia imminuatur, *l. Seja 42. §. 1. hoc tit. l. 2. Cod. eod.* 6. Quòd in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eamdem rem, *l. un. l. hæ autem 14. C. de cad. toll.* Gomez. 1. *resol.* 10. *num.* 7. 7. Quòd quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l. 9. §. ult. & ll. seqq. de donat. int. vir. & ux.* 8. Postremò quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. hoc tit.* Dissimilitudo & discrepantia elucet in his. 1. Quòd mortis causa donatio sic fieri potest, ut nullo casu revocetur, *l. si alienam 13. de mort. caus. don.* quod secus est in legatis, *l. si quis 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat.* Quamquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, & effectu esse donationem inter vivos, *l. ubi ita 27. eod.* Idque eleganter ostendit D. Joan. Decker *dissert. 1. n. 40. & seq.* 2. Quòd donatio hæc ab aditione hæreditatis sicut legatum non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l. non videtur 32. eod. fac. l. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut indig.* Clar. *lib. 4. §. donatio, qu. 5. n. 2.* 3. Quòd donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex: itaque illa ad hæredes pertinet, at primi anni legatum dumtaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarii ante diem non transit, *l. senatus 35. §. ult. hoc tit. l. 4. de ann. legat.* 4. Quòd in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *l. in mortis 12. hoc tit.* cùm in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur, *§. in extraneis 4. infr. de hær. qual.* 5. Quòd donatio fit inter duos, legatum autem propter voluntatem unius testatoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem con-

conferri potest, donatio autem à præsente in præsentem conferenda, *l. inter mortis* 38. *hoc tit.* aut utique in absentem per nuntium aut litteras, ut sciat, & donationem accipiat, *l.* 10. *eod.* Mantic. *de conject. ult. vol. l.* 8. *tit.* 1. *num.* 36. Quòd si quis absenti & ignoranti se donare quid simpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommissi ex communi interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. senatus* 35. §. 3. unde etiam illud est, quòd filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest, quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l. tamis* 25. §. 1. *eod.* Vulgo DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cùm in esse producitur: effectu autem, & cùm in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum hoc per omnia verum non esse, tum numerus testium & remissio insinuationis liquido ostendit, tum quòd hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

Cum prudentibus ambiguum fuerat) Familiare Justiniano est, cùm quid quasi novum constituit, veterum Jurisconsultorum allegare ambiguitatem, in quo tamen sæpe fallitur & fortasis etiam hoc ipso loco. Sanè in responsis veterum nullum hujus ambiguitatis vestigium apparet. Tradunt illi, quòd hic à se factum ait Justinianus, donationes mortis causa ad exemplum legatorum esse revocatas, *l. Marcellus* 15. *l. illud* 27. *eod. l.* 2. *de Pub. in rem auct.* Mansit tamen adhuc nonnullum inter hæc discrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet: nec hoc discrimen à Justiniano sublatum est.

Magis se quis velit habere, &c.) Ex Marciano, *l.* 1. *eod.* Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum quàm se habere mavult: in donatione autem mortis causa, qui donat se primùm & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quàm dedisse mavult. In summa, se potius habere vult quàm eum, cui donat: illum deinde potius quàm hæredem suum, *d. l. senatus* 35. §. 2. *eodem.*

Sic apud Homerum) *Odyss.* 17. *v.* 77. ubi Telemachum ex peregrinatione reversum, quam patris Ulissis conquirendi causa susceperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vasa illa aurea & argentea, quibus Telemachus à Menelao donatus erat, quæque secum Piræus asportarat, quæsitum mittat; ancillis Telemachi se traditurum. Cui Telemachus in hanc sententiam respondet: Piræe, quoniam incertum est, qualis harum rerum exitus sit futurus, si me feroces proci domi ex insidiis nocent, paternasque opes diripiunt; malo te vasa hæc tibi habere quàm illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum afferam, tum verò tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Est & mortis causa donatio in *Alcestide* Euripidis, ubi sic Hercules. γυναῖκα τὴν δέ μοι σῶσαι λαβών, &c. Adi de hac donatione Covar. *rubr. de testam. p.* 3.

TEXTUS.

De simplici inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro Principum dispositiones insinuare eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum; constitutio nostrà eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minimè desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quòd etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est; donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam, secundùm enumeratos in constitutione nostra modos.*

NOTÆ.

2. *Perficiuntur autem*) De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio, & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præstatione promissi.

Nostra constitutio) *Leg.* 35. §. *ult. C. eod.* ubi pacto donationis causa facto verbis in præsens conceptis, veluti *dono tibi centum aureos*, eamdem vim tribuit, quam habet stipulatio, ut ex eo obligatio & actio nascatur, contra regu-

gulam juris antiqui, *leg.* 7. §. 4. *D. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum pariens conditionem ex lege *per l.* 6. *d. tit.*

Ad 500. *solidos*) Ad 300. primùm *l.* 54. *C. eod.* novissime ad 500. *l. pen.* §. *ult. C. eod.* Sed definitum modum excedens insinuata non est, non in totum irrita, sed quatenus excedit, *d. leg.* 34. *Nov.* 162. *cap.* 1. §. *ult.* τὸ ὑπέρπλεον μὴ ἰσχυέτω. Bas. 47. *tit.* 1.

Nostris constitutionibus) *L.* 33. *d. l.* 34. *pr.* §. 1. *penult. & ult. l. C. eod.*

Ex certis causis) Insignis ingratitudinis, cujus generis causæ enumerantur quinque, *leg. ult. C. d. t.* Plerique addunt & aliam, supervenientiam scil. liberorum, ex *l.* 8. *C. eod.* quæ tamen constitutio tantùm de donatore patrono & liberto donatario loquitur, nec à Græcis extenditur. Basil. 47. *tit.* 2. Harm. 3. *tit.* 2. Vide fusius in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*

2 *Non ex quolibet pacto donationis causa facto obligationem ex const. Just. nasci.*

3 *Errare eos, qui putant, simplex pactum donationis vi constitutionis Just. parere actionem, in rem.*

4 *Donationes, quæ insinuationem non desiderant, recensitæ.*

5 *Ad uberiorem exitum donationum à Justiniano quæ inventa?*

6 *Neque hæredem donatoris revocare donationem, neque ab hæredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus posse.*

7 *In* l. si unquam 8. C. de rev. don. *constitui jus singulare, quod non producendum ad consequentias.*

AGitur hìc de donatione propria. Quæ alias vera, absoluta, & mera, *l. senatus* 35. §. 2. *de mort. ca. don. l. Aquilius* 27. *hoc tit.* alias simplex, *l. si filia* 20. §. *si pater* 3. *fam. erc. l. cum multæ* 20. *C. de don. ant. nupt. leg. pen.* §. 1. *C. de collat.* alias directa, *l. donatio* 25. *hoc tit. C. de donat.* alias inter vivos, ut hic & *leg. ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* appellatur. Descripsimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis) Hotom. Wesemb. Giphan. *omnino non*; ita enim esse in veteribus libris, ut sit sensus, Donationes inter vivos nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legisse apparet paraphrastem Græcum; vertit enim μαδαμῶς. Et sunt sanè hæ donationes planè dissimiles legatis neque natura, neque proprietatibus, neque forma, neque effectu ullam cum legatis societatem habentes. Pro tuenda tamen vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quòd in utroque sit causa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi sutile & valde puerile esse videtur; cùm nullæ res tam sint dissimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non possunt) Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio, facile & sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in se semper conditionem habet, ut revocari liceat. Vera autem donatio natura sua irrevocabilis est, ἡ δωρεὰ δόσις ἀναπόδοτος ait Aristot. 4. *top.* 4. nam quod hanc etiam aliquando revocari licet, id ex accidenti est & facto donatarii pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *l.* 1. *hoc tit. l. ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* Utique tamen si præsciviſſet donator ingratum fore donatarium, abstinuisset dubio procul à beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

Perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam) Poterat hæc res plenius & planius proponi, & poterat æquè paucis verbis. Ait, donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, *l. absenti* 10. *hoc tit. l. hoc jure* 19. §. 2. *eod.* quippe datio acceptione confirmatur: nec potest videri datum, quod non est acceptum. Et rectè in illum locum Comici, *dos est decem talenta. Accipio.* Vetus interpretes, *nisi*, inquit, *dixisset, accipio, dos non esset.* Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emptio & venditio: non est igitur perfecta habenda, antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto casu comprehenso *l.* 15. *C. de sacrof. Eccles.* favore Ecclesiæ. Denique in omi conventione consensum mutuum intervenire oportet. VINN. Sed ex his locis vix probari potest acceptationis necessitas. Nam *l.* 10. *& l.* 19. §. 2. *ff. de don.* loquuntur de acceptione reali. Locus Terentii ex *Andr. Act.* 5. *scen.* 4. *v.* 47. non pertinet ad pactum donationis, sed ad contractum verbalem, qui veteribus dicebatur *dotis dictio.* Vid. *Antiq. Rom.* nostr. *lib.* 11. *tit.* 7. §. 4. Immo nulla lege acceptationem hanc exigi pereruditа dissertatione *de differentiis juris Rom. & Germanici in donatione & acceptatione* docuit Vir Perillustris Jo. Petrus à Ludewig, Acad. Fridri-

dricianæ Cancellarius, & olim Collega mihi conjunctissimus. Neque tamen res ipsa ideo neganda, quum ex natura pactorum fluat, quod utrumque consentire oporteat in unum placitum, quod fieri aliter non potest, quam id quod donatur vel verbis, vel factis accipiendo, maximè quum non semper dona grata sint, & sæpe locum habeat illud Severi: Οὔτε πάντα, ὅτε πάντοτε, ὅτε παρὰ πάντων. *l. 6. §. 3. ff. de off. proconf.* HEIN. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantùm gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim verè & plenè demum perficitur & consummatur donatio, doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio perfici dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. *inf. de empt. & vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quàm res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus hoc loco id tantùm indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto, donationis obligationem introducens, *l. si quis argentum* 35. *C. hoc tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *l. jurisgentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *de pact.* Sic est; perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est. Immo non prius propriè dicitur esse donatio, quàm res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam ut ostendimus *ad rubr.* donatio propriè ipsam translationem rei significat, & potest etiam incipere statim à traditione, & perfici citra conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adstringit necessitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata est in personam actio. Conventio hujus generis una tantùm olim fuit stipulatio. Justinianus autem eamdem vim tribuit etiam pactioni nudæ, *d. l. si quis* 35. §. *sed si quidem* 5. *C. hoc tit.* unde pactum donationis hodie pactum est legitimum, *arg. l. 6. de pact.* & ibi Cujac. Neque tamen ex quovis pacto donationis causa interposito obligationem nasci voluit Justinianus: sed ex eo tantùm, quo quis in præsentia se donare dicit, verbis in præsens non in futurum conceptis, veluti si quis dicat: *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *d. l.* 35. *si donaverit, si donationem faciat fecerit've, ut tradat, quod donaverit.* Quòd si quis donaturum se pacto promittat; manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur, *per l. præcipimus* 32. *in fin. C. de appell. l. sanximus* 27. *C. de testam.* add. Parlador. 2. *rer. quotid.* 3. *num.* 9. D. Tulden. *hic c.* 2. Perspicuè autem errant Contius *lib.* 1. *disp.* 12. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 3. dum existimant, quod Justinianus constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantùm eò pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, necesse habeat tradere; sed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quasi simplici pacto dominium ei quæsitum sit. Non enim majorem vim Justinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quàm stipulationi. At si stipulatio intervenerit, veterem actionem ex stipulatu relinquit: quæ utique cùm in personam sit, arguit, dominium non esse translatum. Si omissa sit stipulatio, condictionem dat ex lege, *d. loco*, & apertius *Nov.* 162. *cap.* 1. Atqui nulla quoque condictio, quæ non sit actio in personam, §. *appellamus* 15. *inf. de act.* Denique ipse suprà §. *per traditionem* 40. *de rer. div.* nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam *leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis) Quemadmodum emptio venditio perficitur simul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione statim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere potest ad rem tradendam, *infr. de empt. & vend. in pr.* & §. 3. ita ex constitutione Justiniani, simul ac donator sive scriptura, sive verbis quibusvis idoneis se quid donare declaraverit, etiamsi nulla intervenerit stipulatio: acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator rem tradere cogatur. Porro an sicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis; sit contractus: item an ut donator, ita quoque & venditor rem præcisè tradere teneatur; an liberetur præstatione ejus, quòd interest; inquirere non est hujus loci. Illud constat, non easdem esse præstationes donatoris & venditoris; donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri, donatorem in quantum facere potest, venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item, *l.* 18. §. *ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio ejus, qui ea utitur: cui scopo si serviat, cætera similia sint, an dissimilia, parum refert.

Insinuari actis intervenientibus volebant, &c.) Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterum prospexit, ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset.

Et rectè: expedit enim Reipubl. ne quis temere patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat; hoc enim est re sua male uti, eamque perdere. Modum donationibus primùm imposuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit.* 1. scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si conjunctis personis donaretur. Quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur, per *l.* 3. *C. Theod. hoc tit.* Unde existimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandam litteris publicis, quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *l.* 5. *C. Theod. l. data.* 37. *C. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit, primùm ad trecentos, *l. sancimus.* 44. *C. eod.* deinde ad quingentos solitos *l. pen.* §. *ult. C. eod.* atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si verò hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam esse voluit, quàm si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset: sed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *d. l. sancimus.* 34. *Cod. hoc tit. Nov.* 162. *cap.* 1. §. *ult.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. Gomez 2. *resol. cap.* 4. Perez. *C. h. t. num.* 35. Sande *lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 3. VINN. Multa hìc cumulat auctor, nec certa satis, nec accurata. Incertum modum à lege Cincia donationibus præfinitum fuisse ducentorum aureorum; siquidem multo majores donationes à Plinio factas novimus ex ejus *Lib.* 6. *Epist.* 25. & 32. *Lib.* 7. *Ep.* 14. *& alibi.* Incertum ergo non minus, Constantinum vel potius Constantium Chlorum in *l.* 1. *C. Th. h. t.* legem Cinciam sustulisse, quum eam potius magis reddiderit rigidam, imposita insinuationis necessitate. Plura in eam rem præter Jac. Gothofredum, & Fr. Brumerum notavit V. C. Schulting. ad Ulpian. *tit.* 1. *p.* 561. Ego id moneo, locum Arnobii *adv. gent. lib.* 11. *p.* 91. nec de hoc capite legis Cinciæ videri intelligendum, nec de altero quod in donatione solemnitatem mancipationis exigebat: sed de donis & muneribus à patrono caussarum non accipiendis, quod aliquoties revocatum in usum, jam à Claudii temporibus cœpit obsolescere. HEIN.

Usque ad quingentos solidos) Quæ summa nostra moneta efficere creditur 2500. Caroleos. Taxatur enim solidus, qui & aureus (ut patet, ex innumeris locis, & collatione sequentium, *l.* 5. §. *prætor ait.* 6. *de his, qui eff. vel dejec. cum* §. 1. *inf. de obl. quæ ex del.* item *l. pen. & ult. de in jus voc. cum* §. *ult. in fin. inf. de pœn. lit.* item *l.* 8. *in fin. & l.* 9. *de inoff. cum leg. cum ex falsis.* 47. *de man. test.*) centum sestertiis, sive quinis Caroleis, aut duobus secutatis sive coronatis. Grot. *sparf. flor.* Quamquam non idem perpetuo pondus, nec constans solidi æstimatio fuit. Qua de re consulendi Budæus *de aff. l.* 3. *&* 6. Hotom. *de re numm. cap. de numm. aur.* Covar. *de collat. vet. numism. cap.* 2. Dictus verò est solidus, non quia ex puto & solido aureo erat; sed quia nummus erat integer, & ad differentiam semissium & tremissium, qui valebant dimidiam & tertiam solidi sive aurei partem.

Quæ insinuationem minimè desiderant) Harum numero sunt donationes principales, quas scilicet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, *l. sancimus.* 34. *Cod. hoc tit.* item donatio propter nuptias, *Nov.* 117. ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco est, ὅτε τὴν διὰ τὸς γάμυς δωρεὰν, &c. Postea distinctio aliqua adhibita, *Nov.* 127. §. 1. *auth. eo decursum, Cod. de don. ant. nupt.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina comsumptarum, aut si quid fortissimis militibus donatum sit à militum magistris, quanticumque sit pretii quod donatum est, valet donatio, etiamsi auctorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr.* §. 1. *&* 2. *Cod. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem respiciunt, dubitatum est, aliquone privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum censeri. Ratio dubitandi, quia cum adhuc cæteræ donationes, quæ trecentos solidos superarent, insinuationem desiderabant; in pias causas collatæ usque ad summam quingentorum solidorum stabant etiam sine insinuatione, *dict. l.* 34. §. 1. Unde dicendum videtur, postquam constitutum est, ut quævis donatio usque ad 500. solidos etiam sine monumentis valida sit, *d. l. pen. in fin.* privilegium, quod donationes in pias causas factæ habuerunt, proportionaliter producendum esse, atque hujus generis donationes etiam sine fide monumentorum subsistere debere ad minimum usque ad solidos septingentos. Communis tamen DD. in *l. illud.* 19. *C. de sacros. Eccles. & d. l.* 34. *hoc tit.* sententia est, donationum ad pias causas nullum amplius esse privilegium, sed in his idem, quod in cæteris observandum, ut

ut si 500. solidos excedant, actis eas insinuare necesse sit, propterea quod Justinianus privilegium piæ causæ expressè non auxit, immo potius substulisse videtur, *d. l. pen.* cùm sancit, ut id, quod antea jus singulare erat piæ causæ, jus commune esset omnium donationum, quæ non simpliciter à necessitate insinuationis exemptæ sunt.

Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum) Huc refero, quod Justinianus constituit, ut majoris summæ donationes, quæ actis inscriptæ non sunt, non omnino, sed tantùm quatenus legitimam summam excedunt, vitientur, *d. l.* 34. §. 1. *hoc tit.* Item ut plurium donationum eidem, sed diversis temporibus factarum summæ non simul æstimentur, sed cujusque donationis separatim & distinctè, utque idem fiat, cùm annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *d. l.* 34. *pen. & ult.* Postremò quod rejici jussit verba, quæ in donationibus poni solita erant, *sestertii, nummi unius, assium quatuor*, &c. *l. ult. C. eod.* nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio, seu mancipatio, quoties scilicet res, quæ donabantur, erant mancipi: alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob causam qui volebat donare, cogebatur simulare venditionem, & dicis causa unum nummum accipere, adi Cont. 1. *disp.* 16.

Si tamen ingrati) Simplex & mera donatio temere, ut supra dictum est, revocari non potest: non sola pœnitentia, ut donatio mortis causa, ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum si insignis sit illius ingratitudo, & talis, quæ scelere affinis sit aut conjuncta, etiam hujusmodi donationem revocare merito & tamquam ab indigno auferre concessum est, *l. ult. C. de revoc. don.* Poteritque eo nomine vel judicis implorari officium, vel agi condictione ex *d. l. ult.*

Donatoribus licentiam præstitimus) Donatoribus solis, non etiam hæredibus eorum, *l. his solis.* 7. *l. ult. C. de rev. don.* quippe actio, quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujusdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo personalis est, atque actioni injuriarum in hoc similis: quam constat hæredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, *d. l.* 7. junct. §. 1. *inf. de perp. & temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterint, *arg. dd. ll.* Quinimmo nec videtur rectè posse objici ingratitudo successori ejus, cui donatum est: longèque alia est ratio feudi, quod non tantùm primum investitum, verùm etiam successores ejus ad certa officia præstanda obligat.

Ex certis causis) Quæ numero quinque exprimuntur *d. l. ult.* & nimirum hæ: si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit: si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidietur: si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit: si conventiones donationi appositas implere nolit. Enim verò licet plures causas non enumeret Justinianus, atque ob eas tantumodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat; assentior tamen communi DD. sententiæ, qui negant, similes & majores causas ob id excludi oportere, uti rectè iidem etiam admittunt causas alias exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov.* 115. *cap.* 1. de quo uberius *inf. de inoff. testam.* eoque jure utimur, Grot. 3. *introd. c.* 2. Additur à DD. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos susceperit, *per l. si unquam.* 8. *Cod. d. tit.* Tametsi enim ea lex tantùm loquatur de patrono & libertis, quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcumque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento: quòd donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset donaturus fuisse credi non debeat; cùm nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus.* 102. *de cond. & dem. l. cum acutissimi.* 30. *Cod. de fideicomm.* Ego verò, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d. l. si umquam.* 8. minime fuisse. Cur enim de patrono tantùm locutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui generalis est constitutio ad Præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti speciem directa. Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere, *l. si verò.* 64. §. *pen. fol. matr. l. quod constitutum.* 21. *de test. mil.* Est verò etiam jus illud novum constitutum contra manifestam rati onem juris communis, *l.* 5. *C. de obl. & act. cum similib.* ut interpretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *l. quod verò.* 14. *de le-*

legib. ideoque nec Græcis extenditur, *Basil.* 47. *tit.* 2. Harmen. 3. *tit.* 2. nec aliter *l.* 3. *C. Theod. de revoc. donat.* quæ eadem est cum *d. l.* 8. interpretatus est Anianus, qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Justinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur: ac ne apud Justinianum quidem, qui cùm liberorum jura ubique non servaverit modò verùm etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certè ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt, *c. ult. c.* 17. *q.* 4. ubi Augustinus, laudans factum S. Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *dict. l. cum avus* 120. *de cond. & dem. dict. l. cum acutissimi* 30. *Cod. de fideic.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cùm forte unum filium haberet, donavit, & postea plures suscepit: neque quod revocatur, liberis acquiritur, sed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam iis iterum liberum de eo disponendi arbitrium habeat. Quid quod amissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quosvis etiam extraneos factæ nemo nisi liberis carens plenè & purè donare intelligeretur? Nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est, constitutio locum habet; de quo opulentius nos *lib.* 2. *sel. quæst. c.* 32. Proculdubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, Connani *lib.* 5. *comm.* 10. Donell. *ad dict. l. si unquam.* Ant. Fab. 7. *conject.* 14. & 15. Bachovii *in Treutl. disp. de donat.* asserentium, in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem à Constantino introductam atque approbatam esse: quamquam contraria sententia communis est, & in praxi obtinet, ut inter alios testantur Tiraquell. *in dict. l. si unquam.* Mynsing. 5. *obs.* 83. & secundùm hanc judicatum à Senatu Parisiensi, Papon. *lib.* 11. *syntagm. titul.* 1. *de donat.* §. 20. add. Christin. *volum.* 1. *dec.* 340. & *vol.* 4. *dec.* 192. *cum allegat.* Grot. *lib.* 3. *introd. cap.* 2.

TEXTUS.

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3. *Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur: & numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem Divus Justinus pater noster, cùm augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio, sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantùm, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exæquentur; ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solùm augentur, sed etiam fiunt; ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solùm antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, & constituantur.*

NOTÆ.

3. *Et constante matrim.*) Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quo donatio inter conjuges prohibetur, *l.* 1. & *tot. tit. D. de don. int. vir. & ux. & C. eod.* Extat Justini constitutio *in l. pen. C. de don. ant. nupt.*

Nomen inconveniens) Quia poterat constante matrimonio augeri. Nunc ex sententia Justin. & augeri, & constitui potest.

Constituimus) *L. ult. C. eod.* alia extat *Nov.* 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omnino respondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

COMMENTARIUS.

1 *Donationes, quæ inter sponsum, & sponsam fiunt, sensim ita formatas, ut veræ donationes, & juris gentium esse desierint.*

2 *Quid primùm circa has donationes à Constantino constitutum?*

3 *Quid procedente tempore ab aliis, & num. 5.*

Rei

4 *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non transire.*

5 *Constitutionem Justin. de æqualitate dotis, & donat. propt. nupt. publicæ consuetudine repudiatam.*

6 *In Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.*

DOs & donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justin. *l. ult. C. de don. ant. nupt.* ut mirum sit, nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii sustinenda, *l. pro oneribus* 20. *C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias vice versa est, quæ à parte mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, & quasi remunerandæ dotis causa: unde quæ ita donantur à Græcis, ἀντιφερνα dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dantur, *d. l. ult. in pr.* Est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hostimentum ἀντιπήχωμα dotis uxoriæ: *Ibi in Basilic.* Hujus donationis origo & incrementum hic ostenditur.

Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum) Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum & sponsam liberalitatis & amoris gratia fieri solent, & juris gentium sunt: sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Justiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit; utpote quæ demum post translationem Imperii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis impropriæ, & quæ omnino sit juris civilis. Sciendum enim est prioribus temporibus donationes sponsalitias, hoc est, quæ à sponso in sponsam conferebantur, vel contra à sponsa in sponsum, (nam & hoc aliquando fiebat, *l.* 1. §. 1. *D. hoc tit. l.* 12. *leg.* 16. *C. de don. ant. nupt.*) habitas fuisse, non tamquam nuptiarum causa, sed perinde ac si purè atque absolutè factæ fuissent, eamdemque earum fuisse vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, nullo scilicet ut casu ad donatorem reverterentur, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 8. *cum aliquot seqq. C. de tit.* Itaque ne eo quidem casu revocare hujusmodi donationem licebat, quo nuptiæ secutæ non essent, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *& l.* 12. *Cod. d. tit.* nisi ea lege nominatim facta esset donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nuptiis non secutis res donatæ redderentur. Postea ex Constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, *l. cum veterum* 15. *C. eod. tit.* Et optima sanè ratione: nam donatio sponsi in sponsam merito præsumitur proficisci à singulari affectione, qua sponsam ut futuram uxorem complectitur, sine spe nuptiarum haud facile donaturus. Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspenso sit, donec nuptiæ secutæ fuerint: ita enim futurum esset, ut in eum casum incideret, à quo non posset incipere, nimirum, in donationem inter virum & uxorem, *l.* 4. *C. eod.* quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti antea fiebat, cùm id expressè cautum fuerit, *dict. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Cæterùm non in omnem eventum, quo nuptiæ secutæ non fuerant, repetitionem donati Constantinus concessit; sed ita distinxit, ut si per eum eamve, qui quæve donationem accepit, steterit, quo minus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici conditio daretur ob causam dati causa non secuta: sin verò per donantem factum esset, non solùm donati esset retentio, verùm etiam exactio, *dict. l.* 15. Quòd si mors alterutrius spem nuptiarum sustulisset, tunc si quidem sponsa donasset, omnimodo & integri, quod donatum erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non: at si sponsus; tum non aliter ipsi aut hæredibus ejus jus esset repetendi totius, quod donatum esset, quàm si osculum non intercessisset: interveniente verò osculo, partem tantùm dimidiam repetere licere, *l. si à sponso* 16. *Cod. eod.* quasi osculi jure augeatur jus sponsalium, & qui osculum accepit, quasi maritus sit, aut certè plus quàm sponsus; non enim satis est *maritum osculo putari*, ut ait Fabius *declam.* 279. Porro nuptiis secutis nulla donati repetitio: sed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur. Successit tamen donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Justinianus propter nuptias vocari voluit. Hæc fit à solo sponso, & vi atque effectu multùm à præcedentibus differt. Nam primùm doti, cujus remuneratio quædam censetur, in hoc similis est, quòd quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit, *l.* 2. *fol. matr.* ita & vir donationem propter nuptias, *c. ult. x. de don. inter vir. & uxor.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem: sed alia jura consequitur, veluti juris specialis hypothecæ: nam res donatæ propter

ter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur, *leg. ubi adhuc 29. C. de jur. dot. Nov. 61. c. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis, ut dos mulieri sit cautior: unde rectè D. Wesemb. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri, quàm verè alienari. Item hoc, ut viro temere divortium faciente donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat, in quo doti quoque respondet: nam mulier sine causa justa divertens, & ipsa amissione dotis plectitur, *l. consensu 8. §. hæc nisi 4. C. de repud.* Novissimè etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iisdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *Nov. 61. c. 1. Nov. 91. c. 2. Nov. 97. c. 1.* Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxori acquiri affirmant, quos sequuntur Schneid. *hic n. 5.* & Gudel. *1. de jur. novis. 8. arg. d. leg. 29. Cod. de jur. dot. d. Nov. 97. c. 1. d. Nov. 61. c. 1. vers. non enim.*

4 Sed si mulier harum rerum domina efficitur, prorsus absurdè facit Justinianus, quòd jus pignoris mulieri in his constituit: item quòd nominatim marito interdicit harum rerum alienationem & oppignorationem, *Nov. 61.* nec pignus quisquam habere potest in re propria, nec rem alienam alienare, aut pignori obligare. Ratio quoque non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, quod de dote, statuamus: neque enim necesse est, ut quemadmodum res in dotem datæ marito traduntur, ita & possessio rei propter nuptias donatæ transferatur in uxorem. Quod vel ex eo liquet, quòd fructus ex re donata constante matrimonio percepti non uxori, sed marito acquirantur, ut rectè tradunt Schneid. *num. 4.* Gomez. *in l. Tauri 50. & 3. seqq. num. 11.* Duar. *tit. sol. matr. C. de don. propt. nupt. arg. in d. l. 29. C. de jur. dot.* Nam in hos fructus mulierem sequi voluimus, futurum est, ut maritus, qui solus onera matrimonii sustinet, careat omni commodo dotis, maximè postquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & in quantitate & in pactis respondeat, *Nov. 97.* Planè Justinianus non putavit reprehendendos judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem post solutum matrimonium, *Nov. 61. §. 1.* sed locus ipse ostendit, eos hoc non fecisse ex ratione juris, neque directam in rem dedisse, sed utilem, quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita ferme & D. Bachov. *hic.* VINN. Immo non opus est postrema responsione. Nam quum ipse fateatur auctor, uxori in rebus propter nuptias donatis competere jus pignoris; quidni eadem habeat actionem in rem, puta quasi Servianam? An si mihi actio in rem competit, inde sequitur ut sim dominus? Idem dicendum *ad l. 29. C. de jur. dot.* ubi *vindicare* dicitur uxor donationem propter nuptias. *Vindicationes* enim veteribus dictas esse actiones omnes in rem, vel ex §. 15. *Inst. de action.* manifestum est. HEIN.

A junioribus Divis Principibus) Tempore Constantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippe qui hoc tantùm introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, si nuptiæ sequerentur, *l. 15. C. de don. ante nupt.* Secutis autem nuptiis, adhuc plenissimo jure quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepisset: nec à sponso solùm, verùm etiam à sponsa Constantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l. 16. C. eod.* Postea placuit, ut ad donatorem soluto matrimonio revertatur, *l. ult. C. eod.* At donatio, de qua hic agitur, à solo sponso fit, nec ita unquam, ut sponsi aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non rectè Justinus permisisset, ut constante matrimonio augeretur: quoniam tali augmento incidisset in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubiè Imperator Principes Constantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc substituerunt, quæ à solo sponso vel viro fit propter dotem & in dotis securitatem, & quæ non solùm nuptiis non secutis nullius momenti est, sed nuptiis etiam secutis & postea distractis resolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potius apud eum remanente: quia, ut modò probavimus, mulier per hanc donationem nec propriè nec verè domina constituitur. A quibus autem introducta, aut quo tempore primùm recepta sit, incertum est. Illud patet, sub Theodosio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuisse, *l. consensu 8. §. hæc nisi 4. de repud.*

Primus Divus Justinus pater noster) Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Justinus, quem hic patrem suum Justinianus appellat, ut & *infr. §. pen. quib. non est perm. fac. test.* quoniam ab illo avunculo suo adoptatus fuit, permisit, ut aucta postmodum dote tunc etiam augeri posset præcedente ante nuptias donatio, *l. si constante 19. C. de don. ant. nupt.* Justinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *l. ult. C. eod.* Cæterum hæc ita, ut si post contra-

tractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minimè excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

Sed etiam constante matrimonio initium accipiant) Hoc à Justiniano constitutum, *d. l. ult. in pr. vers. simplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat, quamvis dos data esset: poteratque aut nulla constitui, aut dote minor, majorve, etiam si ante nuptias fieret, nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantùm pacta, quæ inter virum & uxorem fierent de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim à Leone constitutum erat; ut quantam partem stipulata fuerat mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *l. ex morte 9. C. de pact. com. tam. sup. dot.* Cui Justinianus addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contigeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l. 10. d. tit. dict. l. ult. vers. simplices*, quæ confirmantur adhuc, *Nov. 22.* Tamdem Justinianus, *Nov. 97.* unde sumpta *auth. æqualitas*, *C. de pact. conv. tam. sup. dot.* statuit, ut non partium solùm æqualitas esset, verùm etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis stipulationibusque, & in ipsa etiam præstatione aut promissione tam dotis quàm donatione ante nuptias æqualitas servaretur, utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur: ut quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. Cæterum hanc constitutionem cum sua exæquatione & donandi necessitate jam pridem repudiavit publica consuetudo, ut notant Accur. *d. auth. æqualitas.* Bald. Salic. *in summa, d. l. ex morte.* Schneid. *hic n. 4.* Gail. 1. *obs. 36. n. 10.* Quin etiam Cujac. 5. *obs. 4.* refert, donationes propter nuptias penitus ex usu sublatas esse. Nanè in Belgio propriè neque donationum propter nuptias neque dotium usus est, quamquam bona, quæ mulier in matrimonium confert: dotem adhuc appellamus. Doarium autem sive dotalitium, quod moribus receptum, mera donatio est, quàm mortuo marito uxor percipit & lucratur: & ideo constante matrimonio neque constitui neque augeri potest, sed pactis antenuptialibus dumtaxat. Consultantur super hac re D. Neostad. *de pact. ante nupt.* Joan. à Sande. *lib. 2. tit. 4. fere per tot.* Grot *lib. 1. manuduct. ad Bat. jurisp. c. 5. & lib. 2. c. 11. cum 2. seqq.* Pet. Greg. *syntagm. 11. c. 4.* Gudelin. *lib. 1. de jur. novis. c. 8.* De jure mariti in nobis uxoris & societate conjugali, idem *d. l. 1. c. 7.* de jure superstitis conjugis & lucris nuptialibus, idem *d. l. 1. c. 11. l.* add. D. Lamb. Goris *advers. jur. tract. 1. fere per tot.* Quibusdam in locis certæ partis bonorum mariti ususfructus pro doario uxori assignatur legibus municipalibus, vid. Christin. *vol. 1. decis. 73. 237. 273. & illic citat.*

Sed propter nuptias vocentur) Justinianus donationem ante nuptias appellari voluit donationem propter nuptias: quoniam & augeri eam & fieri etiam post nuptias permissum sit, *l. ult. C. de don. ant. nupt.* quod non est magni momenti: & vetus nomen Rubrica Codicis retinuit. Rectius appellaretur donatio propter dotem, quod respondet vocabulo, quo Græci utuntur, quibus dicitur ἀντιφέρνη. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio est, *d. l. ult.*

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis, per jus accrescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed pessimum fuerat exemplo, & libertate servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere; hoc quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente, (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemni conservato, pretiumque servi secundùm partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

COMMENTARIUS.

Alius modus civilis acquisitionis) Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles à Justiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquarum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius dominii communem servum manumittentis socio quærebatur

jure accrescendi. Quod jus donationi valdè affine erat, quoniam & ipsum causa erat merè lucrativa: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum. VINN. Sed suppetunt plures, veluti in usufructu, *tit. ff. de usufr. accr.* & in socio liberalitatis imperialis, *l.* 1. *C. si lib. imp. soc.* HEIN.

Vindicta, vel testamento) Meminit dumtaxat manumsi vindicta aut testamento: quia alio modo, puta per epistolam, aut inter amicos manumissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iisdem modis communem manumittens partem suam amitteret, eaque accresceret socio: quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis comunem manumittens nihil ageret; id est, neque Latin. faceret, neque partem suam amitteret, Ulpian. *tit.* 1. *de libert.* §. *communem.* 18. Paul. 4. *sent.* 12. *in pr.* VINN. Immo ex Ulpiani loco patet, circa manumissos per epistolam aut inter amicos dissensisse veteres, & non omnes, sed plerosque tamen existimasse, manumittentem nihil egisse. Cui sententiæ & Paullus favet. HEIN.

Eo casu pars amittebatur) Nam cùm ea à domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno è dominis in præjudicium socii sui dari posset, aut quisquam pro parte servus pro parte liber esse, quoniam status hominis individuus est; necessario eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat, accresceret, accederetque socio: non absimili ratione, qua placet, usumfructum in jure cessum extraneo extingui, & redire ad proprietatem, quod explicatum §. *pen. sub. de usuf.*

Per nostram constitutionem mederi) *Leg.* 1. *C. de comm. serv. man.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat, jus commune facit sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distinguendum, cùm quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *sup. de libert.* & generaliter loquatur Imp. *d. l.* 1. §. 1.

Contra communes regulas) Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l. invitum.* 11. *C. de contr. empt. l. nec emere.* 16. *C. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum carpendum esse, cùm etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit, *l. generaliter.* 24. §. *si quis.* 10. *de fideic. libert.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad §. *ult. sup. de his qui sui vel al. jur.*

Quod nos definivimus) Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate atque artificio, cujusque quod exerceret, certa definivit; crescuntque à decem solidis, usque ad septuaginta, *d. l.* 1. §. *ne autem.* 5. *C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. insert.* Quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio Magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus, *l.* 1. *tit. de jur. person.*

TITULUS OCTAVUS.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

Continuatio, atque argumentum tituli.

EXplicati hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur tum jure gentium tum jure civili. In his præcipuus & modus maximè naturalis est, cùm dominus rem suam ita alteri tradit ut eam velit fieri accipientis, §. *per traditionem.* 40. *sup. de rer. div.* Cæterùm cùm hoc non omnes qui domini sunt, jus alienandi rem suam vel etiam administrandi habeant: deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem à lege accepit; utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo; quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *princ.* & §. *ult.* profert exempla eorum, qui cùm domini sint, jus tamen alienandi non habent; in §. 1. exemplum contrarium.

TEX-

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licèt fundi dotalis dominus sit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit; & contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cùm enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium) Inæstimatum scilicet: nam æstimato in dotem dati alienatio marito permissa, *l.* 10. §. 4. *D. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* sicut & rei mobilis, *l.* 3. §. 2. *D. de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. sive à me. C. ad Sen. Vell.*

Sexus muliebris fragilitas) Ne fragilitate suæ naturæ in repentinam deducatur inopiam, *d. l. un.* §. 15.

COMMENTARIUS.

1 *Prohibitionem legis Juliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æstimato in dotem datas.*

2 *Solum maritum verum justumque rei dotalis dominum esse, plenissimè probatur, remotis omnibus objectionibus.*

3 *Alienandi verbum quàm latè pateat ex sententia legis Juliæ.*

4 *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignorationem quàm alienationem?*

5 *Quantum mores nostri dissideant à jure scripto?*

Dotale predium maritus prohibetur alienare) Primum exemplum, quo ostenditur, eum qui dominus est, aliquando alienare non posse, propositum judicio dianoëtico syllogismi tertiæ figuræ partibus omnibus explicatis. Est verò partium metathesis, qua sublata apparebit syllogismus integer in Felapton. *Maritus prædium dotale alienare non potest: Maritus est dominus prædii dotalis; Ergo quidam rei dominus eam alienare non potest.* Ait 1
prædium: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est, quod etiam probant textus *in l.* 3. §. 2. *de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. l. ult. C. de serv. pign. dat. man. auth. sive à me.* §. 1. *C. ad Sen. Vell.* utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *l.* 1. *C. de tit. de serv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur, quippe cui dos deberi incipit: ex quo constat, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere, etiamsi matrimonium necdum solutum sit, *l. si constante.* 24. *sol. matr. l. si servum.* 21. *de manum. l. ubi.* 29. *C. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, sive mobiles sint, sive immobiles, libere à marito alienari posse vel ex eo patet, quòd soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat, judicio venditi, *l.* 10. §. *si ante.* 4. *de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* Utique si æstimatio facta sit venditionis causa: secus autem si facta sit tantùm intertrimenti, i. taxationis causa, ut constet, quanti res sit, ut in *l.* 69. §. 7. *de jur. dot. l.* 50. *sol. matrim. l.* 20. *C. de jur. dot.* Errat verò procul dubio Wesembecius contendens, maritum non alias res mobiles alienare posset, quàm quæ servando servari nequeunt *arg. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.* Longè enim plus juris maritus habet, quàm tutor, & futilis collectio est ex *l. res in dotem.* 42. *de jur. dot.* Rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, maritus liberam alienationem habet; ergo cæterarum rerum mobilium non habet. Atque hoc tantùm Jurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis est in mutuo.

Per legem Juliam) Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l.* 1. *l.* 4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex *Paul.* 2. *sent.* 21. atque ex inscriptione multorum capitum sub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit conceptum in hæc verba: *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato; neve consentiente ea obligato, l. un.* §. *& cùm lex.* 15. *C. de rei ux. act.* Adi Brisson. *lib. sing. ad leg. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accuratè collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publicè expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant,

l. 2. de jur. dot. Ac tametsi soluto matrimonio maritus, hæredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quàm in personam agere, per *l. plus cautionis. 25. de reg. jur. l. 5. de susp. tut.* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, sed de prædiis dumtaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maximè damnosa esse potest propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facile fieri posset; multi ut deciperentur, magnaque inde sequerentur incommoda.

2 *Quamvis ipsius sit*) Maritus esse rei dotalis dominum, innumeris locis & perspicuè proditum est, *l. 1. §. 1. l. dot. 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. si prædium. 23. C. eod. l. quotiens. 47. §. ult. de pecul. &c.* causamque dotis habilem esse transferendum dominium, non secus ac venditionem, permutationem, donationem, scriptum expressè est, §. *per traditionem. 40. sup. de rer. div.* & probat *tit. Pand. pro dote.* nam alias mulier rem alienam marito ex causa dotis tradens non transferret usucapiendi facultatem, neque marito amissa possessione daretur actio in rem publiciana, *l. 3. §. 1. de Pub. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria, qualia sunt, quòd maritus solus rem dotalem vindicat, *l. dote. 9. C. de rei vind.* quòd servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit, aut repudiat hæreditatem, *l. servus. 58. sol. matr.* quòd dotali servo libertatem dare potest, *l. 3. C. de jur dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quòd ne mortuo quidem marito dominium rei dotali ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in hæredem mariti, *d. l. 1. §. 1. de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantùm personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremò si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Rectè igitur Græci *in Basil. 47. tit. 1.* τῆς προικὸς ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος. Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori non marito dominium dotis asserere in *l. quamvis. 75. de jur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l. 3. §. ergo. 5. de minor. l. in eum. 16. derel. & sumpt. fund. l. 4. de collat. in l. 7. §. si fundum. 22. sol. matr.* De fundo dotali disserit Jurisconsultus, quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, *l. in reb. 17. de jur. dot.* Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *l. sciendum, 15. §. 3. qui satisd. cog.* Denique generaliter à Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, *l. in rebus. 30. C. de jur. dot.* Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus *lib. 14. com. 4.* putat, maritum rerum dumtaxat æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimato dati mulierem. Vultejus *hic & 1. disc. schol. 19.* uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti. Vaudus, *2. var. quæst. 3.* & Joan. del Castil. *de usufr. c. 4.* marito nihil ferme tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi. Robertus *3. sent. 18.* dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuisse contendunt, Quiritiarum penes uxorem, ut Perenot. *2. animad. 2.* Alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut Hotom *hic.* Cæterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari potest. Donelli distinctio apertè vitiosa est: nam cùm per se dotis constitutio sit titulus idoneus transferendum dominium, *d. §. per traditionem 40.* necesse est, ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat, quàm æstimatæ, aut si aliena res est, usucapiendi conditio; quod etiam disertè traditur *l. 3. §. 1. de Pub. in rem. act.* Hoc tantùm interest, quòd dominium mariti in re dotali non æstimata minus plenum nec perpetuum est, quippe cujus rei, si immobilis est, nec alienandæ nec obligandæ jus habet, & quam ipsam soluto matrimonio restituere tenetur; nam quod dotis causa perpetua esse dicitur *l. 1. de jur. dot.* id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione detur, ut perpetuo apud maritum sit. At rei æstimatæ dominium plenissime atque irrevocabiliter in eum transfert, ita ut pretii tantùm debitor efficiatur, nisi forte electionem sibi mulier reservaverit, *l. 11. de fund. dot. l. 5. C. de jur. dot.* aut intertrimento dumtaxat causa æstimatio facta sit, ut paulò ante notatum. Idemque est cùm res fungibilis in dotem data est: perinde enim nunc maritus obligatur, ac si mutuum accepisset, *l. res in dotem. 42. de jur. dot.* Quid quod amissa distinctione Donelli fatendum erit, dominium rei dotalis non aliter transferri, quàm si venditio aut mutuum contractum sit? quod qui asserit, vi ipsa simpliter negat, contra juris actoritatem, rem ex causa dotis transferri aut dotem esse justum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum satis est, quòd maritus dicitur dominus

nus esse illius ipsius prædii, quod lege Julia vetatur alienare, *l. dotale.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum fere solùm pertinet: ad æstimatum non pertinet, nisi uno illo & altero casu, quem supra indicavimus. Vulteji quoque distinctio tolerari non potest, & à juris ratione nimium quàm abhorret. Res ipsa in dotem data non jus aliquod in ea re mariti effici dicitur, *l.* 7. §. *si res.* 3. *de jur. dot.* prædium ipsum dotale mariti esse, dominium hujus prædii marito quæri, *d. l.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus atque aliis, quos supra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Castill. Pluribus atque ex professo distinctionem Vult. confutat D. M. Lyclama. 7. *membr.* 26. Roberti merum commentum est, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti sententia plus coloris habet; sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor, quòd distinctio illa dominii bonitarii & Quiritiarii non pendet à titulo, aut causa acquirendi, sed à genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta, si mancipatio aut in jure cessio intervenisset: potuit & in bonis tantùm, si simplex modo traditio facta esset, & res nondum usucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit.* 1. *de libert.* §. *qui tantum.* 11. Ac dominium quidem bonitarium semper penes maritum fuit, Quiritiarium plenum non semper, nudum numquam, in quo perspicuè errat Hotom. *fac. l.* 7. §. *si res* 3. *l. quamvis.* 75. *de jur. dot. l. Lucius.* 21. §. 4. *ad municip.* Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum: cæterum quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo, solutoque matrimonio, redituram ad mulierem, (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur) hujus dissolutionis ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quàm uxoris esse, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem eventu. Jurisconsultos nonnunquam ita loqui tamquam de non domino, & quasi rei alienæ administratore, præsertim in *tit. sol. matrim.* Qua ratione etiam defendeudum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l.* 30. *C. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æstimatis, quas certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *l.* 5. *C. eod.* Mirum verò non est, Justinianum sic loqui, dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis concedit actionem in rem. Quod tamen cum Bachovio de utili in rem accipio, & quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritis solvendo non est.

In rebus, quæ Italicæ fuerant) In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit, sed potuit maritus ea libere alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest: & maximè post constitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati sunt, *l. in orbe* 17. *de stat. homin.* Nam etsi prædiorum provincialium summum jus, & dominium Quiritiarium penes possessores non erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant, quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quòd certum vectigal prædiis impositum quotannis solvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quàm in provinciis mulieribus prospectum, cùm idem ubique sit, aut esse debeat, dotium favor? Existimo, non defuisse alia remedia, quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint. Lepidum verò est, quod Dionys. Gothofred. *in notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse. VINN. Immo nec opus fuit prohibere alienationem fundi dotalis provincialis, quippe ab emptore usucapi non poterat, adeoque soluto matrimonio semper poterat vindicari, quod secus se habebat in fundo Italico. *l.* 17. *ff. de stat. hom.* huc planè non pertinet. Communicato enim cum universo orbe Romano jure civitatis Romanæ, non ideo sublatum est discrimen soli Italici & provincialis, quod Justinianus demum abolevit. *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. l. un. C. de usucap. transform.* HEIN.

Alienationes inhibebat.) Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *l.* 1. *C. de fund. dot.* Itaque non tantùm distrahi fundus dotali prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l. dotalem.* 16. *de testam. mil.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *l. alienationis.* 18. *de verb. sign.* & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *l. si fundum.* 16. *de fund. dot. fac. l. si ab eo.* 12. *de usuc. l.* 7. §. *qui sciens.*

sciens. 5. *pro empt.* Alienatum autem propriè non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum rectè dicatur, *l. alienatum.* 67. *de verb. sign.* Alienandi autem prohibitione eos quoque casus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re à dominio separatum transfertur, *l. ultim. Cod. de reb. al. non alien.* Quare nec servitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere, vel amittere non utendo, *l.* 5. *de fund. dot.* Cui consequens est, libertatem servitutis urbano prædio dotali debitæ ex cessione patientive mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *leg.* 6. *eod. tit.*

Hypothecas earum etiam volente ea) Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignorationem etiam quæ fiebant ea consentiente, *l. unic.* §. *cum lex.* 15. *Cod. de rei ux. auct.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, sed spes fore, ut maritus rem luat, quàm alienationi consentiat, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, immo solùm prohibere voluit: ut passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facile fieri possunt, cùm lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti, nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quàm alicui donat, *l.* 4. §. 1. *ad senat. Vellejan.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos, *sup. de leg. Fus. Can.*

Utrique remedium imposuimus) Justinianus legis Juliæ prohibitionem primùm porrexit ad prædia provincialia, *dict. l. un.* §. *& cùm lex.* 15. *Cod. de rei ux. auct.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *leg. un. Cod. de usucap. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignorationem, prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset: quod lex Julia permittebat, *dict. leg. unic.* §. *& cum lex.* 15. *vers. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *volum.* 3. *dec.* 133. *num.* 20. *&* 28. *cum seqq.*

Ne sexus muliebris fragilitas) Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur, quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia, aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant, τί γὰρ εἰς ἀπάτην ἀφλέστερον γυναικὸς. Liban. *Declam.* 35. Pontifices tamen hujusmodi alienationes, si jurato mulier consenserit, firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat x^. de jurejur. c. licèt mulieres, eod. in* 6. Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert; non quæritur: sed nullis antenuptialibus instrumentis confectis bona omnia utriusque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterum sive facta sit bonorum communio, sive ea pactionibus exclusa, licet marito pro jure potestatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res ejus alienare, aut obligare, neque in eam rem opus habet uxoris consensu, nisi ea quoque potestas nominatim pactis antenuptialibus restricta sit, aut impetrata bonorum separatio. Neostad. *de pact. antenupt. obs.* 10. Grot. 1. *introd.* c. 5. & alii alleg. à Groenevv. *hic, tract. de ll. abrog.* Contra verò mulieres nuptæ res suas obligandi, aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu sine consensu maritorum inito obligantur, nisi quatenus ea obligatio spectat victum & cultum familiæ, exceptis palam negotiantibus, quæ institutorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, se virosque suos obligandi potestatem habent, D. Joan. à Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *&* 4. Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio Senatusconsulti utuntur, D. Neostad. *obs. rer. jud.* 18.

TEXTUS.

De Creditore, qui licèt non sit dominus, tamen alienare pignus potest.

1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quòd voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum, & debitorum satis abundeque provisum est.*

NOTÆ.

1. *Ex pactione*) Idem est, licèt pactio nulla

la interposita, *l.* 4. *D. de pign. act.* neutrum autem procedit sine prævia denuntiatione, *l.* 4. *Cod. de distr. pign. l.* 10. *C. de pign.* Sed etsi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen distrahi potest, modò trina præcesserit denuntiatio, *d. l.* 4. *de pign. action.*

Qui ab initio pactus) Aut etiam ex intervallo, *d. l.* 4. *D. de pign. action.* Itaque hic casus non magis huc pertinet, quàm cùm procurator voluntate domini rem alienat, §. 42. *sup. de rerum div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

Nostra constitutione) *L. ult. C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma distrahendi pignoris prolixè præscribitur, cui locus sit, cùm de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1 *Unam saltem denuntiationem requiri, non tantùm cùm de pignore distrahendo non convenit, sed etiam cùm convenit, ut vendere liceat.*

2 *Quid si dies solutioni adjecta, & solutio sua die facta non fuerit?*

3 *Formam vendendi pignoris à Justiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

HIc ex diverso ostenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pignoratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adultorum alienandi potestas non à domino, sed jure tributa est, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. *l.* 9. §. *sicut* 5. *l.* 12. §. 1. *l. tutor* 22. *l. Lucius* 46. §. *ult. de adm. tut. l. non omni* 16. *l. lex quæ* 22. *C. eod. l.* 1. *& pass. de reb. tor. qui sub tut.*

Ex pactione) Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione.* Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, *l.* 4. *de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quàm cùm pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur. Immo tantum abest, ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiamsi nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modò ter (per justa intervalla, quod judex arbitrabitur, Negus. *de pign.* 1. *membr.* 6. *part. principal. n.* 4. Schneid. *hic num.* 3.) prius debitori denuntiatum fuerit, ut solvat, & cessaverit, *d. l.* 4. *de pign. act.* alioqui si numquam liceret vendere, creditori pignus esset inutile, ut adeo tale pactum sit contra naturam pignoris. Enim vero nec illo casu, quo nihil de distrahendo pignore actum est, absque præcedente denuntiatione pignus vendi potest, sed una tantùm denuntiatio sufficere putatur, *arg. d. l.* 4. *de pign. act. l.* 3. *C. de jur. dom. imp. l.* 4. *C. de distr. pign. l. debitoribus* 18. *C. de adm. tutor.* quamvis etiam hoc casu tres desiderare videatur Paulus 2. *sent.* 13. Hoc amplius putarem cum Castrens. ad *d. l.* 4. Negus. 1. *membr.* 6. *part. pr. n.* 1. Schneid. *n.* 2. contra *Gloss.* Salic. *in l.* 1. *C. de distr. pign.* Wesemb. *hic*, etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri, cùm expressè convenit, ut pignus vendere liceat: cùm nec ante debitor constituatur in mora. Estque in eam rem textus apertius in *d. l.* 3. §. 1. *C. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri sic obtinuisse liquet ex *l. debitores* 10. *C. de pignor. & d. l.* 4. *C. de distr. pign.* Sed illud interest, quòd ubi de distrahendo pignore convenit, biennium post denuntiationem non expectatur, uti fit in duabus speciebus reliquis ex constitutione Justin. *d. l.* 3. §. 1. *C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic num.* 3. Sed quid dicendum de his casibus, quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, puta si dies solutioni adjecta sit, & sua die solutio facta non fuerit? Hic enim adventu solius diei debitor in mora constituitur secundùm communem sententiam, per *l. magnam* 12. *C. de contr. stip.* Negus. *d. loc.* & Schneid. *hic num.* 1. putant, hoc casu nulla opus esse denuntiatione, sufficereque ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui sententia patrocinari videtur *l.* 8. §. 3. *de pign. act.* Sed humanius est ut dicamus, etiam hoc casu denuntiationem præcedere debere. Non enim protinus sequitur, ad debitorem constituendum in mora nihil aliud desideratur, quàm ut dies venerit; ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diversa est à principali: nec si ob moram debentur usuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat *d. l.* 8. §. 1. *de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solùm humanius, sed etiam tutius facturus est creditor, si futuram venditionem denuntiet debitori, ut se fraudis suspicione liberet, nec do-

lo

lo malo in ea venditione versatus quandoque dici possit, *l.* 7. *C. de distr. pign. l.* 1. *C. si vend. pign. agat.* Bald. *in l.* 4. *C. de distr. pign.* Castr. *in l.* 4. *de pign. act.* Ant. Fab. *C. suo. de distr. pign. defin.* 13. add. Joan. à Sande *rer. jud. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 20. Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certis juris regula ponunt, solo diei lapsu citra aliam interpellationem debitorem constitui in mora, non usque adeo certum est, & sunt, qui falsum existimant? Ferret. *tract. de mora.* Charond. 3. *verosimil.* 10. Bachov. *in Treutl. disput. de usur. th.* 7. Quamquam horum argumentis solidè mihi respondisse videtur D. Guiliel. Masius *sing. opin. lib.* 2. *cap.* 4.

Quamvis ejus ea res non sit) Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus* 9. *C. de pign. act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, sed ut obligetur creditori in securitatem crediti.

Qui pactus est, ut liceret) Hic igitur casus non magis huc pertinet, quàm si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus, §. *nihil* 42. *sup. de rer. div.*

Nostra constitutione consultum) Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quòd conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianeæ, quæ est *l. ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit, ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est) jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere possit, per judicem præscribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor à Principe petere facultatem pro domino possidenti: qua tamen impetrata, adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo; quanti creditoris interest, quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit: eo verò tempore sine solutione transacto, credi-
3 tor justus pignoris dominus efficiatur. Sed hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, vid. Bart. *d. l.* 4. *de pign. act. & d. l. ult. C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic n.* 6. Baron. *comm. part.* 2. Christ. *vol.* 4. *decis.* 172. *n.* 3. & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptione creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lueret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat, sed distractio addictione fieri solet auctoritate Magistratus, uti jure Rom. in iis pignoribus, quæ in causa judicati capiuntur, *l.* 2. *C. si in caus. jud. pign. c.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio, disce ex *l. Divus* 15. §. 2. *& seqq. de re jud. l. cùm proponas* 9. *C. de bon. auct. jud. possess. cap. quoad consultationem* π. *de sent. & re jud.* Dyn. *in l. si finita* 15. §. *Julianus* 16. *de damn. inf.* Negus. *d. loc. num.* 7. *& seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 165. vid. Merul. *lib.* 4. *tit.* 100. *cap.* 1. *n.* 10. Neostad. *decis.* 90. *sup. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l.* 6. *de pign. act. l.* 9. §. 1. *de distr. pign. l.* 3. *C. eod.* Illud postremò sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum distrahendam esse. Wesemb. *parat. de distr. pign. n.* 1. *&* 10.

TEXTUS.

De pupillo, qui licèt dominus, non tamen sine tutoris auctoritate alienare potest.

2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*

NOTÆ.

2. *Ideoque si mutuam pecun.*) A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est, *l.* 2. §. 2. *l.* 16. *l. pen. D. de reb. cred. d. l.* 9. *princ. de auct. tut.* & in nativo suo significatu, *l.* 1. *C. de fund. dot.* Ita Interpp. omnes & novissimè Fabrot. & Grot. *in sparf. flor.*

Bona fide consumpti) Consumptio bona fide facta conciliat mutuum & condictionem parit, *l.* 19. §. 1. *D. de reb. cred.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l.* 11. §. *ult. cum* 2. *ll. seqq. eod.*

Si

Si mala fide, ad exhibend.) Nam qui dolo malo consumpsit, pro eo est, ac si non consumpsisset. Dolus enim pro possessione est, *l.* 131. 150. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Corpora, quæ mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmasio sermo.*
2 *Nummi quando consumpti intelligantur.*
3 *Mutuum non confirmari consumptione nummorum facta mala fide.*
4 *Cur in casu consumptionis malæ fidei tantùm actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii?*

REdit ad eos, qui, cùm domini sint, alienare non possunt. Meminit porro unius pupilli, sed sunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l.* 3. *C. de rest. in int. l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum est, qui, cùm de eo obligando, aut alienando deminuendove ejus patrimonio agitur in eadem causa cum furioso habetur, *l.* 6. *de verb. obl. l.* 12. *in fin. de tut. dat.* tum etiam cæteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione sunt, rerumque suarum administrationem non habent, de quibus *in* §. 4. *sup. de curat. l.* 8. §. 3. *d. l.* 12. *in pr. de tut. & cur. dat.* Filius quoque familiæ non potest alienare bona adventitia, quorum usumfructum pater habet, *l. ult.* §. *ipsum* 5. *vers. Filiis, C. de bon. quæ lib.* Interdum causa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, *Pand. & Cod. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare) Alienatio à pupillo facta sine tutoris auctoritate ipso jure nulla est; quippe cùm nec obligare se pupillus sine tutoris auctoritate possit, *l.* 9. *& passim de auct. tut. l.* 11. *de acq. rer. dom.* Cæterum auctore tutore & obligari potest, modò infantiam excesserit, & res suas rectè alienat, *d. l.* 9. *l.* 5. *de reg. jur.* §. *pupillus* 9. *inf. de inut. stip.* Res intellige, quantum alienatio sine decreto non est interdicta. Nam prædia pupillorum olim rustica, postea omnia, & res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto Magistratus alienari prohibita, *l.* 1. *& tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. & lit. C. de præd. & al. reb. min. sine dec. non al. d. l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut.*

Ideoque si mutuam pecuniam, &c. non contrahit obligationem) A genere ad speciem. Pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: siquidem mutui obligatio, nisi nummi accipientis fiant, non nascitur, *l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Supponit igitur Imp. id quod mutuo datur, alienari, seu mutui dationem esse speciem alienationis. Quod & alibi constanter traditum est, *l.* 9. *pr. de auct. tut. l.* 16. *l. pen. de reb. cred.* nec minus perspicuum, quàm verum: quippe cùm omnis actus, per quem dominium transfertur, verè & propriè sit alienatio, *l.* 1. *C. de fund. dot.* & sine alienatione fieri non possit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Constat autem, corpora ipsa, quæ mutuo dantur, desinere esse dantis, & fieri accipientis, seu aliena, ita ut vindicari, aut ab eo avocari nequeant, *l.* 35. §. 1. *de donat.* Nec verò ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejusdem generis restituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum est, utrum mihi, verbi causa frumentum ea lege datum, ut pro eo vinum aut oleum vicissim dem, uti fit in permutatione; aut frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum ut fit in mutuo? Est igitur mutui datio alienatio in nativo suo significatu: & ita Interpp. omnes, ac novissimè Fabrot. *ad Theoph.* & Grot. *in sparf. flor.* De quo cùm sermonem haberem cum [illegible] viro D. Claud. Salmasio, hactenus quidem mihi assensus est ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: sed negabat, ex eo effici, mutuam alienationem esse nisi forte materialiter. Propriè autem & formaliter mutuum non posse dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis, sive sortis quæ diversum quid esset à data specie apud debitorem pereunte, & in qua propriè substantia mutui consisteret, uti rectè docuisset. Et simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem admitti D. Salmasii sententia, si appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, *l.* 1. *quid cert. loc. l. repetitio* 44. *de cond. ind. l.* 6. §. *apud Labeonem* 6. *quæ in fraud. cred. l.* 91. *de verbor. sign.* Propriè tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet: nec enim quod nobis debetur, quod in credito, propriè nostrum est, *l.* 27. §. 2. *l.* 34. *princ. de aur. arg. mund. leg.* Boët. *in Top. lib.* 2. *pecunia in nominibus debita non est nostra, sed debitorum.* E ita *in l.* 1. *de lib. leg.* Et ideo creditori non vindicatio sortis, sed tantùm condictio datur, qua intendat, verbi cau-

causa, centum sibi dari oportere, nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, §. 14. *inf. d. act. l. ult. in fin. usufr. quem cav.* Non male igitur mutuum à Cujacio definitur, alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem, *parat. C. si cert. pet.*

Vindicari nummi possunt, sicubi extant) Similis locus est *in l.* 11. §. *ult. de reb. cred*, At, inquies, de pupillo responsum est, eum nisi præsente tutore ne possessionem quidem, quæ naturalis est, alienare posse, *d. l.* 11. *de acq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut possidenti detur vindicatio adversus eum, qui nec natura possidet. Resp. ut vindicationi locus sit, satis esse rem ab alio quovis modo detineri & restitui posse, *l.* 9. *de rei vind.* adeoque pupillum, etsi animo definere possidere non potest, corpore tamen posse, atque in alium possessionem, quatenus facti est, sine tutoris auctoritate transferre, *l. possessionem.* 29. *de acq. poss.*

Bona fide consumpti) Non est mirum, nullos apud auctores plures & crassiores errores reperiri quàm apud scriptores notarum: quippe quibus temporis non est vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* scribit, pecuniam in proposito intelligi consumptam, cùm is qui accepit eam, alteri reddidit, aut in solutum dedit: utiturque argumento, *l. non omnis.* 19. §. 1. *de reb. cred.* quo tamen loco hoc ipsum apertè negatur, & rectè. Nam datio in solutum aut creditum non facit, quo minus pecunia adhuc extet, & certo appareat. Quamdiu autem extat, & certo apparet, non potest dici consumpta; & apud quemcumque, aut ubicumque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & à domino vindicari potest, ut proximè Imp. dixit. Quando igitur consummi intelligitur? Nimirum cùm quis ea sic utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, non appareant. Id verò contingit primùm corporibus sublatis, veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit: quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio, §. *cùm ex aliena* 25. *sup. de rer. div.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest; ad priorem speciem sive monetam non potest. Planè possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis & eadem figura inde cudi, sed nova hæc moneta & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus, veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint: nam etiam ea re eum qui accedit, dominum fieri placet, *l. si alieni.* 78. *de sol.* Don. *ad l. rogasti.* 11. §. *ult. d. t. n.* 9. Ait, *bona fide.* Quod ergo *in d. l. non omnis.* 19. *l.* 1. *de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci conditionem, id *ex hoc loco* junct. *d. l. rogasti.* 11. §. *ult. d. tit. l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumpta sit, ignorante scilicet, pupillum esse, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris; quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio loco jure habentur, quàm si adhuc extarent, nec consumpta essent, *l. qui dolo.* 131. *l. parem.* 150. *de reg. jur.* ac proindè cùm malæ fidei consumptio consumentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumptione confirmabitur, Don. *d. loc. n.* 7. Quod verò D. Bachovius putat non obstare malam fidem, quominus consumptione dominium quæratur, & tamen bona fide tantùm facta consumptione, mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere, id mihi planè ἀσύστατον, videtur. Et sententia Bachovii, quòd per consumptionem & similes acquirendi modos dominium acquiratur, citra considerationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra causam accessionis; supra à me refutata est *sub.* §. *cum ex aliena* 25. *de rer. div.*

Condici possunt) Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut iis bona fide consumptis ei, qui dedit, condictio detur tamquam ex mutuo, *l.* 11. §. *ult. cum* 2. *ll. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si is rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis & illi condictio nascitur, *l. non omnis.* 19. §. 1 *de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eamdem esse placet & bona fide consumptæ, quasi translatæ: unde rectè dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta. *DD. in d. l.* 11. §. *ult. & d.* 19. §. 1.

Si mala fide, ad exhibendum) Puto tamen & condictionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia consumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus: sed condictionem sine causa, utpote quam constat etiam adversus prædonem fructuum consumptorum nomine dari, *l.* 3. *C. de condict. ex leg. l.* 4. *C. de crim. exp. hær.* Ait, *ad exhibendam.* Immo & in rem, inquit Cujacius: quoniam mala fides pro possessione est.

est. Sed, inquit in rem utilis est; ad exhibendum directa: quare commodius agi ad exhibendum quàm in rem. Quod falsum est & inconsideratè à Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest, ut contra eum, qui possidere desiit, detur directa ad exhibendum actio, quàm directa in rem: cùm ille non magis exhibendi, quàm restituendi facultatem habeat.
4 Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum, qui dolo malo desiit possidere, utraque utilis. Nam quòd dolus pro possessione est, id non ex vero, sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantùm actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit dumtaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum, quod sua interest, §. 3. *inf. de off. jud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurejurando, ut fit in eadem actione directa, si possessor per contumaciam rem non exhibeat: pro casu per jusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est, *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Cùm igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vindicando consecuturus esset, nihil supereſt, quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconsultus, *d. l.* 11. §. *ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi.* Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

TEXTUS.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarum solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto, si & judex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quàm disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior fit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, & non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis: quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.*

NOTÆ.

3. *Plenissima securitas*) Ita ut nec in integrum restitutioni sit locus: quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *tit. C. si tut. vel cur. int.*

Salvam habeat, aut locupletior) *L.* 15. *l.* 47. *l.* 66. *D. de sol. l.* 4. §. 4. *de dol. exc. l.* 14. *D. de cond. ind. l.* 57. *de reg. jur.* Non debet pupillus occasionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. reb. eor. qui sub tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inspiciatur, disce ex *l.* 4. *D. de except. d. l.* 47. *pr.* & §. 5. *de solut.*

Male consumpserit) Th. ἀσώτως ἐδαπάνησε, per luxum prodegerit..

Aut vi,) Deest in ver. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Nullius rei alienatio) Argumentatio à genere ad speciem, quæ valida εἰς ἀνασκευὴν. Nota, & solutionem esse speciem alienationis, *d. l.* 9. §. 2. *De auct. tut. l. pen. D. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari; licèt dominium rei solutæ transferat.*

2 *Pupillo, in quem solutio collata, rectè solvi etiam sine tutoris auctoritate.*

3 *Quid sit sensus verborum hujus* §. ita licere tutori vel curatori, &c.

4 *Adversus solutionem factam ex præscripto Justiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non restitui.*

5 *Quid si nummos sine tutore aut judice sibi solutos salvos habeat pupillus?*

6 *Cujus periculo sit pecunia, quem pupillus sine tutoris auctoritate credidit, aut in solutum dedit?*

Sine tutoris auctoritate dari) Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *de acq. rer. dom.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *sup. de auct. tut. in princ.*

Ideoque si debitor) Hotom. & Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent, *quamquam.* Quia nulla hic conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, & præcedentis regulæ exceptio: nisi hoc in præceden-

tibus dicamus ſubintelligi oportere, ut ſcilicet quidvis pupillo rectè detur ſine tutoris auctoritate, cæterum hactenus, ut ex eo pupillus ipſe neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere poſsit. Alii hìc illationem fieri ajunt non ex proxima, ſed ex ſuperiore ſententia §. *præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem ſine tutore alienare poſſe; huic enim eſſe conſequens, ut nec ſine tutoris actoritate pupillo rectè ſolvatur. Quippe admiſſa ſolutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo* 15. *de ſolut.* Quod ut ſpecioſius dicatur, ex duobus hiſce §§. unum faciunt. VINN. Forſan ſcriptum fuerat: *Alioqui ſi debitor pupillo ſolvat*: idque librarii vel qui emendationis curam in ſe ſuſceperant, mutarunt in *ideoque*, quia *alioqui* paullo poſt videbant repeti. Sed pergamus. HEIN.

1 *Si non ſolverit auctoritate tutoris, non liberabitur*) Licèt dominium rei ſolutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum ſibi non obliget, *ſup. de auct. tut. in pr. l. Julianus.* 13. §. *ſi quis.* 29. *de act. empt.* ita qui cum pupillo obligationem vult diſtrahere ſolvendo, licèt ea ſolutione dominium in pupillum transferat: ſe tamen à pupillo, qui per ſe neque contrahere, neque diſtrahere obligationem poteſt, non liberat, *d. l.* 15. *de ſolut. l.* 5. *de reg. jur.* Debet itaque debitor, ſi liberari velit, pupillo ſolvere cum auctoritate tutoris, vel ipſi tutori: nam & hoc caſu æquè liberatio ipſi jure contingit, *l. Lucius.* 46. §. *tutelæ.* 5. *de adm. tut.* Pupillum autem intelligimus creditorem: nam ſi pupillus ſolutionis cauſa tantùm adjectus ſit, hoc eſt ſolutio ſive jus ſolvendi in eum collatum, puta ſi quis ſtipulatus ſit tibi, aut
2 Titio pupillo dari, promiſſor & ſine tutoris auctoritate ſolvendo pupillo liberabitur, *l. ſi ſtipulatus.* 11. *de ſolut.* ſcilicet quia ex hujusmodi ſtipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et ſolutio ſic accipiatur, quaſi ipſi creditori ſolutum eſſet, qui ita ſibi ſolvi voluit, *l. ſi ita ſtipulatus* 59. *d. tit.* de quo ex profeſſo infra §. *ſi quis alii.* 4. *de inut. ſtip.*

In conſtitutione, quam ad Cæſarienſes advocatos) Miſſa eſt hæc conſtitutio ad Joannem Præfectum Prætorio: intelligit enim *leg. ſancimus.* 25. *C. de adm. tut.* quòd ipſa verba iſtius conſtitutionis, quæ huc translata ſunt, oſtendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæſarienſes advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & conſultationem emiſſa eſt, ut arguunt multæ aliæ conſtitutiones, *leg. ult. Cod. de pact. leg. ſi major.* 12. *C. de legit. hæred leg. ſi fidejuſſo.* 27. *C. de fidejuſſ. leg. optimam.* 14. *C. de cont. ſtipul.* junct. §. *item. verborum.* 12. *infr. de inut ſtip.* quæ omnes ad diverſas conſultationes & quæſtiones à Cæſarienſi advocatione propoſitas ſcriptæ, & ad eundem Joannem P. P. miſſæ ſunt; quippe cujus auditorio advocati Cæſarienſes militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæſarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujac. & Fabrot. exiſtimant, ſed Palæſtinæ, perſpicuum eſt ex *dict. leg. ſi fidejuſſ.* 27. *C. de fidejuſſ.* ubi eadem advocatio, quæ paſsim Cæſarienſis, Palæſtina appellatur.

Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſolvere) Locutio implicata, quæ ſit conſtruenda & ordinanda eſt: *Ita licere* (id eſt, *permitti, jus eſſe*) *debitorem pupillarem ſolvere tutori vel curari*, &c. *Solvere*, id eſt, *numerare quod debetur.* Theophilus ποιήσασθαι τὴν κατα-βολὴν. Anton. Fab. 13. *conject.* 13. *& juriſp.* 12. *pr.* 7. *illat.* 43. huic orationi alium ſenſum affingit, quaſi ita ſcriptum eſſet; *ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli, vel adulti abſolvere & liberare*) qui ſcil. antea pupillo, aut adulto ſolvit ſine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cùm adhuc tutorem aut curatorem non haberet) *ſi prius judicialis ſententia*, &c. Sed præterquam quod hæc locutio non facile eſt obvia, *ſolvere debitorem* pro liberare obligatione, quamquam unus & alter locus occurit, in quo debitor ſolutus pro liberato dicitur, *l. decem.* 116. *de verb. obl. l. ſi ex pluribus.* 16. *de accept.* pugnat illa Fabri expoſitio manifeſtè & cum ſententia & cum verbis Juſtiniani, quæ ille mirè torquet, ne videantur obſtare iis, quæ ex cerebro ſuo comminiſcitur contra veram & receptam ſententiam, quæ hæc eſt: Quamvis ipſi tutori ejuſve auctoritate pupillo facta ſit ſolutio, æque ſolutione debitor ipſo jure liberetur; nihilominus tamen pecunia male conſumpta maleve collocata, patere pupillo, ſi tutor ſolvendo non ſit, reſtitutionem in integrum, niſi ſententia judicis intervenerit, *l.* 1. *C. ſi adv. ſol. l.* 2. *C. ſi tut. vel cur. int.* Vid. Gomez. 2. *reſol.* 14. *n.* 4. Maurit. *de reſt. in int. cap.* 176. *& ſeqq.* Briſſon. *lib.* 1. *de ſol. ſect.* 4.

Si prius judicialis ſententia) Excipiuntur redditus annui & cæterarum rerum penſiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipſi tutori curatorive etiam ſine judice tuto ſolvuntur, *dict. leg. ſancimus.* 26. *C. de admin. tut.* Siquidem & moleſtum eſſet, quotannis adire judicem, & incommodum minori, diu differri ſolutionem ejus rei, unde fere ali

ſo-

solet. Quod tamen & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas bienni aut summam centum solidorum, *leg. constitutionem.* 27. *C. d. tit.*

Sine omni damno) Id est, ut Theophilus interpretatur, διχα πάσης δαπάνης, sine ullo scilicet sumptu aut impensis in judicum, scribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas) Ita ut nec adversus solutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstat quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l.* 11. *C. de præd. min.* Nam debitor ex necessitate solvere tenetur: emptor potest non emere Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut solutio decernente ac statuente judice facta à debitore minoris plenissimam liberationis securitatem pareret: & procedebat hoc ita etiamsi minori curatorem non habenti decernente judice solutum esset *l.* 7. §. 2. *de minor.* Cæterum liberatio nihilominus ipso jure continebat, si tutori vel curatori solutio facta esset, quantumvis sine judice: solùm hìc supererat adhuc metus aliquis restitutionis in integrum: si forte pecunia male collocata, & tutor vel curator solvendo non esse. Post constitutionem autem Justiniani dicendum videtur, solutionem sine judice factam, aut ad liberationem ipso jure non prodesse, licèt tutor vel curator intervenerit, aut si adhuc debitores ita liberari placet, minus quàm olim hoc casu securos esse: quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria conveniendos fuisse, & demum si illi solvendo non essent, patuisse minoribus remedium extraordinarium, Hodie verò esse, quod de se querantur debitores, quòd non solverint secundùm præscriptum constitutionis Justinianeæ.

Pecuniam autem salvam habeat) Etsi solutione sine tutore judiceve facta eamdem pecuniam retere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum, si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quò iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *leg. pupillo.* 5. *de solut. l. bona fides.* 57. *de reg. jur. l. pen. de reb. eor. qui sub. tut.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne fiatur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum est, *l.* 4. §. *si quis.* 4. *de dol. mal. exc. l. in pupillo.* 47. *de solut. l. nam hoc* 14. *de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cùm etiam ultro adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l.* 3. §. *pupillus. l.* 6. *in pr. de neg. gest. l.* 5. *in pr.* & §. 1. *de auct. tut. leg. naturaliter.* 13. §. 1. *de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior) Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam non habet, *l.* 4. *de except.* aut si ea quovis modo in rem ejus versa sit, *l. si pupilli.* 66. *de solut.* Hoc amplius & si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo emptuus fuerat, licèt ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantumdem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *leg. in pupillo.* 47. §. 1. *de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in hujusmodi quæstionibus eo tempore spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatæ, *dict. leg. in pupillo.* 47. §. 1. *l.* 4. *de except. litis.* 37. *de neg. gest.*

Quòd si male consumpserit) Si pupillus, cui sine tutore aut judice solutum est, pecuniam salvam non habeat, neve ex ea locupletior factus sit, sed malè, profusè, ἀσώτως eam consumpserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eamdem summam solvere cogere. Planè si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem ejus versa sit, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quàm pupillo abest. Ex his autem quæ disputata sunt intelligimus, quid sibi velit Accursius, qui in *l.* 7. §. 2. *de minoribus*, scribit, debitorem pupillarem solventem triplicem posse consequi liberationem, aut securitatem; plenam, pleniorem & plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut judicis auctoritate solverit, & pecunia pupillo iterum petenti salva sit, inve rem ejus versa, ut *hìc & suprà dd. ll.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsivit, *l.* 10. *l. creditor.* 55. *l. debitor.* 180. *de verb. sign.* Pleniorem, si solverit tutori ejusve auctoritate pupillo, non inveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l.* 1. *C. si ad vers. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis: quod cùm factum est,

etiam

etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartoli in *dict. l.* 7. §. 1. cæterorumque Interpretum distinctio est, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, sed nulla probabili ratione improbata *lib.* 17. *conj.* 13.

Ex diverso, pupilli solvere sine tutoris auctoritate non possunt.) Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ita eadem ratione nec solvendo creditori suo quod debet liberatur. Cæterum quemadmodum consumptis nummis, quos mutuo dedit, condictio ei nascitur; ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis.* 19. §. 1. *de reb. cred. l.* 9. §. 2. *de auct. tit. l.* 14. §. *ult. de solut.* Quid ergo, si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit, aut in solutum dedit, casu apud eum qui accepit, perierint? utrius periculum & jactura erit? Donellus in *d. l.* 19. §. 1. Azonem secutus pupilli periculum esse putat, quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l.* 6. *l.* 9. *C. de pign. act.* Sed rectè cum *Gloss.* & *DD. comm.* Zas. *ibid. nu.* 8. contrarium defendit, ne quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l. quod favore.* 6. *C. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum; hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quod cætera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut solvisset.

TITULUS NONUS.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. *Tit.* 27.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HIc titulus totius superioris disputationis quamdam quasi ampliationem continet ostendens, non solùm nobis acquiriri ἀμέσως per nosmetipsos; verùm etiam per alios ἐμμέσως. Personæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio: ex qua enumeratione perspicuum est eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subjectos esse: vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi; tum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel justa nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cùm explicatum est removetur hinc persona extranea, utpote per quam, excepta causa possessionis nihil acquiri possit: ac postremò ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

TEXTUS.

Summa.

Adquiritur vobis non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos & per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

NOTÆ.

Quos bon. fid. possidetis) Ergo non tantùm per eos, qui revera nobis subjecti sunt, acquirimus, sed etiam qui justa opinione nostra.

COMMENTARIUS.

Acquiritur vobis) In aliis libris hæc & quæ porro sequuntur, leguntur, in prima persona, *acquiritur nobis*, &c. uti apud Cajum *l.* 11. *de acq. rer. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theoph. hunc locum reddidit, & legendum censent Cujac. Baro. Wesem. Mihi utro modo legas, parum referri videtur.

In potestate) Non dixit *in dominio*, sed generaliter, *in potestate*, ut uno verbo & filiosfam. & servos comprehenderet. Nam potestas verbo, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium significatur, *l. potestatis.* 215. *de verb. sign.* VINN. Attamen & liberos æquè ac servos fuisse in dominio patris Quiritium certissimum est. Liberi enim poterant mancipari, tanquam res mancipi.

Caj.

Caj. *Inst. l. 6.* 3. poterant vidicari, *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* poterat iis surreptis, actio furti institui, *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Conf. Ill. Bynkersh. *de jure occidendi, lib. c.* 1. *p.* 145. HEIN.

TEXTUS.

De liberis in potestate.

1. *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est: & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reservavimus. Sanciimus etenim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum fiat procedat.*

NOTÆ.

1. *Castrensibus peculiis*) Quæ primùm filiisfam. militibus concessa: postea etiam veteranis, seu militia missis, *pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Juven. *sat.* 16. *v.* 52. Postremò ad exemplum castrensis etiam quasi castrense peculium exceptum, quasi militum contemplatione litteratæ militiæ, §. *ult. inf. de mil. test.*

Sine ulla distinctione) Id est, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non distinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter usumfructum & proprietatem.

Generali constitutione) *L. 6. C. de bon. quæ liber.* qua quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante à diversis Principibus statutum erat, *l.* 1. & 2. *C. de bon. mat. l.* 1. 2. 6. & 7. *C. Theod. l.* 1. & 4. *C. de bon. quæ lib.* ne ἀσύμβολος abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum) Th. Τὸ ἐπιφαλόμενον ἐφύλαξεν, *debitum reservavit*, & vox *honorem* abundare videtur Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, sed acquisiti. Deest quoque in emendatissimis editionibus, teste Fabrot.

Usumfructum patri) Quidam etiam casus sunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ult.* §. 1. *Cod. de bon. quæ lib.* auth. *exicipitur, cum* 2. *seqq. Cod. eod. Peculium adventitium,* ξένον, ἐπήλυτον, Gloss. lat. gr. quod aliunde, quam à patre obvenit, & quasi τυχηρῶς.

COMMENTARIUS.

1 *Post occupatam demum Remp. filiisfam. primùm militibus, deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum: procedente tempore, & quasi castrense.*

2 *Quid sit peculium filiisfam. quot ejus species, & quid singulæ.*

3 *Translato in Thraciam Imperio, primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, novissimè omnium adventitiorum proprietatem filiisfam. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.*

4 *Quid moribus nostris, & Gallorum?*

EXceptis *castrensibus peculiis*) Florente Republ. peculium filiifam. uniusmodi fuit. 1
Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque planè jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in servos; cujus rei inter alios testis locuples est Dionys. Halicarnassensis *lib.* 8. *Romani*, inquit, *proprium nihil possident, quamdiu patres eorum in vita manenti: sed & pecuniæ & corpora filiorum parentum potestati arbitrioque permissa sunt; omniaque parentibus acquirunt quasi servi*, ut ὑποχείριοι καὶ θέλει τῶν πατέρων. Verùm Imperatores ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiisfamil. pleno jure concesserunt: primùm militibus, postea etiam veteranis seu à militia dimissis, *infr. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifamil. in hoc peculio jus ac vicem patrumfami. obtinere cœperunt, *l.* 2. *de senat. Mac* idque significat Juvenalis *satyr.* 16. *v.* 52. his versibus:

—— *Nam quæ sunt parta labore*
Militiæ, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater. ——

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, *l.* 1. *de testam. mil. d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Postremò, nec multo post ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfamil. permissum est, §. *ult. inf. de mil. test.* Planè hactenus adhuc diu jus ve-

vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, *l. 2. de constr. pec.* de quo plura alibi. VINN. Jus in peculio castrensi eodem tempore concessum videtur filiis familias, quo militibus liberrima illa testamenti factio concessa est, cujus historiam habes in *l. 1. pr. ff. de test. mil.* Nec mutatum videtur quod pater bona filii intestati jure peculii occupet, si liberos vel fratres non reliquit. Nam & bonis publicatis, ea tamquam peculium penes patrem manent, *l. 3. C. de bon. proscr.* Utroque enim casu cessat favor filiifamilias militis, ob quem illi hujusmodi concessum est privilegium. HEIN.

Sine distinctione) Profectitii scil. vel adventitii peculii, proprietatis & ususfructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. Ex his porro patet, quicquid filiusfam. habet, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus, peculium filiifam. esse vel militare, vel paganum: & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius castrense & quasi castrense, hujus profectitium & adventitium. Castrense est, quod per ocasionem armatæ militiæ filius sibi acquisivit: quod quid contineatur, docent *l. castrense. 11. d. castr. pec. l. 1. C. eod.* Quasi castrense est, quod in toga operam Reipub. navans paravit, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa inermique militia, *l. ult. C. de inoff. testam. l. 4. l. advocatio. 14. C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque à Principe in filiumfam. collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *l. 7. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus, ac si paterfam. esset, *d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test. l. 1. §. nec Castrense. 16. de collat. l. 2. de sen. Mac.* Adde quæ notavimus sub §. *ult. infr. de mil. test.* Profectitium peculium est, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit; sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ, aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l. 6. C. de bon. quæ lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri secundùm antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo usufructu patri relicto; de quo mox fusius.

Alii filio vel extraneo donare) Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cùm utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque statuere, & quod labore Titii filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porro etiam est, quod patre mortuo peculium paganum omne, nisi legatum esset, fratribus conferendum erat, *l. certum. 13. C. fam. erc. l. filiæ. 12. C. de collat.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. d. tit.* convenienter priori suæ constitutioni, *l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib. in potest.*

Generali constitutione emissa) Cùm olim bona omnia adventitia non minus, quàm profectitia pleno jure patris essent, Constantinus detraxit bona materna, quorum usumfructum tantùm patris, filio proprietatem tribuit. *l. 1. C. de bon. matern. l. 1. & l. 2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodosius idem statuerunt de bonis materni generis, id est, ex materna cognatione delatis, *l. 6. C. Theod. eod.* eosque secuti Arcadius & Honorius, *l. 2. C. d. tit. l. 7. C. Theod. eod.* Theodosius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius, hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalitia produxerunt, *l. 1. l. 4. C. de bon. quæ lib.* Postremò Justinianus generali constitutione emissa, quacumque ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, *d. l. cum oportet. 6. C. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc secundùm antiquam observationem) In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri secundùm observationem juris antiqui. Plane potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, *l. donatione. 31. §. 2. de don.* & bonis patris publicatis, separatur & conservatur liberis, *l. 3. §. sed utrum. 4. in fin. de minor.* Ait, *ex re patris, in d. l. cum oportet. 6. ex substantia patris.* Quid igitur dicemus, si quid filio obvenerit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? DD. *hic & in d. l. cum oportet. 6.* id quoque peculii profectitii esse volunt, *arg. l. si serv. 21. cum l. seq. de usufr.* ubi quod servo fructuario relinquitur, aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acqui-

ri

ri dicitur tamquam ex re ejus quæsitum, *facit l. sed si plures.* 10. §. *in arrogato.* 6. *in fin. de vulg. & pup. subst.*

Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat) Dominium posuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum portet.* 6. Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi, *l. ult.* §. *ipsum autem* 5. *C. eod.* Si ususfructus filio relictus sit, hic totus acquiretur patri; at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de usuf.* Nonnumquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primò introduxit in hæreditate, quam filius renuente patre adiisset, *d. l. ult.* §. 1. postea etiam in pluribus casibus; in rebus ea lege filio datis, ne ususfructus ad patrem perveniret: in hæreditate fratris & sororis, ad quam una cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa, *auth. excipitur, & 2. seq. C. de bon. quæ lib.* VINN. Immo & alii sunt casus, quibus plena filio proprietas adquiritur veluti si pater dolosè versatus sit in bonis filio restituendis, *l.* 50. *ff. ad SC. Treb.* si princeps filiofam. donarit, *l.* 7. *C. de bon. quæ lib.* HEIN. Moribus nostris & Gallorum adventitia omnia, sicut castrensia & quasi, filii sibi non patri & in solidum acquiruntur: in profectitiis tantùm antiquum jus acquirendi per filium patri relictum est, Gudelin. *de jur. noviss. lib.* 1. *c.* 14. Chassan. *in consuet. Burgund.* §. 1. *tit. Des enfans de plusieurs lits ad vers. & fait les fruits.* Petr. Greg. *syntagm.* 11. *c.* 8. *n.* 12. Enim verò quod provenit ex quæstu, aut operâ liberorum, quos parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur, Grot. 1. *mand. c.* 6. add. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque à nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere, (si voluerat,) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum deminutionem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fructur, pro tertia, dimidia potiturus.*

NOTÆ.

2. *Liberos suos*) Th. τὸν παῖδα. Cujac. Hotoman. Fabrot. *liberum suum*, numero singulari *ut inf. de serv. cogn. in pr. & l.* 33. *C. de inoffic. testam.* Aurel. Victor. *cap.* 26. *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

Anterioribus constitutionibus) Intelligit *l.* 1. *& 2. C. Th. de matern. bon.* quæ Constantini sunt, *l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis) Quasi remunerationis gratia, *d. l.* 1. *& 2. d. l.* 6. §. 3. pro præmio delatæ emancipationis, *l.* 3. *C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium est quærendorum bonorum, *l.* 1. *si à par. quis man.*

Quod honoris) Honorificum est filio, suæ potestatis & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cùm peculium profectitium, si pater id non ademerit, sequatur filium emancipatum, dimidia ususfructus adventitiorum, etiam expresè non reservata patrem?*

E*Mancipiando liberos suos*) Cujac. Hotoman. Vvesemb. *liberum suum*, numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus, *leg. si quis.* 33. *C. de inoffic. testam. & inf. de serv. cogn. in pr.* legitur, *liberum vel liberos.* Veteres autem semper in numero multitudinis ea voce usi sunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teste Gell. *lib.* 2. *cap.* 13. quod & Cajus confirmat, *l. non est.* 148. *de verb. signif.* ubi scribit, non esse sine liberis, cui vel unus filius filiave est. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habet liberos, non habet liberos*, semper plurativo numero profertur, sicut & pugillares & codicilli. Glossa Græc. Lat. τέκνα, *liberi, pluraliter, tantum declinatur.* Quod autem Valla, *lib.* 3. *elegant.* 8. scribit, liberum pro filio se & apud Paulum & apud Cajum reperire, existimo esse μνημονικὸν ἁμάρτημα, eumque Paulum & Cajum dixisse pro Modestino, & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l. jus agnationis.* 34. *de pact.* legit, *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent; sed Florentina nos docuit legendum, *nolle suum esse.* Apud Ulpianum, *l. nemo.* 126. §. 1. *de regul. jur. qui liberum acquisierit.* Sed & hic in Florentino Codice est, *qui libertum acquisierit*, quomodo procul dubio legendum.

Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum, nec verba citat. VINN. Immo locus, ad quem respicit Valla est apud Quintil. in *Declam. II.* Conf. VV. C. Muncker. *ad* Hygin. *Fab.* 9. & Ducker *de Latin. ver. JCt. p.* 585. HEIN.

Ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant.) Id est, in iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio non patri acquirebatur ex Græcorum Imp. constitutionibus: quò in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia, & sponsalitia lucra, ut notatum §. *præc.* Cave igitur intelligas peculia castrensia, aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus apertè testatur, *d. l. cum oportet.* 6. §. *cum autem.* 3. *C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

Quasi pro pretio emancipationis) Constantinus *l.* 1. & *l.* 2. *C. Theod. de bonis matern.* censuit, æquum esse, ut filius patrem emancipatorem remuneraret, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in potestate manentibus concesserat, aut ut jus esset patri tanta horum bonorum partem sibi retinere; idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius consequitur, & ut sui juris ac caput ipse familiæ esse incipiat, quod ei honorificum est; & ut pleno jure deinceps omnia possideat, sibique acquirat, quod lucrosum. Et hoc est, quod Justinianus hic significat his verbis, *quasi pro pretio emancipationis*: quod in constitutione sua sic expressit, *quasi remunerationis gratia, d. leg. cum oportet.* §. 3. Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent *l.* 3. *C. de bon. matern.*

Pro tertia parte dominii, dimidiam ususfructus) Justiniano duriusculum visum fuit, liberos specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis invicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, sed ususfructus consequeretur, idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concesso iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Justinianus censuit, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expressè reservavit, *d. l. cum oportet.* 6. §. *cum autem.* 3. cùm tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur tamquam à patre tacitè donatum, si pater id non ademerit, *l. donationes.* 31. §. 2. *de donat. arg. leg. si Sticho.* 53. *de pecul. l. unic. C. de pecul. ejus, qui lib. mer.* §. *si peculium.* 20. *infr. de legat.* Differentiæ rationem hanc affert Joan. Faber, quòd præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio, cujus ille adimendi potestatem non habebat; in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis: quandoquidem ipse pater pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso, quod non adimit, concedere ita tacitè intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis possessio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro à patre relictum & filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet, atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciaverit, vel donatione facta, hoc ab sese in liberos transtulerit, *d. l. cum oportet.* 6. §. *cum autem.* 3.

TEXTUS.

De servis nostris.

3. *Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditone nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu hæreditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accidit.*

NOTÆ.

3. *Et convenienter*) Nempe regulæ initio positæ, quod per servos nobis ex qualibet causa acquiritur etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lu-

lucrum tantùm continet, non etiam damnum, ut hæreditas, *l.* 32. *D. mandat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur per servos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis?*
2 *Cur hinc excepta hæreditas?*
3 *An possessio per servum domino ignoranti acquiratur quacumque ex causa?*

DIctum hactenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus: sequitur de acquisitione per servos, in qua jus vetus per omnia servatur traditum à Cajo, *l.* 10. §. 1. *& deinceps de acquir. rer. dom.* Et huc translatum, id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii, (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum à rationibus dominicis habet, *l.* 1. §. *ult. de pecul.*) sive extra eam quacumque ex alia causa, id totum acquirat domino.

Sive quid stipulentur) Subobscurè hoc dictum videtur pro, *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur.* Nam etsi verum est, servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione acquirere, *infr. per quas per. obl. acq.* §. 1. *infr. de stip. serv.* sub hoc tamen titulo non quæritur, per quas personas nobis obligatio acquiratur, sed dominium, sive proprietas, & possessio.

Ignorantibus & invitis) *L. tiam invitis.* 32. *de acq. rerum domin. l. quemadmodum.* 46. *de jur. dot.* Hujus autem necessariæ acquisitionis non alia ratio quærenda, quàm quæ hìc & apud Cajum *d. loc.* relata est: nimirum, quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest. Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est, & per quem acquiritur; sed protinus & necessario acquiratur ei, qui in potestate habet, domino vel patri, (nam & filiusfam. qua talis huc pertinet, *l. placet.* 79. *de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusfam. sustinent, & quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium non acquiri, *l. hoc jure.* 19. §. 2. *de dona. l. invito.* 69. *de reg. jur.* Non enim beneficii, sed juris ratio facit, ut sic domino per servum acquiratur. Quòd si dominus id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius, ut hanc objectionem effugiat, duos quasi gradus in hac acquisitione considerat, unum in persona acquirentis, in qua acquisitionis initium; alterum in persona nostra, in qua progressus quidam numeretur. Ad initium quod attinet, ait, invitis nobis acquiri; quod progressum atque absolutionem, non nisi volentibus. Sed non est necesse, ut eò confugiamus, & fit hæc acquisitio in momento, *d. l. placet.* 79. *de acq. hær.* frustraque alias exciperetur hæreditas

Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu) Exceptio proximè præcedentis regulæ. Hæreditas quidem & ipsa per servos nostros hæredes institutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, sed volentibus dumtaxat & jubentibus eos hæreditatem adire. Quòd si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *l. si quis.* 25. §. *jussum.* 4. *de acq. hær.* Hoc autem cur ita placuerit, minimè obscurum est, ne scilicet in potestate servi esset domini conditionem deteriorem facere, ignorante eum obligando æri alieno hæreditario, quod sæpe excedit vires patrimonii defuncti, *l.* 6. *d. tit.* Illud enim motum est, eum, qui hæres efficitur, non tantùm acquirere, sed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

Et convenienter vobis legatum) Convenienter non ei, quod proximè præcedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ. Quod per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur & ex causa legati. Et hac verò causa procul dubio etiam ignoranti & invito domino per servum acquiretur sicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis.* 32. *de acq. rer. dom.* Nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate est, cessat in legato, quod purùm semper & liquidum lucrum affert, *l. si hæreditatem.* 32. *mandat.* Planè jejuna quædam hic repetitio est de legato, quippe cujus jam in *pr. hujus.* §. mentio facta: sed Tribonianus hunc locum ex Cajo *d. l.* 10. §. 1. *de acq. rer. dom.* describens, incautè initium illius §. interpolavit: nam Cajus legati non meminit nisi semel, & demum in calce *d.* §. 1.

Non solùm proprietas, sed etiam possessio) An possessio per servum nobis acquiratur, causa est, cur dubites. Hæc enim res non juris, sed facti est, *l.* 1. §. 3. & 4. *de acq. poss. l. denique.* 19. *ex quib. ca. maj.* ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. qui hæredi* 44. *de cond. & dem.* §. 2. *in inf. de stip. serv.* ut proinde di-

dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verùm possessio non corporis tantùm & facti est, sed etiam juris, teste Papin. in *l. possessio.* 49. §. 1. *de acq. poss.* aut potius, ut idem Papin. in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cùm de ea acquirenda, retinenda, aut transferenda agitur; plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio, per quos res cæteræ, utique si nostro
3 nomine possessionem apprehendant. Cùm autem generaliter & simpliciter tum hic, tum apud Cajum, *d. l.* 10. §. 2. *de acq. rer. dom.* scriptum sit, non solùm proprietatem, sed etiam possessionem nobis per servos acquiri, & cujuscumque rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videri; apud Ulp. *l. si me* 34. §. *ult. de acq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignoranti mihi possessionem acquirere: hinc Glossa & comm. DD. crediderunt, æquè per servum quacumque ex causa possessionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res cæteras, excepta hæreditate. Sed verior est eorum sententia, qui in acquirenda per servum possessione putant, causam peculiarem ab aliis separandam, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignoranti domino acquiratur; si extra causam peculii, non nisi scienti: quæ distinctio apertè proponitur, *l.* 1. §. *item acquirimus.* 5. *l.* 3. §. *cæterum.* 12. *l. quod servus.* 24. *l. peregre.* 44. §. 1. *de acq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicuè indicatur: nimirum cùm ea possessionis conditio sit, ut non nisi animo & corpore acquiri possit, *l.* 3. *pr.* & licèt corpore alieno, animo tamen non nisi nostro nobisque volentibus, *d. l.* §. *cæterum* 12. *l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* Hunc animum nostrum in earum quidem rerum possessione, quas servi ex causa peculiari adipiscuntur, quodammodo & in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere, eo quod peculium eos habere permisimus; in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini acquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem in his causa acquirendam specialem domini voluntatem certamve scientiam necessariam esse, *d. l. peregre.* 44. §. 1. Sic igitur temperandum erit, sicubi simpliciter, quemadmodum hic, scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l.* 34. *ult. eod.*

Unde etiam per eos usucapio) Cajus *d. l.* 10. §. 2. hoc sic expressit; *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus: cùm alioqui possessio ignorantibus nobis quæsita veluti per procuratorem ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenerit, *l. si emptam.* 47. *de usuc. l.* 1. *C. de acq. pos.* quod pleniùs explicabimus *sub* §. *pen. hujus tit.*

TEXTUS.

De fructuariis & bona fide possessis.

4. *De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod verò extra eas causas consecuti sint, id dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.*

NOTÆ.

De iis servis) *Ex l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l.* 21. *de usufr.*

Ex operis suis) Puta si sutor sit, aut pictor, aut faber, & pro opera hujusmodi mercedem acceperit, *l.* 26. *de usufr.* Quid si ex superioribus causis, nominatim domino proprietatis stipuletur, aut nomine ejus rem accipiat? acquirit domino proprietatis, *leg.* 25. §. 3. *d. t. l.* 37. §. *pen. de acq. rer. dom.* Cæterum placet, fructuarium condicere id posse, *l. pen. de stip. serv.*

Hæres institutus, &c.) *D. l.* 10. §. 3. *l.* 47. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *pr. de acquir. hæred.* Excipe, nisi quid horum factum contemplatione fructuarii, *l.* 22. *& seq. de usuf.* quo casu servus ex re fructuarii, non opera sua fructuario acquirere intelligitur, *l.* 45. *d. t.* ne objici possit, quód aditio hæreditatis non sit in opera servili, *d. l.* 45. *in pr.*

COMMENTARIUS.

1 *Cui acquirat servus fructuarius si dicat, se domino proprietatis accipere ex re fructuarii?*

2 *Aditionem hæreditatis non esse in opera servili, & quare.*

3 *Servum contemplatione fructuarii hæredem institutum fructuario hæreditatem acquirere, & jussu ejus, non domini adire.*

QUæ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. *præc.* ea locum habent, cùm quis plenam in servo proprie-

prietatem habet. Quòd si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantùm proprietas, hìc ex duabus causis ususfructuario per hunc servum acquiritur, ex re scilicet fructuarii, & servi operis; ex cæteris causis proprietario. Itemque juris servatur in eo; qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est, aut domino, si servus: de quibus nunc porro sequitur.

Ex re vestra vel ex operis suis) *L.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l. si servi.* 21. *de usuf.* Ex re fructuarii, veluti si servus, cùm fructuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, usuræ, pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l.* 1. *C. de rei vind. l. servus.* 43. §. *ult. de acq. rer. dom.* Ex operis servi, verbi gratia, si sutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l. si operas.* 26. *de usufr.*

1 Sed quid, si dicat, servus, se domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc casu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis eidem acquireret, *l. per servum.* 37. §. *pen. de acq. rer. dom. l. sed etsi.* 25. §. *quæstionis.* 3. *de usuf.* Et facit hoc quidem ratio summi juris: cæterum quod ita domino proprietatis quæsitum est, placuit fructuarium condicere posse, *l. pen. de stip. ser.* Cur verò tantùm ex duabus istis causis placeat acquiri fructuario, ratio hæc est, quòd quæ ex istis causis acquiruntur, fructum vicem obtinent, cæteræ in fructu non sunt.

Extra eas causas) Extra superiores causas habetur, quod servus fructuarius ex re peculiave alterius consecutus est, puta ex peculio, quod à proprietario habet, aut si quid servo donatum legatumve sit, aut si hæres sit institutus. Idcirco placet, nihil horum per servum fructuario acquiri, sed omnia hæc acquiri domino proprietatis, *d. l.* 10. §. 3. *l. servus.* 43. *leg. fructuario.* 47. *l. quòd fructuarius.* 49. *de acquir. rer. domin. l. si quis.* 25. *de acq. hær.* De hæreditate à quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, *l. liber.* 19. *de acq. rer. dom.* & sine hujusmodi facto servi nec domino hæreditas acquiri possit, *l.* 3. *C. de hær. instit.*

2 Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non esse in opera servili, *l. aditio.* 45. *de acq. hær. d. l. fructuario.* 47. *de acq. rer. dom.* & rectè. Nam aditio factum quidem est, sed opera non est: quippe cùm opera non fit sine labore, qui in aditione nullus est. VINN. Posset & eadem reddi ratio, quam reddit Ulpianus, docens, partum ancillæ non esse in fructu, *l.* 27. *pr. ff. de hær. petit.* Quemadmodum enim ancillæ non ideo parantur, ut pariat; ita nec finis primarius est eorum, qui servos sibi comparant, ut hæreditates nobis adquirant. Usufructuarius autem capit tantùm fructus ordinarios quoscumque. HEIN.

Si hæres institutus, legatumve quid ei, &c) Hoc etiam generaliter sic traditum est, *l.* 10. *l.* 47. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *de acq. hær.* Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatũ fuerit contemplatione fructuarii: quod enim ita relictum datumve servo fructuario est, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. si servi.* 21. & *l. seq. de usuf.* Eademque distinctio probata est in specie non dissimili, *l. facta.* 63. §. *si hæres.* 4. *ad sen. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide possessi; cujus in hac causa & servi fructuarii eadem ratio, *l. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hær.* Neque tam exceptio hæc est quàm interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit, nihil per servum fructuarium fructuario acquiri præterquam ex re fructuarii, aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio, quod contemplatione fructuarii datum aut relictum est, extra illas duas causas non acquiri: quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex servi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit rem quæsitam voluit, *d. l. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hær.* Ex quo etiam perspicuum est, falli Glossam, Jo. Fab. Cantiunc. *hic.* Bart. *in d. l.* 25. *de acq. hær.* & quotquot sunt, qui scribunt, 3
servum fructuarium, ut maximè contemplatione fructuarii hæres institutus sit, non posse hæreditatem jussu fructuarii adire, eamque per aditionem directo acquirere fructuario, sed adeundam esse jussu proprietarii, cui etiam stricta ratione hæreditas acquiratur, sed restituenda fructuario conditione sine causa, ut in casu *l. pen. de stip. serv.* Fefellit eos, quòd putaverunt, prius est, ut aditio hæreditatis contra expressi juris auctoritatem statuatur esse species operæ servilis, quàm in casu proposito dici possit, servum jussu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita est: neque enim ex causa operæ servilis hæc acquisitio defenditur, sed ex capite altero, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii acquirere intelligitur; ex qua causa

sa vel maximè fructuario acquiri constat, *dict. leg. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hæred.* Ubi ex hoc eodem fundamento Jurisconsultus defendit, liberum hominem bona fide à me possessum, & mei contemplatione hæredem institutum meo jussu adire, & mihi acquirere hæreditatem posse. Bonæ fidei autem possessoris & fructuarii eadem planè in his quæstionibus ratio est, ut mox docebitur: censent Jas. *in d. l.* 25. *de acq. hær.* Mynsf. Bach. *hic.* Movere autem neminem debet, quòd quibusdam locis generaliter definitur, servum fructuarium jussu ejus, qui usumfructum in eo habet, adire hæreditatem non posse, ut *d. l.* 25. *in pr. & d. l. aditio.* 45. §. *pen.* Hujusmodi enim loci accipiendi sunt de servo simpliciter instituto, non contemplatione fructuarii: quo casu si per servum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra superiores duas causas: quod ratio juris non permittit. Sic cùm in hoc nostro §. & *dict. l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom.* generaliter scriptum sit, quod servo fructuario donatur, aut relinquitur, id acquiri proprietario; nemo tamen est qui negat, admittendum hìc esse illam sive exceptionem, sive interpretationem, nisi quod servo donatum relictumve sit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum est. Quod verò Paulus in *l. quod fructuar.* 49. *de acq. rer. dom.* scribit, quod extraneus servo fructuario donat, indistinctè soli proprietario acquiri: id non eò pertinet, ut excludat insignem & receptam distinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii, aut simpliciter servo donatum est; sed eam, quam ipse in pr. istius legis proponit in fructuario donante. Planè ex generali horum locorum definitione evidenter evincitur, errare eos qui contendunt, quod servo fructuario donatur, aut relinquitur, in dubio præsumendum donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tamquam certum tradit D. Dionys. Gothofred. *in annot. ad Schneid.*

TEXTUS.

5. *Idem placet & de eo, qui à vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet & de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit servum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius verò usucapere non potest: primùm quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solùm autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis: aut per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundùm distinctionem, quam proximè exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint,*

COMMENTARIUS.

1 *An bonæ fidei possessor, quod ex operis servi paratum extat, domino servum vindicanti restituere tenetur?*

2 *Verumne sit simpliciter, quod Justinianus ait, fructuarium non possidere?*

DE iis, quos bona fide possidemus, idem jus est quod de servis fructuariis, ut scilicet qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est, sive homo liber, quicquid ex re ejus, cui servit, acquirit, quid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, & à quo bona fide possidetur, *d. l.* 10. §. *idem placet.* 4. 1. *liber.* 19. *de acq. rer. domin.* Hactenus tamen, quatenus possessor bona fide possidebit, & quamdiu ita possidebit: nam si scire cœperit, eum, qui bona fide servit, hominem liberum, aut alienum servum esse, continuo per eum acquirere posse desinit, *l. qui bona.* 23. §. 1. *l. quæsitum.* 40. *eod.* Quod extra duas istas causas acquiratur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur pertinere, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Extra eas causas maximè est hæreditas, legatum, donatione, *d. l. liber.* 19. *l. homo.* 54. *eod.* Cæterum & in persona ejus, qui bona fide possidetur, recipiendum temperamentum superius, nisi quid donatum relictumve sit contemplatione bonæ fidei possessoris, cui hoc casu etiam ista acquiri placet, *l. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hær.*

Itaque quod extra istas duas causas) Quoniam, ut supra notavimus, istud in fructu non est: ea autem sola, quæ in fructu sunt bonæ fidei possessoris fiunt, uti & fructuarii: Quæri potest in persona bonæ fidei possessori, (in fructuarium enim hujusmodi quæstio non cadit) an, quemadmodum is fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem suam domino restituere tenetur: juxta ea quæ tradita & notata sunt §. *siquis* 35. *sup. de rer. div.* eodem modo etiam quod pecuniæ aut rei ex operis servi paratum extat apud eum, cui bona fide servit domino servum evincenti restituendum sit? Quæstionem propo-

pono de rebus ex operis servi possessori quæsitis: vix enim dubitari potest, quin quod ex re possessoris quæsitum est, perpetuo atque irrevocabili jure possessoris efficiatur. At quæ possessori parantur ex operis servilibus, ea cum fructibus fundi comparari passim videas, *l. qui scit. 25. §. 1. de usur. l. quæsitum. 50. in fin. de acq. rer. dom.* Existimo tamen, etiam hæc bonæ fidei possessori irrevocabiliter acquiri, eique cedere in compensationem alimentorum, aliarumque impensarum, quæ necessario in servum fiunt, nec certo æstimari queunt. Neque obstat prædicta comparatio: nam ex ea minimè sequitur, eadem earum rerum & fructuum in omnibus rationem esse, & in *d. l. quæsitum.* 40. conferuntur hæc cum fructibus consumptis, quos lucrari bonæ fidei possessorem certum est.

Sed bonæ fidei possessor quum usuceperit) Bonæ fidei possessor usucapione perfecta quacumque ex causa per servum acquirit: quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet: quippe cujus nulla usucapio est.

Fructuarius usucapere non potest, &c.) Ait cum Cajo, *d. l. 10. §. ult. de acq. rer. dom.* usufructuarium usucapere non posse, idque duplici de causa, tum quia non possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem: utpote quæ nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum *sup. tit. de usuc.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est, neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarum usumfructum habet, dominum non esse. Quin ipse alium dominium agnoscit, cùm se fructuarium profitetur. Quod verò simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor, & possidere, *l. uti frui. 5. in fin. pr. & §. ult. si usuf. pet.* & naturaliter possidere, *l. naturaliter 12. de acquir. poss.* Sed hæc non sunt contraria: nam & colonus & commodatarius, & depositarius naturaliter dicuntur possidere, *l. 2. §. 1. pro hæred. l. 7. §. neque colonus 11. com. div.* qui tamen alibi possidere absolutè negantur: ullamve habere possessionem, *l. 9. de rei vind. l. non solùm 33. §. 1. circa fin. de usuc. l. 6. §. 2. de precar. §. possidere 5. inf. de interd.* Nimirum nec hi, nec fructuarius verè possident, id est, non possident civiliter, ψυχικῶς διανοεζοντος, animo dominantis, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, *d. §. possidere 5. inf. de interd. l. generaliter 19. l. quod meo. 18. in pr. de acq. poss. l. 6. §. 2. de precar.* Qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur, retentio ususfructus species esse traditionis, quàm quòd qui retinet usumfructum; desinat sibi, & incipiat alii possidere. Itaque cùm hi naturaliter possidere, aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantùm detentio significatur, *l. possessio 49. de acquir. poss. l. 1. C. com. de usuc.* Verum enim verò licèt fructuarius non possideat, tamen quia firmius jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei possessoria accomodentur; quæ cæteris, qui in possessione sunt tantùm, denegantur, *l. 3. §. unde vi 13. de vi & de vi arm. l. ult. uti possid.* De quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non solùm proprietas, sed etiam possessio) *L. 1. §. sed & 6 §. per eum. 6. l. possessio. 49. in pr. de acq. poss.* Nimirum quia etiam possessionem pleno dominio servus acquirit ex omni causa, §. 3. *sup. eod.* Ita vero jus est, ut quacumque per servum quacumque ex ex causa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placeat acquiri fructuario per servum fructuarium: & bonæ fidei possessori per eos, quos bona fide possidet ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quòd fructuarius servum non possidet: nam nec pater filium, *d. l. 1. §. per eum. 8. de acq. poss.* Sed nec procurator à nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis acquiri posse constat, *d. l. 1. §. per procuratorem. 20.* Hæc & quæ præcedentibus §§. tradita, quamvis apud nos usum non habent, qui servos non habemus, tamen diligentius exposui, quia in multis partibus non parum conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

TEXTUS.

De reliquis personis.

6. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri pos-

possessionem, secundùm divi Severi constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit; vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

NOTÆ.

6. *Sed & ignorantibus*) *L.* 13. *de acquir. rer. dom. l.* 34. §. 1. *leg.* 49. §. *ult. de acq. poss. l.* 1. *C. eod.* Utique tamen volentibus, ut ut ignoremus, quo tempore ex voluntate nostra possessio apprehendatur.

Per possessionem etiam dominium) Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l.* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *C. de acq. poss.*

Vel Usucapionem) Id est, usucapiendi occasionem, condictionem. Hoc interest, quòd dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est, acquiratur: re autem à non domino tradita usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire cœpi rem traditam esse, *l.* 47. *de usuc. l.* 1. *C. de acq. poss.* Nam usucapio bonam fidem possidentis requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat, possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquod non posse?*
2 *Per consequentiam quæsitæ possessionis necessariò etiam dominium nobis acquiri, aut usucapiendi conditionem: sed tunc demum, postquam scientia intervenit, n.* 3.

CONcludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sola causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subjectus est, neque bona fide à nobis possidetur: tum servum alienum, in quo neque usumfructum habemus, neque justam possessionem. In summa, persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil acquiri posse) Neque dominium aliudve in re jus, neque obligationem, aut actionem, *l.* 1. *C. hoc. tit. l.* 11. *de obl. & act. l.* 3. *in pr. quod vi aut clam. l. quo tutela.* 73. *ult. de reg. jur. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de ver. obl.* Cujus rei ratio est, quòd jus civile ita comparatum sit, ut sibi quisque quod sua interfit, negotium gerat, non alteri, *d. l.* 11. *de obl. & act. d. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl.* At quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §. 4. *inf. de inut. stipul.* VINN. At regulæ huic obstare videtur *l.* 15. *ff. constit. pecun.* ubi particula salutarem NON intrudere non dubitat Fr. Hotoman. *Observ. IV.* 12. Sed perperam: quum ibi exceptio à regula occurrat, puta, quando quis ministerium tantùm præbet. HEIN.

Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem) Excipit possessionem, quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehenderit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *d. l.* 1. *C. hoc. tit. l.* 1. *C. de acq. poss. l. solutum.* 11. §. *de pign. act. l. traditio.* 20. §. *ult. l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. domin.* Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit, nimirum, quia possessio acquiritur actu naturali & corporali rei apprehensione; in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus quàm in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictumque agnoscendo. Et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *d. l.* 1. *& l.* 8. *C. de acq. poss. d. l. solutum.* 11. §. *pen. de pign. act.*

Veluti per procuratorem) Procuratorem intelligo cum Bart. in *leg. qui mihi.* 13. *de donat.* Jas. & Zas. *in l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *de acqu. poss.* non tantùm qui speciale mandatum habet; sed etiam cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cùm procurator generalis & exigere possit, atque accipere, & emere, ac vendere, utique quatenus ratio administrationis hoc exposcit, §. *nihil autem.* 42. *sup. de rerum div. cum ibi notat.* hactenus non video, quid inter hunc & specialem procuratorem intersit. Planè extra causam administrationis ad acquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit; sed aut speciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l. communis.* 24. §. 1. *de acq. pos.*

Non solùm scientibus, sed & ignorantibus) Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri multis locis apertissimè scriptum est, *l. si procurator.* 13. *de acq. rer. dom. l. si me.* 34. §. 1. *l. possessio.* 49. §. *ult. de acq. poss. l.* 1. *C. eod.* Cui non obstat quod dicitur in *l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non ac-

acquiri nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocumque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet mandavimus.

Et per possessionem dominium) Ut possessio nobis per procuratorem acquiritur, sic & per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l. traditio.* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *C. de acq. poss.* Etenim admisso eo, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut dominium quæreretur per possessionem prius quæsitam, si ea à rei domino transferendi dominii causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam à domino possidere cœpit, dominus ejus rei statim efficiatur. Cùm autem dicimus, possessionem & per hanc dominium per procuratorem nobis acquiri; non hoc intelligimus, acquiri hæc primùm procuratori, à quo deinde ad nos transeant: sed ministerio procuratoris recta nobis acquiri possessionem, & per consequentiam quæsitæ possessionis eo casu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet, ἄτοπον esse & alienum, quod DD. plerique hìc afferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quæri, quàm obligationem, quia jura personalia & obligationes magis inhærent ossibus hominum.

Vel Usucapionem) Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiritur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus non sit. Prætermissa autem hoc loco à Triboniano est insignis inter hos casus differentia. Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *d. l.* 13. *de acq. rer. dom.* Si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l.* 1. *C. de acq. poss. l. si emptam.* 47. *de usucap. l. possessio.* 49. §. *ult. de acq. poss.* Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus, non sufficit possidere, nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

Aut longi temporis præscriptionem) Potuerat hoc omitti. Nam postquam ex duobus his generibus acquirendi, quæ prius fuerant, usucapione & præscriptione longi temporis, unum Justinianus fecit, *l. un. C. de usuc. transform.* satis fuisset, alterutrius tantùm meminisse, aut usucapionis, aut præscriptionis.

TEXTUS.

Transitio.

7. *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis acquiruntur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerit, ejus res omnes ad vos transeunt. At prius de hæreditatibus dispiciamus. Quarum duplex conditio est. Nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.*

NOTÆ.

7. *Si cui hæredes*, &c.) Ex modis acquirendi per universitatem, qui plures olim fuerunt, v. Cont. 1. *disp.* 12. soli manserunt hi quatuor, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, *inf. tit.* 10. *lib.* 3. adrogatio, & libertatum conservandarum causa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12. *de lib.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Verbis*, per universitatem, *non titulum acquirendi, sed rem quæ acquiritur significari.*
2 *Ex veteribus acquirendi per universitatem modis solos superesse quatuor; quos Justinianus commemorat.*
3 *Quid sit hæreditas?*
4 *Quibus modis deferatur?*
5 *Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ.*

EXpositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, quàm universitas acquisitionis. Nam & legari & donari bonorum universitas potest, *l. non amplius.* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. si unquam.* 8. *C. de revocat. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* Sed ti-

tituli hi nihilominus natura ſua ſingulares ſunt, hoc eſt, comparati dumtaxat ad acquirendum res ſingulas: & ideo nec idem jus in univerſum acquirendi tribuunt, quod verbi cauſa hæreditas, idque cernitur in actionibus directis tam activis, quàm paſsivis. Modi ipſi acquirendi ſoli univerſales ſunt natura ſua, ad quos nunc ſe Princeps confert.

Legatorum jus, item fideicomm. opportunius inferiore loco) Occupat, & tacitè removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quòd ſcilicet in diſputatione de acquiſitione juris civilis rerum ſingularum non omnes acquirendi modos, qui eò pertinent, exequatur, quod lex methodi videbatur exigere: ſed parte eorum præterita, ad aliud genus intempeſtivè tranſeat: nam legata & fideicommiſſa non minus ad prius iſtud genus acquiſitionis pertinere, quàm uſucapionem & donationem. Id ergo ſe non ignorare ſignificat, & conſulto tractationem de legatis & fideicommiſsis in alium locum rejeciſſe, eumque, qui longè ſit opportunior: nam originem eorum, cauſam communem, & exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure teſtamentorum, *infr. de legat. in pr.*

Per univerſitatem) Hoc eſt, quibus univerſum & una acquiſitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus univerſum alterius, non ſeparatim res ſingulas. Ita enim paulo poſt. *Si cui ergo hæredes facti ſitis, &c. ejus res omnes ad vos tranſeat*, & Cajus *lib. 2. tit. 2. in pr. Per univerſitatem*, ait, *hoc eſt, ſimul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac *l. hæreditas. 62. de reg. jur. l. nihil aliud. 24. de verb. ſign. l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* D. Vultejus putat, his verbis, *per univerſitatem*, titulum acquiſitionis ſignificari, non res acquirendas: ſed oppido quàm ineptè. Quis enim unquam fando audivit, titulo tribui univerſitatem, aut titulorum quoſdam dici univerſos? Multorum iſta collectionem arguunt. Quæ affectio cùm tantùm rerum propria ſit, nec tamen omnium, hinc eſt, quòd res quædam dicuntur ſingulæ, quædam univerſæ, & rerum ſive bonorum quædam univerſitas, non tituli. Cæterum quemadmodum actiones, quibus bonorum univerſitatem petimus, ex objecto appellamus univerſales, qualis eſt petitio hæreditatis; quibus res ſingulas, qualis eſt rei vindicatio, ſingulares, aut ſpeciales, *l. 1. l. in ſpeciali. 73. de rei vind. l. 1. ut reſponſum. 15. Cod. de tranſact.* ita & titulos, qui pertinent ad acquirendum per univerſitatem, id eſt, res alicujus univerſas, univerſales; qui ad res ſingulas, ſingulares dicimus. In ſumma univerſitas non eſt cauſa ſive titulus, neque etiam modus acquirendi, ſed illud ipſum quod acquiritur, veluti hæreditas, quam ſibi delatam acquiri hæres adeundo, §. *ult. inf. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes facti, &c.) Olim modi, quibus per univerſitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Ant. Contius *lib. 1. diſp. c. 12.* Ex quibus antiquati, ſucceſsio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in ſervitutem ex Senatuſconſulto Claudiano, *inf. tit. de ſucc. ſublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex Senatuſconſul. Claud.* Item in manum conventio, ſeu coemptio, quæ itidem ſpecies erat ſucceſsionis per univerſitatem. Nam olim cùm mulier viro in manum conveniſſet, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant dotis nomine, teſte M. Tullio in *Topic. cap. 4.* in quem locum de ritu coemptionis vid. Boet. Soli manſerunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantùm facit Juſtinianus, ſuſceptio hæreditatis, bonorum poſſeſsionis agnitio, adrogatio, libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio. Adnumeratur tamen his & ſucceſsio fiſci, bona damnatorum, vel eorum, qui ſine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus. 15. de interd. & rel. l. 1. & paſsim. de jur. fiſc.* item ingreſſus monaſterii. Nam Juſtin. *Nov. 5. c. 5.* unde *auth. ingreſsi. C. de ſacroſ. Eccl.* conſtituit, ut univerſa bona religionem ingreſsi acquirantur monaſterio, extra quam ſi liberos habeat, inter quos ſubſtantiam ſuam dividere non prohibetur, una ſaltem parte ſibi retenta, in quam monaſterium ſuccedat. Cæterum neque fiſci, neque monaſterii ſucceſsio ſimpliciter univerſalis eſt, qualis eſt hæredis, bonorum poſſeſſoris, &c. ut onera quoque agnoſcere cogantur: licèt enim teneantur reſpondere creditoribus, damnum tamen nullum ſentiunt, ſi bona non ſufficiant, Nicol. Burg. *ad conſuet. Flandr. tract. 13. nu. 10.* Ex quatuor autem modis per univerſitatem ſuccedendi hic propoſitus unus eſt, per quem ſuccediturviventi, ſcilicet adrogatio: per cæteros ſucceditur defuncto.

Prius de hæreditatibus) In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli ſequentis conſumuntur, niſi quòd tractatio de legatis & fideicommiſsis inſeritur propter argumenti conjunctionem. Hæreditas proprie nihil aliud eſt, quàm vniverſum illud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud noſtros hæreditatis appellatio univerſitatem quandam ac jus ſucceſsionis demonſtrat, *l. bonorum. 208. de*

208. *de verb. sig.* Juris nomen est, & ideo damnosam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis.* 119. *l. pecuniæ.* 178. §. 1. *eod.* Item hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas.* 50. *de hær. pet.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hæreditatem definiunt, esse successionem in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil.* 24. *de verb. sign. l. hæreditas.* 62. *de reg. jur.* Propriè enim successio & succedere hæredis est, non hæreditatis: hæreditas verò illud jus, quod per successionem hæredi acquiritur, *tot. tit. de acq. hær.* Atque ita ergo definitionem istam explicare soleo, facem prælucente Ulpiano in *l.* 3. *in pr. de bon. poss.* Diligentius hæc excusi *sup. tit. de reb. corp. & incorp.*

Vel ex testamento, vel ab intestato) Acquisitio hæreditatis duabus hisce rebus constat, delatione, & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hæreditas potest, quam cùm delata est, *l. si quis.* 12. §. 2. *de acq. hær.* & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l. delata.* 151. *de verb. sign.* Defertur autem hæreditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l.* 1. & 2. *seqq. de hær. pet.* unde hæredes alii testamentarii, alii legitimi: item hæreditas testamentaria, & legitima, *l. in plurium.* 70. *de acquir. hær. l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primùm agi hic de delatione hæreditatis directa: nam indirecto, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantùm, sed etiam codicillis relinqui hæreditas potest; nec solùm testamento facto, verùm etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, ex Senatusconsulto Trebelliano hæredis loco habetur, de quo demùm *tit. de fideic. hær.* qui est antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hæreditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum possessor effectu hæres est, & bonorum possessio, quæ hic ab hæreditate separatur, vi ipsa nihil aliud, quam hæreditas *l.* 1. 2. 3. *de bon. pos. l. hæreditatis.* 138. *de verb. sign.* Tantùm in tempore & modo acquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco *inf. de bon. pos.*.

Quæ ex testamento obveniunt) Ordinarium fuit ante de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulp. *l.* 1. *si tab. test. nul. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hæreditatis testamentariæ quàm legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, sic confirmantur judicia testantium, quamdiu hæc proferuntur, atque ex testamento adiri potest hæreditas, si ab intestato non deferatur, *l. quamdiu.* 39. *de acqu. hær.* Quoniam autem ad hoc ut testamento deferatur hæreditas & acquiri possit, requiritur, ut testamentum justum sit, hoc est, secundùm regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit, necessarium esse expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

Ex omnibus per universitatem acquisitionibus, quæ umquam apud Romanos fuerunt, sola apud nos in usu est ea, quæ fit per susceptionem hæreditatis; bonorum enim possessores nulli, sed hæredes omnes sunt & appellantur, qui vel ex testamento, vel ab intestato defuncto succedunt, eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hæreditas acquiritur. Acquisitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conservatione libertatum bonorum addictio, nullum usum in hisce regionibus habere possunt, cùm nec adoptionis in totum ulla vis sit, nec servos agnoscamus, ut alibi relatum. Cæterum duæ aliæ species acquisitionis per universitatem moribus nostris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias; altera per voluntatem supremam præmorientis conjugis. Nam ex consuetudine generali Hollandiæ & West-frisiæ, nuptiis contractis, bona conjugum confunduntur & communicantur, nisi pactis antenuptialibus aliter cautum sit. Atque hinc stante matrimonio debita unius ex bonis alterius exsolvi possunt. Habetque locum hæc confusio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens moneret in possessione, & quasi dominio communi familiæ, fructusque sola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, usque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus esset: sed hodie hoc amplius non obtinet, nisi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperiatur, vid. D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad jurispr. Bat. c.* 11. & 2. *seqq.*

TITULUS DECIMUS.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

D. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 23. Nov. 66. 119. c. 9.

Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Justinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum est, cùm quæritur de acquirenda hæreditate, quæ dicatur testamento delata, in primis inspiciendum esse, an testamentum valeat, & ritè ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis à doctrina de testamentis ordinandis, sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Cæterum cùm hæc doctrina ad omnium testamenta non pertineat, sed ad paganorum dumtaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum; ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum obiter secernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Testamentum in genere nihil aliud est, quàm ultima voluntas, qua quis hæredem sibi sive bonorum successorem deligit. Et geminæ ejus sunt species: unum commune civium Romanorum, quod paganicum appellatur; alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum seu nuncupativum, §. *ult. inf. eod.* & §. 1. *tit. seq.* Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* vel fide privata. Cùm autem sola paganorum testamenta, quæ quidem fide privata fiunt, ad stricta sint legibus, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est nihil eorum, quæ de is in conficiendo testamento observandis hoc loco & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure, cùm simpliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligit. Paganorum testamenta, ut rectè fiant, & jure civili rata sint, in hisce tribus positum est: in persona testantis; in forma testandi & modo; in rebus, quas testamentum necessario complecti debet. Quod Cajus *l. 4. hoc tit.* sic expressit: *Si quæramus*, inquit, *an valeat testamentum; in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem, deinde si habuerit, requiremus, an secundùm regulas juris civilis testatus sit.* Regulæ verò istæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamento, ut valeat, complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam à Justiniano ordine tractantur: verùm orditur ille à testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *inf. tit.* 12. de rebus quorum insertio ad vim testamenti necessaria, *tit.* 13. & 14. Recenset hic primùm historiæ causa antiquas atque obsoletas testandi formas; deinde explicat, quo ritu postea testamenta fieri cœperint, primùm per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea testamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit, (quod hic à Justiniano omissum) poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta judicis aut municipium; & tunc neque testes, neque alia solemnitas desideratur, *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* & ibi Gloss. & DD. add. Mynsing. 6. *obs.* 29. Boet. *dec.* 228. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. *num.* 4.

TEXTUS.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur, quòd testatio mentis sit.

NOTÆ.

Testatio mentis) Allusio potius quam ἐτυμολογία, cujusmodi nostris sæpe obrepunt, *l. 1. de acq. pos. l. 1. de novat. l. 2. §. 2. de reb. cred. l. 35. §. 1. de mort. caus. don.* Definitionem habes apud Modestin. *l. 1. D. hoc. tit.* Ulpian. *tit.* 20. Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Non proponi hic veram testamenti notionem, sed allusione quadam etymologica ostendi rei & vocis convenientiam.*

2 *Definitio testamenti, quæ Modestinum auctorem habet, examinata, & perfectiores producta.*

3 *Testamentorum usum generaliter consideratum esse ex jure gentium; specialiter ex jure civili.*

4 *Apud plerosque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse, testandi & legandi potestatem, quàm apud Romanos fuit.*

QUòd testatio mentis sit) Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam, imitatus S. Sulpitium, qui

qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex compositum à contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocis venustas delectat; in rebus seriis etiam utilitate sua, quam in re declaranda habet, commendabilis. Qualis est illa Ciceronis, qui *lib. 1. de offic. cap. 6. fidem ex eo appellatam*, scribit, *quia fiat, quod dictum est*. Item illa Augustini, quòd *mentiri inde dictum*, *quòd sit contra mentem ire*. Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi argutæ mentis oratio*. Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli & Labeonis, qui possessionem appellatam scribunt à sedium positione, *l. 1. in pr. de acquir. poss.* Et Ulp. qui ait, donationem nomen accepisse à nova obligatione, *l. 1. de novat.* Ejusdem generis inveniuntur & in *leg. 3. de damn. inf. l. senatus. 35. §. 1. de mort. caus. don. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Nec absimilis est illa Celsi dicentis, jus à Justitia appellatum esse, *l. 1. in pr. de just. & jur.* Hæc autem & his similia, licèt non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent, sicut exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quàm veræ. Nullamque omnino causam video, cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gell. *6. noct. Attic. 12.* aut in Justinianum tam inclementer invehatur Valla *l. 6. elegant. 36.* ut dicat, eum explosam atque derisam etymologiam denuo inculcasse: dignus profecto ipse, qui sibillo explodatur. Quis enim nescit, testamentum esse verbum non compositum, sed simplex? Et si de vera ejus originatione quæratur, dictum esse à testando? Quod autem convenit & verbo & simul rei, *testatio mentis*, fortuitum esse, nec in aliis verbis per hujuscemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gœddeo, qui in *l. nomen. 164. de verb. sign.* contendit, eamdem hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis *vestimentum*, *ornamentum*, *calceamentum*, & ejusdem productionis cæteris; lepida scilicet ratione, quia & sartor, sutor, &c. mentis judicio in opere faciendo utuntur, aut quia nemo sine mente se vestit, ornat, calceat. Et igitur si Gœddeo credimus, vestimentum ex eo appellatum rectè dici poterit, quòd vestitio mentis sit, calceamentum quòd sit calceatio mentis: an igitur & incrementum, quòd sit mentis excretio? Mallem dixisset, Cerberum se metuere, quàm hæc tam temere atque inconsideratè effutisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellii, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti, sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, ὅρον ὀνοματῶδη, ἢ τοι ἐτυμολογίαν. Quæ & Theophili mens est, licèt aliud videatur doctissimo Salmasio *lib. de usur. c. 1.* VINN. Rectè omnino auctor noster: cujus observationibus id adde, quod auctores nostri hic stoam suo more imitentur. Iis enim philosophis hujusmodi allusiones erant familiarissimæ. Cic. *de offic. l. 1. c. 6.* Seneca *Epist. 88.* Vidit jam hoc Vir eximius Em. Merill. *Obs. Lib. 1. cap. 10.* & ante eum summus Cujacius. *Observ. lib. 11. c. 37.* Addenda etiam quæ hanc in rem contra Laur. Vallam disputant viri docti apud Cl. Ducker. *de Latin. vet. JCt. p. 23. sequ. & p. 462.* Scip. Gentil. *Orig. ad ff.* & Ægid. Menag. *Amœnit. jur. cap. 39.* HEIN.

2 Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum *l. 1. hoc. tit. Testamentum*, inquit, *ste voluntatis nostræ justa sententia de eo, quòd post mortem suam fieri velit*. Justam sententiam si accipimus solemnem, aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis, (utraque enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur condicilli. Expressior tamen est illa Ulpian. *in fragm. tit. 20.* qui sic definit: *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*. Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixit, uti & in *l. qui testamento. 20. §. & veteres. 8. hoc tit.* contestationem supremam: quoniam non est simplex voluntatis enunciatio aut demonstratio, sed testata, hoc est, declarata & exposita apud eos, qui, ut testes essent, rogati sunt hoc modo: *Hæc uti in tabulis scripta sunt, ita vos, Quirites, testor. Itaque testimonium probibitote*. Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: *Testamentum est suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus post mortem nostram habeamus hæredem*. Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l. 1. §. 3. de hæred. instit.* Sunt autem hæ definitiones conceptæ de iis testamentis dumtaxat, quæ fiunt jure communi omnium Civ. Rom. ad ea quæ fiunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum, *de quib. tit. seq.* & quorumdam etiam paganorum, de quibus nos obiter *ad §. 4. n. 2. infr. h. tit.* non pertinent. Quæri hoc loco solet, cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium an civili? Dicendum est, si generaliter, simpliciter & indefinitè usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium; si 3

spe-

ſpecialiter & definite, ex jure civili. Neque aliud interpp. ſentiunt, cùm originem teſtamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile: formam nimirum propriam & modum teſtandi peculiarem cujuſque Reip. Nemo enim, opinor, tam ineptus eſt, ut putet, rem ullam eſſe ſine forma, aut ſimplicem & ſecundùm jus gentium teſtandi rationem, qualis in militum teſtamentis cernitur, forma carere. Breviter, ut liceat morituris diſponere de rebus ſuis, ex jure gentium eſt; ut non aliter liceat, quàm hoc vel illo modo ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum eſt, licèt à poſteriori concludat, quòd apud omnes fere gentes in uſu teſtamenta fuerunt, ſive jus cavendi de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri vellet. Philoſophorum ſupremas aliquot voluntates refert Diog. Laertius in *vitis Philoſoph.* Iſaias Propheta annuntiat Ezechiæ regi Judæ, ut domui ſuæ præcipiat, quaſi mox morituro, 2. *Reg.* 20. & Tacitus de Germanis noſtris, ut ſingulare aliquid notat, quòd nullum apud eos teſtamentum eſſet *lib. de morib. German. cap.* 20. Idem quoque arguit, quod miles, qui ſecundùm jus gentium teſtari creditur, deportatum hæredem inſtituere poteſt, *l.* 13. §. 2. *de. teſta.mil.* junct. *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Et ſecundùm hæc ad populum Conſtantinus; *Nihil eſt*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quàm ut ſupremæ voluntatis (poſtquam jam aliud velle non poſſunt) liber ſit ſtylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium l.* 1. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* Reperiuntur tamen, qui teſtamenti factionem toto ſuo genere juris merè civilis eſſe contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt quod dicimus, rem ipſam ſimpliciter & per ſe conſideratam eſſe juris gentium. Negant, rationi & ſimplicitati juris gentium convenire, ut quis diſponat de re non ſua: id autem eum facere aiunt, quia diſponit in id tempus, quo dominus eſſe deſinit. Sed aſſumptio hæc falſa eſt. Non enim de re aliena, ſed ſua, nimirum eo tempore, quod adhuc dominus eſt, teſtator diſponit, & quid fieri velit, ordinat: licèt executionem voluntatis in tempus mortis ſuæ ſuſpendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quàm ſi quis bona ſua omnia alicui donaret ea lege, ut ipſe, quoad vivat, unam poſſeſsionem eorum retineat. Nam, ut rectè docet D. Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 6. *num.* 14. teſtamentum vi ipſa nihil aliud eſt, quàm alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure poſsidendi ac fruendi. Ex eo quoque quòd ſucceſsio, quæ jure ſanguinis ab inteſtato defertur, revera ex jure communi eſt, malè colligas, alienum eſſe à ratione ejuſdem juris, ultima voluntate de bonis ſuis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum eſt, defuncti bona ſimpliciter addici proximis, ſed in defectum ſupremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, *arg.* §. *per traditionem.* 40. *ſup. de rer. div. d. l.* 1. *Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* quem naturæ legis ordine etiam in deferenda hæreditate lex duodecim tabularum ſecuta eſt. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis ſunt, quale eſt illud quod Papinianus ſcribit, teſtamenti factionem non privati, ſed publici juris eſſe, *l.* 3. *hoc tit.* Nam ſi jus publicum propiè accipimus, quod utilitate publicum eſt, ut indiviſione juris propoſita, §. *ult. ſup. de juſt. & jur. leg.* 1. §. 2. *eod.* teſtamenti factio juris privati eſt. Publici autem juris eſſe dicitur oppoſitivè ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica eſt, *l.* 1. *ad leg. Falc. l. verbis.* 120. *de verb. ſign.* nec ut contractus privati cujuſque arbitrio, ſed legum poteſtate regitur, *l. ult. de ſuis & legit. hær.* quamquam & quæ ad jus publicum propriè pertinent, magnam partem ex moribus & inſtitutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus expoſui ad *d.* §. *ult.* Neque majoris momenti eſt, quod de deportato profertur, eum nec teſtamentum facere, nec ex eo capere poſſe, *l.* 8. §. 1. *hoc tit. l.* 1. *Cod. de hær. inſt.* qui tamen omnia, quæ ſunt juris gentium, retinet, *l. ſunt. quidam.* 17. §. 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere poteſt, nec patriam poteſtatem, nec tutelam, nec jus ſucceſsionis cognationi tributum retinet. Nimirum etſi hæc omnia ex jure gentium tamquam ex communi fonte populus Romanus hauſerit, propria tamen ſibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, teſtamentum eſſe juris gentium, quo modo contractus & comercia juris gentium eſſe dicuntur, ſed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipuæ partes ſunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis ſunt, teſtamentum numerandum; tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris ſunt, non quæ merè civilis & poſitivi: quoniam ex ratione juris gentium eſt, ut quis moriturus de bonis ſuis poſsit diſponere: quo ſenſu etiam in Inſtitutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ διαθήκας συγγραφεσθαι. *tit. de jur. nat. gent. in pr.* Reviſe ad ea quæ ſub §. 1. *ejuſd. tit.* à nobis tradita ſunt. Illud planè ridiculum eſt, quòd ex eo, quòd Tacitus ſcribit, apud Germanos ſuo tempore uſum teſ-

testamentorum non fuisse, nonnulli colligunt, testamenti factionem cum jure gentium non consentire. Nam usum quoque emptionis & venditionis Germanos ignorasse idem Tacitus eodem loco prodidit, cùm apud eos nummus non esset, & cerebrosi hominis est, ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare, add. doctiss. Vigl. *ad* §. 2. *hoc tit.* VINN. Non adeo expedita res videtur, testamenti factionem esse juris gentium: sive per illud intelligas jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sive quod usu & necessitate exigente homines inter se constituisse dicuntur. Nec rationis Vinnii id evincunt. Nam (1) multæ gentes condiderunt testamenta, sed non omnes. Non Germani, Tac. *de mor. Germ. cap.* 20. non Athenienses ante Solonem, Plutarch. *in Solon. p.* 90. non Hebræi, Seld. *success. in bon. Hebr. cap.* 24. non Indi denique, veluti Siamenses, De la Loubere *du Royaume de Siam. T.* 1. *part.* 3. *ch.* 7. *n.* 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnat, alicui jus esse statuendi de rebus suis ita, ut voluntas post mortem valere incipiat, ubi jam velle desiit, & mors omnia solvit. Quod animadvertens vir acutissimus Leibnitius in *novo methodo Jurisprud. p.* 56. *sequ.* ad animarum immortalitatem confugit, ut sic perdurare voluntas mortuorum videatur, quod nimis dilutum est. (3) Nec donationis exemplum à Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos statim dominium transfert: quamvis sibi usum possessionemque reservet. (4) Grotii definitio non exhaurit naturam testamenti, de quo nobis quæstio est. Quis enim dixerit, testatorem, quoad vivit, tantum jus possidendi & fruendi sibi reservare, quum res suas vendere, donare, quin ipsam ultimam voluntatem mutare possit? Et quis dixerit, eam alienationem esse revocabilem, qua nihil alienatur, & quæ revocari potest, antequam valere cœpit? (5) Denique nec usu & necessitate exigente testamenta inventa sunt, quum nulla necessitas fingi possit, quæ homines adegerit ad testandum, quum jam leges extent de successione, immo hæc testamenti factio sæpe incommodis oneret rempublicam. Vid. Hert. *Elem. Polit. Part. II. sect.* 11. §. 53. HEIN.

Adjicio, ἐν παρόδῳ, multis visum, è Republica aliquando esse; nimiam testandi & legandi libertatem præcidere: præsertim in Optimatum statu, & hactenus ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib.* 5. *de repub. cap.* 2. auctor est, solis Athenienſibus usurpatam fuisse infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros à Solone aceptam in duodecim tabulas retulisse, & populo Romano proposuisse his verbis; *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto, l. verbis legis.* 120. *de verb. signif.* Cæterum autem gentium omnium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos, aliosque populos uti. Nos scimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ proximè adjacentibus. Excepta apud nos sunt bona feudalia, quæ testamento dare, aut legare non licet sine indulgentia Ordinum hujus Provinciæ. At impetrata de his testandi licentia, potest vasallus feudum cui velit testamento relinquere, modo is cui relinquitur ex justo matrimonio procreatus sit. Et potest hoc facere etiam sine permissu ejus, qui proximus feudi dominus est sine consensu successorum feudi ab intestato. Simplex indulgentia non plus juris Vasallo tribuit, quàm ut semel de bonis feudalibus directo disponere possit vel instituendo vel legando: plures autem gradus faciendi potestas aut substituendi sive directo sive per fideicommissum non aliter competit, quàm si hoc quoque specialiter diplomate comprehensum fuerit, Grot. 2. *manuduct. c.* 42. & *ib.* Groenevv. *in not. notab. feud.* §. 24. Apud Ultrajectenses etiam simplex indulgentia potestatem substituendi tribuit, sed semel dumtaxat.

TEXTUS.

De antiquis modis testandi civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram, scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod verò per æs & libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim & hoc in usu esse desiit.*

NOTÆ.

Calatis comitiis) Calato seu convocato per lictorem curiatum populo, testamentorum confirmandorum causa: curiata enim hæc erant

erant comitia, non centuriata, aut tributa. Gell. *lib.* 15. *c.* 27. Gruch. *in præf. lib. de commit.* In Glossis, *calata comitia*, ἀρχαιρέσια δὶς τοῦ ἔτους γινόμενα. Vid. inf. in comm.

Per emancipationem) Emancipare & mancipare propriè, est ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Epist.* 2. *l.* 2. *v.* 158. *Si proprium est, quod quis libra mercatur & ære.* Per translationem prædicatur de qualibet alienatione & subjectione. Plaut. *Bacch. & Curcul.* Cic. *Phil.* 2. *& Cat. Maj.*

Imaginariam venditionem) Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; sed νόμῳ χάριν sesterius nummus, v. Cujac. 10. *obs.* 37.

Quinque testibus) Aderant præter libripendem testes quinque, cives Rom. puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur. V. Ulpian. *tit.* 19. §. 2. *& tit.* 20. §. 1. *&* 8. & Boet. *in Top.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salmas. *de usur. c.* 8.

Familiæ emptor) Suet. *Neron. cap.* 4. *Familiæ emptor*, id est, hæreditatis; qui initio erat ipse hæres futurus, §. 10. *inf. eod.* postea autem alius ab hærede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theoph. quod Plutarcho *lib.* 2. *de serv. num. vind.* absurdum videtur.

In desuetudinem) Causam te docebit Theoph.

COMMENTARIUS.

1 *Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solebant.*
2 *De testamento, quod veteribus* endo procinctu.
3 *De testamento per æs & libram.*
4 *Quando superiora genera testamentorum in usu esse desierint.*

QUo ratio juris de forma & modo faciendorum testamentorum postea constituti facilius & perfectius intelligatur, necessarium putavit Justinianus, à primordio rem totam repetere. Et sunt sanè multa in jure novo & posterioribus temporibus constituta, quæ sine veteris notitia perfectè intelligi non possunt: idque non tantùm in re hic proposita; sed etiam in plerisque aliis juris Justinianei partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecæ *lib.* 6. *de benef. c.* 1. *Etiam quod discere supervacuum est, prodest cognoscere.* Ait autem, primis temporibus duo genera testamentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero quod calatis comitiis dicebatur utebantur in pace & otio; altero quod procinctum, cùm in prælium procincti educerentur: accessisse autem postea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib.* 15. *noct. Attic. c.* 27. sic scribit; *Tria genera testamentorum fuisse accipimus, unum, quod calatis comittiis in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cùm viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit.* 20.

Quod calatis comitiis appellabant) Tribonianus non satisfacit studiosis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes paucis de eo agunt, nec explent desiderium hominis curiosi. Quamobrem ne quid antiqui moris ignoretur videndum est, quænam ista comitia, quæ Justinianus, Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc iis solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. Pater ex scriptis veterum, maximè Ciceronis, Livii & Dionysii Halicarnassensis, tria fuisse eaque diversa comitiorum genera; curiata, centuriata & tributa: quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiæ primùm à Romulo institutæ sunt, usque ad tempora Servii Tullii sexti Romanorum Regis omnia, quæ suffragiis populi à Regibus committebantur, curiatis comitiis peracta fuere: ut ex eo intelligi potest, quod necdum centuriæ; nec tribus erant, quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo reges, sed cæteros etiam magistratus curiatis comitiis creatos fuisse interpretandum est, cùm apud auctores reperimus, à populo eos creatos: & leges omnes, quæ ad illud usque tempus latæ sunt, curiatæ fuerunt: & judicium Horatii à populo curiatis comitiis peractum est. At post classes à Servio rege institutas, tum duo cœperunt esse comitiorum genera, curiata, & centuriata: atque illis duobus tantùm usus est populus usque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primùm instituta sunt tributa comitia; & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim suffragium dicebat, hoc est, in quibus populus per curias divisus sententiam rogabatur; ut quod plures curiæ statuissent, id jussum populi diceretur: nec auspicato fieri poterant, nisi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per classium centurias divisus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur centuriatim, &

& quod plures centuriæ jussissent, id jus ratumque esset. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus ei destinatus erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cùm populus tributim sive per tribus divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent, spectabatur. Hæc autem diversa fuisse à curiatis, argumento est, quod tribus à curiis semper diversæ fuerunt: quodque intra aut extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia solis Magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum: & quidem solis patriciis & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam Tribunis plebis. Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando Regi sacrificulo, quàm curiata: nam fallitur D. Wesembecius, dum existimat, magistratus coegisse centuriata comitia, calata pontifices. Causæ habendorum comitiorum variæ: ad creandos magistratus aut confirmandos, ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos, detestationis sacrorum, adrogationum, & testamentorum faciendorum causa: nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium, omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundi Nicol. Gruchius, & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. scripserunt ex professo. Cùm igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, necesse est calata, quorum hic mentio fit, speciem unam ex his fuisse. Non fuere autem centuriata: alioqui sequeretur, nec in urbe testari. Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii Regis, à quo primum centuriata comitia instituta sunt. Multo minus putandum est, hæc comitia tributa fuisse; quippe quorum usus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ sola primis temporibus, cùm in concione testamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obscurè indicat loco superiùs citato, cum ait, iisdem comitiis calatis sacrorum detestationes & testamenta fieri solita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit ædes, terram, aram consecrare injussu plebis, teste Cicerone *pro domo*, consecrationes à Pontificibus factas curiatis comitiis docet Gruch. *lib.* 3. *de comit. Rom. cap.* 2. Igitur quod in concione calatis comitiis testamenta olim fieri solita dicuntur, calatis comitiis, hoc est, convocato testamentorum confirmandorum causa populo, non centuriatim sive per centurias classium (ut D. Viglius existimat) neque per tribus, sed per curias, idque à collegio pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens usus erat verbi *calo*, quod Græcum est, unde nomina *calendæ*, *curia calabra*, *classis &c.* Macrob. 1. *Satur.* 15. existimare licet, initio comitia omnia calata fuisse, sed postea cùm id verbum in usu esse desiit, nomen calatorum comitiorum in his tantùm, quæ pro collegio pontificum haberentur, retentum esse, idque religionis & antiquitatis causa. Gellius sanè, *d. lib.* 15. *c.* 27. refert in Libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labeonem scribere, calata comitia esse; quæ pro collegio pontificum haberentur, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugurandorum causa. Et paulo post, iisdem comitiis & testamenta condita. Ac credibile est, ideo pontifices testamentorum factionibus præfuisse, quia sacra, quæ ad eos pertinebant, una cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Viglius, quæ precibus Principi oblatis inseruntur, juxta *l. omnium. 19. C. hoc tit.* Nam Principem post legem regiam quodammodo universum populum repræsentare. Sed & testamentum, quod in acta magistratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum subit, quia & ipsum publica fide fit, & quasi totius civitatis, *d. l. omnium* VINN. Quæ hic Vinnius perspicuè refert, ea maximam partem rectè se habent, & pleniùs exponuntur à Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata testamentorum caussa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magistratuumque creandorum caussa, immo & ob alia negotia publica, bellum, pacem, judicia &c. Testamenta autem, nihil aliud tum erat quàm leges, rogatæ à magistratu, & curiarum suffragiis confirmatæ. Unde vocabulum *legare*, quasi legem ferre νομοθετεῖν, *Nov.* 22. *cap.* 2. legis modo relinquere. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 1. Deinde id (2) admittendum videtur, quod testamenta principi oblata, vel in acta magistratus municipumve relata in testamentorum, quæ calatis comittis facta sint, locum successisse existimat: quum complura ante sæcula obsolevissent comitia calata, testamentaque in iis fieri solita, quum hæc testamenta principi, vel magistratibus oblata invenirentur. HEIN.

Quod procinctum dicebatur) Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cùm ad pugnam ituri esset, incerti an essent redituri, procinctum appellatum esse ait: pro z

quo malim *in procinctu* : nam testamentum ineptè procinctum dixeris ; licet Theophilus quoque *procinctum* legat , ut verisimile sit, ita Tribonianum scripsisse. At enim veteres ita locuti non sunt , ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent : sed procinctum militem, procinctum exercitum , procinctam classem dicebant , id est, multitudinem hominum ad prælium instructam & paratam : eo quod togis incincti olim pugnabant , quo expeditiores essent , teste Festo. Hinc *procinctus* , pro *exercitus*. Ammian. *lib.* 18. *procinctus adventans*. Testamenta autem quæ pugnaturi instructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant Gloss. Lat. Græc. *endo procinctu* , ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ. Lucilius Balbus apud Cic. 2. *de nat. Deor. cap.* 3. *Itaque maximæ Reipub. partes in his bella, quibus Reipub. salus continetur , nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur , nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt. Et lib.* 1. *de Orat. cap.* 53. apud eumdem Antonius : *Qui duos filios suos parvos tutelæ populi Romani commendasset , ac se , tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis , populum Rom. tutorem instituere dixisset illorum orbitati.* Ita quoque Festus, Gellius , Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan. p.* 198. ita hanc rem explicat : Erat eo tempore , inquit, mos Romanis prælium inituris scutaque sumpturis, περιζώνεσθαι τὴν ἐσθῆτα , *præcingere togam* , simulque διαθήκας ἀγράφους , *testamenta sine scripto* facere , & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare. VINN. Immo in texto Plutarchi est τρισὶ καὶ τετράσι , qui conficiunt septem. Forte καὶ pro ἢ ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod sæpe & alibi fit. Vid. Jo. Strauch. *Lexic. partic. in voce.* Et. HEIN.

Quod dicebatur per æs & libram) Ἀπαίτιον: 3 ut scribit Theophilus , hoc est *inauspicatum* veteribus visum fuit , sano & valente corpore testamentum facere velle , extra quam si præsens periculum foret , veluti si in hostem pugnandum esset , aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur : quod bis tantùm in anno , si eidem Theophilo credimus , fiebat. Sed cùm hinc eveniret , ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio ; nec fœminæ , quibus nulla comitiorum communio erat , teste Gellio *lib.* 5. *cap.* 19. ulla ratione testari possent ; excogitata postea est tertia testandi ratio , secundum quam & quovis loco ac tempore , & fœminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem , in qua æs & libra adhibebatur, fiebat : unde hæres per æs & libram apud Ciceronem 2. *de legib.* Et sciendum est , Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi , non signato, usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere , non numerare solitos; signata pecunia demum post Pyrrum Regem devictum uti cœpisse , eamque numerare, auctore Plinio *lib.* 33. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt , ut pendo , appendo, expendo , nominaque ab his derivata; & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi , quæ uno verbo mancipatio dicitur , (Cicero *in Topic. cap.* 10. traditionem uexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) nimirum ut is , in quem hæ res transferebantur, eas emeret à domino ære & libra , appenso ei νόμῳ χάριν , dicis causa , nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur , pleno scilicet jure Quiritium ; cum alioqui bonitarium dumtaxat transiret. Quo accommodandum illud Horatii *Epist. lib.* 11. *ep.* 2. *v.* 158. *Si proprium est , quod quis libra mercatus & ære est.* Aderant præter libripendem quinque testes , cives Romani , puberes , certisque verbis hic actus perficiebatur , vid. Ulp. *tit.* 1. §. 11. *& tit.* 19. §. 2. & Boët. *in Top. Cic. lib.* 3. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is* , inquit , *qui mancipio accipit , æs tenens ita dicit : Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram , indeque æs ei dat , à quo mancipium accipit , quasi pretii loco.* Ita rectè eum locum emendat vir [illegible] prædicatione dignus , sed [illegible] major. Cl. Salmas. *lib. de us. cap.* 8. Traductum hoc postea & ad translationem universitatis bonorum, ut futurus successor familiam , id est, universam substantiam testatoris εἰκοστῶς emeret, quo post mortem eius hoc tamquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum , ut alibi vidimus. VINN. Immo vera ratio paulo altius repetenda, cur Romani testamenta condenda putarint per æs & libram. Leges exstabant de successione ab intestato. Leges privata cujusque voluntate mutari non poterant, *l.* 38. *ff. de pact.* sed alia lege opus erat , qua prior abrogaretur. Hinc testamenta olim fiebant in comitiis calatis , per modum legis. Posteaquam autem leges XII. tabularum cuivis concessissent libertatem testandi , lege notissima : Paterfam. uti legasit super pecunia tu-

tutelave suæ rei, ita jus esto: opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fingebant, testatorem hæreditatem, tanquam rem mancipi vendere, addita secreta lege: Hæc uti in his tabulis scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Facem hic præfert Vir Illustr. Corn. van Bynkersh. *Obs. Lib.* 2. *cap.* 2. HEIN.

Quod per emancipationem) Ita quoque Theophilus, Aul. Gellius, *lib.* 5. *c.* 27. *per familiæ emancipationem.* Nec video, cur potius legendum *mancipationem*: quod vult D. Bachovius. Etenim veteres non minus verbo *emancipare*, quàm *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero *de Senect. cap.* 2. *Ita senectus honesta est, si nemini emancipata est.* Plaut. *in Bach. act.* 1. *Sc.* 2. *v.* 60. *Nunc mulier tibi me emancupo, tuus sum.* Horat. *epod.* 9. *v.* 12.

Romanus (ebeu posteri negabitis)
Emancipatus fœminæ
Fert vallum & arma miles.

id est, δεδουλωμένος τῇ γυναικί Tranquillinus *in Othone c.* 4. *Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque.* Plinius *lib.* 7. *epist.* 18. *Agrum ex meis longè pluris exactori publico emancipavi.* Cicero 2. *Philipp. cap.* 21. *Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit*: quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quamdam venditionem) Duabus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cùm dicis tantùm causa nummus unus appenderetur testatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tamquam in hæredem ea bona per emancipationem transferebantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora: nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex §. *sed neque* 10. *inf. eod.* Progressu autem temporis, cùm, ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat, experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse, atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in hæredem, legitimis successoribus præbere; receptum est, ut palam quidem solemnitas adimplendæ causa familiæ emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cùm Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est, *De sera numinis vindicta*, de Romanis loquens, sic scribit ὅταν διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας; ὃ δοκεῖ παράλογον. Transferantur huc verba Ulpiani ex *tit.* 20. §. 8. *In testamento*, inquit, *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ emancipatio, & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum; Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit; Hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos Quirites testimonium perhibetote*, quæ nuncupatio & testatio vocantur.

Priora duo genera in desuetudinem abierunt) 4
Recepto usu testamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in procinctu, sicut ipse testatur, *lib.* 2. *de nat. Deor. cap.* 3. sed nec testamenta calatis comitiis arbitror diu postea mansisse: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *d. l.* 15. *c.* 27. sic scribit, *Iisdem comitiis, quæ calata appellari & diximus, & sacrorum detestatio & testamenti fieri solebant.* Utitur Labeo verbo temporis præteriti, ut intelligamus, olim ista fieri solita, suo autem tempore duo ista genera calatorum comitiorum in usu amplius non fuisse: & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco scribit, tria genera testamentorum fuisse, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis atque adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc in usu fuisse; nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu; quod falsum esse constat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse: testis Ulpian. *in fragm. d. tit.* 20. §. 1. VINN. Immo latis tabulis XII. desiisse testamenta in comitiis calatis fieri, verosimillimum est. Quis enim voluisset voluntatem suam submittere populi, suffragiis quum libere suoque arbitrio testari posset? Et quis maluisset publicè & palam hæredem nuncupare, quam jure uti legibus XII. tab. concesso? HEIN.

Quod verò per æs & libram, &c.) Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cùm per æs & libram adhuc frequentarentur. Ulpianus d. loco scribit, suo tempore id solùm in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis. Nam secundum formam à prætore introductam, & juris

mixti, eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. ad testium* 22. §. *si quis* 4. *l. pen. hoc tit. cum similib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *Partim & hoc in usu esse desiit.* An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cœpit ab hærede? Sed hoc factum jam olim & stante adhuc Repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cùm in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem & quodammodo numerum testium, usque ad sua tempora mansisse, sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, §. 3. *inf. eod.* quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ à quibusdam afferuntur, ideo testamenta per æs & libram desiisse fieri, quia emptio ista bonorum testatoris visa fit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, ut hic ejus effectus, ut testamentum mutare non liceret, nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor: & Theophilus, quem ajunt eamdem hujus desuetudinis rationem reddere, tantùm indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem esse placuerit: quamquam & ipse fallitur, dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

TEXTUS.

De antiqua testandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædictæ quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: cùm jure civili signa testium non essent necessaria.*

COMMENTARIUS.

1 *Nimiæ curiositatis esse velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit ad minimum quinque testes adesse, confutatis plerorumque rationibus.*

AD jus civile referebantur) Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum fit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt, *l. 7. de just. & jur.* Sine ulla autem ratione est, quòd D. Hotomannus cum prætorio jure hic comparari existimat id tantùm jus, quod auctoritate prudentum, à quibus & formulæ aliæque solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & procinctu antiquior est ipsis 12. tabulis, quibus tamen posterius est jus, quod à consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, *l. 2. §. his legib. 5. de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege 12. tabularum descendunt. Planè imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum; nec dubito, quin etiam testamentum per æs & libram, solemnitate mancipationis rerum singularum inter vivos producta, ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa) Testandi ratio jure prætorio introducta, simplicior est atque expeditior, quàm illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem, quippe cùm Prætor nihil aliud desideraret ad vim testamenti, quàm ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen Prætor secundum illud bonorum possessionem scriptis in eo hæredibus dabat. Ulpian. *tit. pen.* §. 5. Ait, *septem testium signa.* In eo quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures testes necessarii, quàm quinque: qui numerus legitimus erat in omni emancipatione. Sed Prætor, ut solemnitatem juris civilis contempserit, numerum tamen civium, quem adesse in testamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & emptoris familiæ subrogavit. Simile huic est, quod apud Cajum 1. *Instit. tit. 6.* §. 3. legimus, *In emancipatione liberorum, cùm antea quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, postea pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impleretur.* Nimiæ autem curiositatis est, indagare velle, cur placuerit in omnibus mancipationibus minimum quinque testes præsentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur, originem hujus quinarii numeri ductam à numero quinque classium, quas Servius Tullius instituit, atque ad hujusmodi actus confirmandos singulos testes è singulis classibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari vi-

viderentur; perinde quasi singuli testes suam classem; universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachov. quod Dionys. Halicarnassensis scribit, non quinque, sed sex classes à Servio Rege institutas: nam sextam classem, quæ infimi census erat, contemptam & nullo pene loco habitam fuisse. Mihi hæc conjectura doctissimorum virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam si per quinque istos testes populum repræsentari veteres intellexissent, numerum istum non auxisset in suo testamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero classium, sed centuriarum censebatur: nec quod plures classes, sed quod plures centuriæ jussissent, id ratum habebatur, unde si vel primæ classis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis superabat) convenissent, secundæ aut inferiorum classium non vocabantur. Quapropter, si Bachovii rationem sequamur, potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi census, primam classem, hoc est, nonaginta & octo centurias repræsentans, vid. Dionys. Halicarn. *lib.* 4. Nec Festo classici testes, quos dictos ait, qui testamentis signandis adhibebantur, sunt testes ex singulis classibus collecti, sed cives Romani: eo quod cives omnes in classe aliqua censebantur, & qui classem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per classicos testes Festum intellexisse homines primæ classis, aut primæ dignitatis: nam satis fuisse constat, si viri honesti essent & integræ famæ; quamquam antiqui etiam ita locuti sunt, ut classicos dicerent, non omnes, qui in classibus erant, sed primæ tantùm classis homines: unde per translationem auctores classici appellati, primæ notæ assidui, non proletarii scriptores, vid. Gell. *l.* 7. *c.* 13. & *l.* 19. *c.* 8. Sunt, qui ideo, quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribubus populus constabat, Timæ. Fab. *disp. anniverſ.* 18. Hopper. *hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione versantur. Nusquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus divisum fuisse: quod quidem Faber etiam fatetur; sed existimat, à Romulo tres tribus factas, easque duplicatas à Tarquinio Prisco; itaque vice populi sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis assumeret. At enim si Livio credimus, nullæ tribus à Romulo factæ, quæ quidem universam multitudinem continerent: sed tres modo equitum centuriæ ex omni multitudine selectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maximè suis viribus deesse, postea auxit. Et eodem auctore, primum factæ tribus quatuor à Servio Tullio partibus urbis distinctæ; quod & Dion. Halicarn. *lib.* 4. *confirmat.* quo loco etiam refert, Fabium scriptum reliquisse, agrum præterea universum in viginti & sex partes divisum fuisse: quas tribus rusticas si cum urbanis conjungas, fient tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memoriæ prodidisse, triginta & unam tribus sub Rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eumdem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus: *Cum una & viginti tribus Romæ essent, quæ missæ sunt in suffragium, novem habuisse Martium: à quibus absolutus est.* Proinde longè majorem testium adhiberi oportet, si per eos tribuum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quidque tribuum numerum testes quinque & triginta. VINN. Non sanè absurdum est, quod de classibus suspicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium trasferendo, & hinc nihil videbatur æquius, quam ut Quiritium arbitrio res generetur. Quirites tempore XII. tab. erant descripti in sex classes. Sed sexta classis ex proletariis & capite censis constabat. Quum verò *proletarii* testes nullius auctoritatis haberentur, iisque opponerentur testes *classici*, probabile est, ideo sufficere creditum esse testes quinque, tamquam, qui totidem Quiritium classes repræsentarent. Id addo, mancipationis ritum esse XII. tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tanquam jam noti & recepti. Putarim à Servio inventum, qui & divisionis populi in classes auctor est. Eum enim leges de contractibus tulisse, docet Dionys. Hal. *lib.* 5. *p.* 278. unde & præcipuus sanctor legum dicitur à Tacito, *lib.* 3. *Annal. cap.* 26. HEIN.

Cùm jure civili signa testium non essent necessaria) In testamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantùm res necessariæ erant, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, sive voluntatis testibus exhibitæ solemnis contestatio, Ulp. *tit.* 20. §. 8. Quod postremum tamen nunc demum receptum videri potest, postquam cœpit alius hæres seorsum in chartis vel tabulis scribi; alii familia palam mancipari: nisi forte ad ea legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse, quid post mortem fieri vellet, & familiæ emptori sive hæredi dicere solitum, *Huic volo dari fun-*

fundum ; illi domum ; alii centum numismata.

TEXTUS.

De conjunctione juris Civilis & Prætorii.

3. *Sed cum paulatim , tam ex usu hominum, quàm ex constitutionem emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile & Prætorium jungi, constitutum est , ut uno eodemque tempore , quod jus civile quodammodo exigebat , septem testibus adhibitis , & subscriptione testium , quod ex constitutionibus inventum est , & ex edicto Prætoris, signacula testamentis imponerentur : ita ut hoc jus tripartium esse videatur : & testes quidem , eorumque præsentia, uno contextu , testamenti celebrandi gratia à jure civili descendant : subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur : signacula autem & testium numerus ex edicto Prætoris.*

NOTÆ.

3. *Septem testibus adhibitis*) Specialiter rogatis , aut certioratis se ad testamentum adhiberi, *d. l.* 21. §. *pen.* Ex *Nov. Leon.* 41. quinque sufficiunt : quod jus in Oriente receptum fuit. Græci *ad l.* 5. *D. si tab. test.* Harm. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 47. Basil. 35. *tit.* 1. & 3. & *lib.* 45. ἡ δὲ συνηθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης πέντε μαρτυρας ἐδέξατο.

Quodammodo) Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris à Prætore substituti. VINN. Immo in civem ponderatoris vel libripendis & antestati. Vid. Caj. *Inst. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3. HEIN.

Subscriptiones testatoris , &c.) Ita constitutum à Theodos. *l.* 21. *C. eod.* additumque , si testator litteras ignoret , vel subscribere nequeat , octavum ut subscriptorem adhibeat. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria , ut alterutro omisso , testamentum vitietur , *l.* 22. §. 4. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Recepto testamento mixto , quale hic describitur , non statim antiquata testamenta per æs & libram , neque vim testamenti prætorii enervatam.*

2 *Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis , non cùm quod obscurius dictum est , postea testator explanat.*

3 *Subscriptiones testium jam tempore mediæ jurisprudentiæ in usum fuisse.*

4 *Lege Cornelia testamentaria edictum Prætoris de obsignandis tabulis confirmatum.*

5 *In testamento scripto non exigi , ut testis intelligat sermonem testatoris.*

6 *Testes rogatos adesse oportere : nec non alia quædam scripto testamenta cum nuncupativo communia.*

7 *Quid sit , uno contextu actus testatori : & , num contractus in testamento aut inter testandum celebrari queant.*

8 *An non obstante solemnitatis alicujus omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientiæ.*

TAm ex usu hominum , quàm ex constitutionum emendatione) Sensus est , cùm duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile , alterum prætorium , usu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluisse , atque inde mixtum extitisse testamenti genus ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito , ut testator & testes omnes subscriberent : ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti , qua posterior ætas uti cœpit, quamque Justinianus hic describit , ex triplici jure conflata sit ; ex jure civili antiquo , ex novo constitutionum Principalium , atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram , Ulpian. *tit.* 28. §. 8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus : de que sub §. *non tamen. 6. infr. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore) Hæc subtilitas ex jure civili est , *l. qui testam.* 20. §. & *veteres.* 8. *l. hæredes palam.* 21. §. *ult. hoc tit. l. cum antiquitatis.* 28. *C. eod.* Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent & uno contextu absolvi , *l. continuus.* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de duob. reis.* Ait autem , *quod jus civile quodammodo exigebat. Quodammodo* , id est , *fere.* Additum , quia ait, *septem testibus adhibitis.* Nam jus civile quinque tantùm testes exigebat , reliqui duo pro libripende & familiæ emptore à Prætore substituti : & ideo paulo post juri civili adscribit dumtaxat actus continuitatem & testium præsentiam ; numerum testium juri prætorio. Illud notandum est,numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti , sive cùm de substantialibus , ut loquuntur , testamenti quæstio est : non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve : post solemnia testator explanat ; veluti si cùm Titio centum legasset , & multos Titios amicos haberet , postea declaraverit, de

de quo senserit, *d. l. hæredes palam.* 21. §. 1. *hoc tit.* Leo quinque testes sufficere voluit, *Nov. Leon.* 41. quod receptum in Oriente, *Græc. lib.* 45. *Basil. tit.* 1.

Subscriptionem testium) Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum à Theodosio *l. consultissima.* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptionem adhibeat. Cæterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *l. cum antiquitas.* 28. §. 1. *C. eod.* Quo tempore, aut a quo primum Principe testium subscriptio introducta sit, incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita jus fuisse, atque adeo ætate Jurisconsultorum Pauli & Ulpiani, *l. ad testium.* 22. §. 4. *l. pen. hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse, à Lampridio proditum est.

Ex edicto prætoris signacula) Obsignationem testium esse ex edicto Prætoris indicant, *l. si testamentum.* 23. *eod.* §. *non tamen.* 6. *infr. quib. mod. test. infirm.* Ulpian. *tit.* 23. §. *si septem.* Quamobrem quod M. Tullius, 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, rectè D. Wesembecius sic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto erat, lege sua comprehendisse, non ut edictum tollere, atque ex lege à se lata in posterum signa adhiberi vellet, sed potius ut auctoritatem edicti confirmaret. Obsignatio autem argumento certissimo est, scripturam jure prætorio necessariam fuisse, ut obsignationis illius subjectum cum jure civili, quod nec subscriptionem, nec obsignationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit. Quamvis credibile sit, frequentius ob rei memoriam scripturam interveniisse: quod & tutius esse cœpit, postquam hæres emptor familiæ esse desiit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l. ad testium.* 22. §. *quis.* 4. *hoc. tit.* teneaturque falsi crimine rebellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. jubemus.* 29. *in fin. C. eod.*

Et testes quidem & eorum præsentiam) Quod testium præsentiam requirit, non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non est autem satis corpore testes præsentes esse, nisi & animo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enim verò durare testes debent, donec suprema contestatio peragatur; invitos tamen retinere non licet: & si retenti sint, testamentum non subsistit. *l. qui testamento.* 20. §. *antepen. & seq. eod.* Ad hæc rogati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, se ad testamentum adhiberi, *l. hæredes.* 21. §. *pen. eod. l.* 21. *C. eod.* Neque hæc solemnitas, cùm sit extrinseca, præsumitur interveniisse, etsi in testamento scriptum sit, *præsentibus testibus infrascriptis*: sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, *& cætera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem. Viv. *comm. opverb. testes tam in testamento* Farinac. *lib.* 2. *de testib. tit.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 13. *req.* 8. *num.* 53. Grass. §. *testamentum. qu.* 58. Mantic. 2. *de conj. ult. vol. tit.* 12. Hoc amplius & in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, *l.* 9. *C. eod.* Quapropter non est satis, ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, forte velo aut cortina interjecta conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio forte subornato, qui vocem testatoris imitando simulet; at ille, de quo Cynus testatur in *d. l.* 9. qui obrepserat mulieri simulando vocem mariti. Estque hæc receptior interpretum sententia, teste Sichardo *in d. l.* 9. *n.* 2. ubi tradit, Glossam *in l.* 2. §. *idem Labeo.* 3. *de aq. pluv. arc.* contra sentientem communiter reprobari, add. Clar. §. *testamentum. q.* 59. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. *n.* 6. Grass. *d.* §. *testamentum. q.* 59. *n.* 4.

Uno contextu) Μία ὑφή, ἀδιαλείπτος, uno eodemque die ac tempore, *l. hac consultissima.* 21. *C. hoc. tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *l. hæredes palam.* 21. §. *ult. hoc tit. d. l.* 21. *C. eod.* nisi forte talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus, *l. cum antiquitas.* 28. *Cod. eod.* ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis è testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, *d. l.* 28. Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore & testes adhibere, & testamentum scribere, vel dictare, ac finire: sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cùm scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempo-

re

re testamentum conscribere; & scriptionem sæpius interrumpere, alio verò testes ad solemnia adhibere possit, non ambigitur, *d. l.* 21. *C. hoc tit.* Cùm igitur nudo actus contextu testari oporteat; negotioque alieno aut ad testamentum non pertinente interposito actus ille interrumpatur, vitieturque testamentum: hinc facile colligere est, quid judicandum sit de quæstione, quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possunt. Nam si contractus est actus extraneus & alienus à testamento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione contractus interrumpi: veluti si testator, cùm jam cœpisset ordinare testamentum, & necdum absolvisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Quòd si ita quæstio formetur, ut quæratur, an possit contractus fieri in ipso testamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cùm contractus, qua talis, non intelligatur, nisi celebratus sit inter plures: at quæ testamento caventur, ab uno caventur testatore, atque ex unius illius voluntate stant & cadunt. Non obstat igitur, quod testamento libertum assignare licet, *leg.* 1. §. 3. *de assign. libert.* §. *ult. inf. eod. tit.* Siquidem assignatio liberti, licet propriè neque legatum sit, neque fideicommissum, *l.* 7. *d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquitur. Sic pignoris, *l. non. est mirum.* 26. *de pign. act.* duorum, reorum, *leg.* 9. *de duobus reis*, ususfructus, §. 1. *sup. de usuf.* servitutum, §. *ult. sup. de serv. præd.* testamenti constitutio, contractus non est. Neque etiam cùm hæc testator constituit, cum alio contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis sapit: sed ut cætera, quæ testamento caventur, legantur, aut relinquuntur, revocari
8 possunt. Gravissima hìc moveri solet quæstio, an si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solemnitates in testamento omissum, veluti si testes rogati non sint, aut tantùm subsignaverint sive subscripserint, non etiam obsignaverint, tale testamentum saltem in foro conscientiæ hæredem ab intestato, cui de voluntate testatoris constat, non obliget ad restituendam hæreditatem hæredi scripto, & ad legata præstanda. Obligare negat Domin. Soto *lib.* 4. *de just. & jur. quæst.* 5. Clar. 3. *sent. quæst.* 90. Covar. *in c. cum esses. x̄. de test.* Ajunt Ludov. Molin. *de just. & jur. tract.* 2. *disp.* 81. Mantic. *lib.* 2. *de conj. ult. vol. tit.* 14. Vasq. *de success. creat.* §. 1. *n.* 23. *& seqq. & de success. progress.* §. 3. *n.* 3. Diod. Tulden. *C. de testam. n.* 8. Christin. *vol.* 4. *dec.* 34. quibus assentior. Nam cùm in foro conscientiæ sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis, *c.* 1. *dist.* 1. sufficit ad conscientiam devinciendam, ut subsit aliqua obligatio. Qualis autem ea sit, civilis, ex qua etiam agi possit, an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil interest. At in quæstione proposita, si hæredibus certo constet de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avertendam solemnitas omnis juris civilis comparata est, non potest non subesse naturalis obligatio, *fac. leg.* 2. *C. de fideicom. leg. cùm amplius.* 84. §. 1. *de R. I. leg.* 5. §. *si quis.* 15. *de don. int. vir. & uxor.* §. *ult. inf. de fideicom. hær. l. ult C. eod.* Quod etiam bone intellexit Plinius, qui ob id sæpissime scripsit, voluntatem defunctorum, etiamsi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure esse, *lib.* 2. *epist.* 16. *lib.* 4. *epist.* 10. *lib.* 5. *epist.* 7. Eoque pertinet & illud Senecæ; *Angusta innocentia est, secundum leges* (intellige *civiles*) *bonum esse.* Nimirum lex conscientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, sed una & apud omnes eadem est & semper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inscripta. Hæc lex cùm in corde loquatur, & dictet, voluntatem defuncti quamvis irritam, si juris solemnitatem respicias, servari oportere, utique qui eam non servat, contra conscientiam facit. Non obstat, quod lex civilis, quæ solemnitates introduxit, justa est, & ad communem Reipub. utilitatem condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur. Nam in quæstione nostra præsupponimus, testamentum esse verum & sincerum, deque eo hæredi constare; quod solum in foro conscientiæ considerabitur. Et ex converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quamdiu et non contradicitur, quod relictum est testamento propter deliquium solemnitatis alicujus jure civili invalido. Mant. *& alii sup.* Grot. *lib.* 3. *de jur. belli & paccap.* 7. *num.* 6.

TEXTUS.

Solemnitas addita à Justiniano.

4. *Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manu testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimatur, & omnia secundùm illius constitutionis tenorem procedant.*

No-

NOTÆ.

4 *Nomen hæredis exprimatur*) *L. 29. C. eod.* quod tamen abrogatum, *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam summa solemnitas iterum ad ea redeat, quæ comprehensa §. *præced.* In quibusdam paganorum testamentis etiam de illa ipsa solemnitate aliquid remissum, *l.* 8. *l.* 21. §. *pen. l. ult. Cod. eod.* & tota fere in testamentis parentum inter liberos, *d. l.* 21. §. 1. *& auth. quod sine C. eod. Nov.* 107.

COMMENTARIUS.

1 *Quod hoc* §. *constituitur, pugnare cum principali fine testamenti scripti: tollere etiam id, quo hoc testamentum maximè differt à nuncupativo.*

2 *Quibus in testamentis paganorum, & quatenus solemnitates remissæ.*

3 *Jure Canonum ut ratum sit testamentum, satis esse, duos testes cum Parocho adhiberi; quod mores hodierni fere sequuntur*

A *Nostra constitutione*) Extat in *l. jubemus.* 26. *C. hoc tit.* Jubet autem Justinianus, ut præter cæteras solemnitates, quas supra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen hæredis vel in sua subscriptione aliave parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet, si litterarum imperitus sit, aut propter morbi acerbitatem scribere nequeat. Quæ Justiniani constitutio prope est ut pugnet cum principali fine, ob quem testamenta per scripturam fieri initio utile visum fuit, scilicet ut testator securitatis suæ causa nomen hæredis celare posset: & tabulas chartasve, in quibus scriptus esset, clausas vel involutas testibus signandas & subscribendas proponere: unde huic testamento nomen mystici. Tollitque adeo id, quo scriptum testamentum maximè differt à nuncupativo, cujus proprium est, ut præsentibus testibus nomen hæredis nuncupetur, §. *ult. inf. eod. l. hæredes.* 21. *pr. eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, quod *& hic, & in d. l. jubemus.* de suo Justinianum adhibuit, iterum dempsit ac remisit *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam summa solemnitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt §. *præc.* & apertius paulo constitutione Theodosii, *l. hac consultissima.* 21. *C. eod.* Ex hac tamen solemnitate aliquid remissum est in quinque testamentorum generibus. 1. In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, *d. l.* 21. §. *C. hoc tit.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata est, dum ea constet, ut de cæteris rebus, id est, saltem duobus testibus, scripto autem declarata, si & tempus testamenti facti, & nomina liberorum, & uncias, & res, quas inter liberos distributas velit, expresserit; idque clarè & plenis litteris, non notis aut signis, debetque parens aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua subscribere. *Nov.* 107. *unde auth. quod sine. C. eod. & ib. DD.* Clar. §. *testamentum. quæst.* 8. Mynf. 5. *obs.* 28. Gail. 2. *obs.* 112. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. & 8. Grot. 2. *manuduct.* 16. Dekher. *dissert.* 2. *lib.* 2. D. Jac. Coren. *rer. jud. obs.* 39. plenissimè Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. add. *nostra lib.* 2. *sel. quæst. cap.* 17. *& seq.* 2. In testamentis rusticanorum, quibus permissum quinque testes adhibere, si plures non reperiantur, remissæ item subcriptiones si litterari desint, *l. ult. C. eod.* 3. In testamento quoque tempore pestis facto de solemni numero testium quid remittendum censent Interpretes, vid. Mynf. 1. *obs.* 96. Gail. 2. *obs.* 118. Peck. 3. *de testam. conjug.* 18. Præs. Everhard. *Cons.* 61. quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret, Clar. §. *testamentum. quæst.* 56. *n.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 6. *n.* 5. At jure nostro hoc tantùm remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctosque eodem tempore subscribere & signare, *l.* 8. *C. hoc tit.* quamquam contrarium passim usu receptum, teste Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. *& ibi cit.* De moribus nostris ambigit Grot. 2. *introd. c.* 17. sed vide Groenev. *de leg. abrog. ad d. l.* 8. In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema, vel coram duobus testibus testata Canonibus rata habetur, *cap. relatum.* 11. *x.* *hoc tit.* Postremo in testamento posteriore, in quo scripti sunt hæredes, qui ab intestato ad hæreditatem vocantur, placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento, posteriorem hanc valere voluntatem, non tamquam testamentum, sed tamquam voluntatem ultimam intestati, *d. l.* 21. §. *pen. & ib. DD. hoc tit.* In universum autem jure Canonico, ut ratum sit quolibet testamentum, sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, *cap. cum esses.* 10. *x.* *eod.* Neque enim potest hic canon restringi ad testamenta ad pias causas, quod quidam faciunt propter *d. cap. relatum eod.* Nam in *d. cap. cum esses.* Alexan-

der tertius id in omni teſtamento generaliter conſtituit, nominatim improbata conſtitutione juris civilis de ſeptem teſtibus adhibendis, ut nimis longè recedentem ab eo, quod ſcriptum eſt: *In ore duorum vel trium teſtium ſtet omne verbum.* Et licet nonnulli exiſtiment, cauſam nullam fuiſſe, cur Pontifex id, quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili conſtitutum fuit, mutaret: tamen conſtitutionem Pontificiam uſus fere probavit: qui & alias ægrè patitur nimis ſe longè abduci à ſimplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis quibus teſtamenta ſignantur.

5. *Poſſunt autem omnes teſtes & uno annulo ſignare teſtamentum. Quid enim ſi ſeptem annuli una ſculptura fuerint, ſecundum quod Papiniano viſum eſt? Sed & alieno quoque annulo licet ſignare teſtamentum.*

COMMENTARIUS.

1 *Etſi tutius eſt alieno annulo ſignantem in ſubſcriptione id profiteri; tamen & eo omiſſo teſtamentum ſubſiſtere.*

2 *Quod hic de uſu annuli alieni traditur, non pertinere ad perſonas publicas, quæ ex officio ſigilla inſtrumentis apponunt.*

3 *Utrum annulo dumtaxat teſtamenta ſignare liceat, an & alio inſtrumento characterem habent?*

CUm teſtes omnes teſtamentum ſolemne: quod per ſcripturam ordinatur, ſignare oporteat; quæſitum eſt, an neceſſe ſit, ſingulos teſtes ſingulis annulis & unumquemque proprio ſignare; an verò uno poſſint omnes, & eo quoque alieno? Et placuit, poſſe omnes ſignare & uno annulo, qui ſcilicet unius ex teſtibus ſit, & item alieno? qui nullius ſit eorum, ſed vel teſtatoris, vel alterius cujuſcumque, *l. ad teſtium.* 22. §. 2. *eod. l.* 12. *C.*
1 *eod.* Quod quamquam interpretes vulgo ex Durandi ſententia ſic temperant, ut exiſtiment, debere eum, qui non ſuo, ſed alieno annulo ſignat, id in ſubcriptione profiteri, ne in crimen falſi incidat; tamen ego Joan. Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique ſequuntur, aſſentior, confitentibus quidem tutius eſſe, ſi mentio ejus rei in ſubſcriptione fiat: cæterum, & eo omiſſo, teſtamentum nihilominus ſubſiſtere putant propter ſimplicem & generalem definitionem juris civilis hoc loco & ſupra *dd. ll.* traditam. Pœnam verò non mereri, quod fit lege permittente, *l. Gracchus.* 4. *C. de adulter.* Sed & jus prætorium, quod præter ſigna teſtium nihil requirit, hac in parte non diſcrepare à jure civili. Igitur etſi facilius agnoſcitur ſignum impreſſum annulo alieno, cùm id in ſubcriptione annotatum eſt, cùm tamen & ſine eo recognoſci poſsit, & vel ex eo etiam facile, quod quiſque teſtis ex conſtitutionibus ſubſcribere debet, qui & cujus teſtamentum ſignaverit, *l. pen. hoc tit.* non putaverim, vitiari teſtamentum ſignatum annulo alieno, ob id, quod ſignator non adjecerit, annulo alieno ſe ſignaſſe. Unde tamen minimè efficitur, quod docuit Bart. in *l.* 2. *teſt. quem aper.* mortuo uno ex teſtibus ante apertas tabulas, teſtamentum concidere. Nam cùm inſpectio ſigillorum non pertineat ad formalem aliquam teſtamenti ſolemnitatem, ſed ad probationem dumtaxat voluntatis, cur ſi ea aliunde probari queat, non ſubſtineatur defuncti judicium? Et quid ſi unus è teſtibus mutus, ſurdus, cæcus aut furioſus factus fuerit? vid D. Vigl. *ad* §. *ſed cum* 7. *hoc tit.* ubi multas contra Bart. allegat auctoritates. Planè quod hic de uſu annulli alieni in ſignando traditur, trahendum non eſt ad perſonas publicas, quæ ſigilla ex officio inſtrumentis appendunt, & verbi cauſa Notarios. Nam ab his præcisè requiritur, ut ſigilla ſua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ cauſa, atque ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognoſci poſſint. *Nov.* 73. *c.* 6. Teſtium autem in teſtamento non ſigilla; ſed obſignationem lex requirit, ut cùm opus eſt, ſignum recognoſcentes, ſe id appoſuiſſe teſtificentur. Nam ita inſtitutum fuit, ut cùm ad aperiendas tabulas teſtamenti ventum eſſet, priuſquam reſignarentur, Prætor ſignatores convenire cogeret, & ſigilla ſua recognoſcere, *l.* 4. *l.* 7. *teſtam. quem. aper.*

Quid enim ſi ſeptem annulli una ſculptura fuerint?) Quaſi dicat, nemini mirum videri debere, quod teſtibus permiſſum ſit ſignare uno eodemque annulo. Fieri enim poſſe, ut ſeptem annulli, quamtumvis ſinguli ſingulorum ſint, eamdem habeant figuram, καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα. Neque tamen ob id minus teſtamentum conſiſtere. Poteſt verò id etiam hodie contingere, veluti ſi plures ex eadem familia ad ſignandum adhibeantur, cùm nunc agnatorum omnium eadem ſint inſignia, nec amplius nomen in circumferentia annulli ſignatorii poni ſoleat.

Sed

Sed & alieno annullo) Qui ſcilicet nullius è teſtibus ſit. Ex eo autem quod annulli plerumque mentio fit, non ſatis rectè colligitur, alio inſtrumento ſignatoria teſtamenta ſignari non potuiſſe : dici enim poteſt, idcirco id fieri; quia frequentius annullis veteres ſignabant. Et tamen de eo dubitatum fuiſſe, obtinuiſſeque, ut tantùm annulo ſignare liceret, conſtat ex *l. ad teſtium.* 22. §. *ſignum.* 5. *hoc tit.* quod ad ſcrupuloſam teſtandi ſubtilitatem Cujac. *lib.* 4. *obſ.* 11. refert : alii etiam ad facilitatem probationis, *quia notior ſit character* annuli, qui in digitis geſtari ſolet. Sed iſta ratio nullius pretii ; nam & alieno annulo ſignare licet. Et quid ſi idem ſit character inſtrumenti & annuli ; tunc enim nullo modo dignoſci poterit, utrum annulo, an alio inſtrumento ſignatum ſit. Et puto, Juriſconſultum in *d. l.* 22. §. 5. annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quàm ſculpturam ; nec excludere voluiſſe inſtrumentum, quod eamdem ſculpturam cum annulo habeat, ſed aliud ſignum impreſſum, diverſum à charactere annuli : cujuſmodi forte inſtrumentis veteres uſi ad alia, quàm litteras aut tabulas obſignandas. Id quod etiam verba Juriſconſulti indicant : *variè enim*, inquit, *homines ſignat.* Quod omnino accipiendum eſt de varietate characteris, non de materia aut forma inſtrumenti ſignatorii geometrica. Etenim qui in ſignando eodem ſemper charactere utitur, licet diverſis inſtrumentis, quibus inſculptus eſt, non variè ſignat, ſed uniformiter. Et quæſo, ſi idem character eſt, quid intereſt, utrum inſtrumentum rotundum, an triangulum aut quadratum ſit ? Aut quomodo id dignoſci poterit ? ac proinde etiam abſurdum non eſt, ſi annulo ſignaſſe dicatur, qui ſignavit inſtrumento, quod characterem annuli inſculptum habet. Quamobrem prope eſt, ut aſſentiar Baroni, Hotom. Weſemb. ad *hunc.* §. & Donello *6. comm.* 8. qui locum Ulpiani in *d. l.* 22. §. 5. legendum putant, interpoſita negatione, *& magis eſt, ut non tantùm annulo.* Quod & temperamentum objectum, *dum tamen habeat* χαρακτηρα, quòmmodo poſtulat. Et ita quoque Bartolus egiſſe videtur argum. ſummarii *d.* §. 5. & Joan. de Platea, qui iſtum §. citat ad probandum, quod ſcribit, non annulo tantùm, ſed alio quoque inſtrumento ſignatorio poſſe ſignari. Mich. Attaliat. *ſymopſ. t.* 31. ἐν δακτυλίῳ, ἤτοι βυλλωτηρίῳ. Atque ita & doctiſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. cap.* 10. *pag.* 456. Alii malunt, retenta lectione cum D. Connano, *6. comm.* 2. Ulpianum intelligere de teſtibus, qui plura ſigna habent, unum in annulo, alterum & diverſum in re alia impreſſum : ut hi potius annulo ſignare debeant, quam alio ullo inſtrumento ; quia id ſignum, quod in annulo eſt, magis cujuſcumque proprium eſſe putatur, magiſque notum & certum eſt. Hodie hæc quæſtio ſupervacua eſt, cùm teſtes ſubſcripſiſſe ſufficiat, ſigna eorum non requirantur, ſed ſolius ſigillum Notarii. Jac. Vervvey *art. teſtand. c.* 9. De more & modo ſignandi apud veteres uſitato adi D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 11. VINN. Cave aliquid mutandum, vel particulam ſalutarem *non* intrudendam exiſtimes *in l.* 22. §. 5. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Nec enim codices addicunt, nec verba : *dum tamen habeat* χαρακτηρα id flagitant : dantur enim & annuli, qui non habent χαρακτηρα. Quod autem annulos abſciſſe exigerentur veteres, ejus rei rationem eadem lex videtur reddere. *Variè enim homines ſignant*, inquit Ulpianus. Alio typo utebantur domi in ſignandis celis pecuniariis, lagenis, cujus uſus etiam patebat matribusfamilias : alio utebatur paterfamilias in obſignandis litteris & inſtrumentis, eumque fere annulo inſculptum circumferebat. Loca veterum non adſcribo. Adi Lipſ. ad Tacit *Ann. II.* 2. & adde Suet. *Aug. cap.* 50. Non itaque annulus in *l.* 22. opponi videtur typario alterius formæ, ſed alterius uſus, veluti, quo domi ad ſignandas cellas utebantur. HEIN.

TEXTUS.

Qui teſtes eſſe poſſunt.

6. Teſtes autem adhiberi poſſunt ii, cum quibus teſtamenti factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſervus, neque furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neque is, cui bonis interdictum eſt, neque ii, quos leges jubent improbos inteſtabileſque eſſe, poſſunt in numerum teſtium adhiberi.

NOTÆ.

6. Neque mulier) Hoc ex eo, quod in omni mancipatione teſtes tantùm maſculi admiſſi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares ſignificantur : add. Schol. Harm. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52.

Neque impubes) Livius apud Priſcian. *lib.* 8. *Impubes libripens eſſe non poteſt, neque anteſtari*, id eſt, *neque teſtis fieri*, paſsivè. autem *anteſtari*, eſt teſtem facere, μαρτυρεσθαι. *v.* Salmaſ. *ad jus Attic. pag.* 811.

Neque prodigus) Is, cui bonis interdictum eſt.

est, *l.* 11. *pr. D. eod.* Bene Græci; ὁ κωλυόμενος διατίθεσθαι, ὅτε μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ. Basill. *tit.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *Communem testium habilitatis notam esse, si sit cum iis testamenti factio: & quid hoc sit?*
2 *Cur à testimoniis testamentariis arceantur mulieres?*
3 *Cur non admittatur surdus, cùm adhiberi possit, qui sermonem testatoris non intelligat?*
4 *Utrùm cæcus adhiberi possit?*
5 *Qui dicantur intestabiles, & an hi quoque testamenti factionem passivam habeant?*

NOn satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse, etiam conditionem cujusque inspici, & non nisi idoneos admitti placuit. Et rectè: quippe cùm fides testationis non tam firmetur numero testium, quàm auctoritate, per *l.* 3. §. 2. & 3. *de testibus.* Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

Cum quibus testamenti factio est) Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes instituti aut ex alieno testamento vel sibi vel alii
11 acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non rectè dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. Et propriè item loquitur Imperator, cùm dicit, *cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est, ut propriè dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 8. *in fin l. is cui.* 18. *l. si filiusf.* 19. *hoc t. l.* 1. §. *exigis.* 8. *de bon. poss. sec. tab. l.* 3. *C. de apostat.* At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantùm ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 2. *inf. de hær. inst.* §. *legari.* 25. *inf. de legat. l. non minus.* 32. *l. si alienum* 49. §. 1. *de hær. inst. l.* 7. *pro legat.* quàm eos habere testamenti factionem. Quamquam hæc verborum proprietas perpetuo non observatur, ut vedere est in *leg. filius famil.* 26. *hoc tit. leg. ult. pro hær.* §. *in extraneis.* 4. *inf. de hær. qual.* quibus in locis testamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantùm capere ex testamento possunt. Unde factum, ut docendi gratia interpretes testamenti factionem distinxerint in activam & passivam. VINN. Sed si exempla convenire debent regulæ, dicendum est, cum iis fuisse testamenti factionem, qui olim in comitiis adesse, & suffragium ferre de aliorum testamentis poterant. Cùm iis enim etiam postea erat testamenti factio per æs & libram, non cum aliis. Ex hoc fundamento facile reddes rationem cur testes esse non potuerint mulieres, impuberes, servi, furiosi, quum tamen hæredes institui possint. HEIN.

Sed neque mulier, neque impubes, &c.) Enumeratio personarum, quas varias ob causas in testamento testes esse probibentur, & quidem simpliciter in testamento cujusvis. Cur mulier hic testis non admittatur, cùm alias jus dicendi testimonii habeat, *l. qui testamento.* 20. §. *mulier.* 6. *h. tit. l. ex eo.* 18. *de test.* non una ratio reddi potest. 1. Quia cùm certum numerum testium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere testes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat postea inquirere: talis autem non est mulier. 2. Quia sexus muliebris non satis sagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in subornandis testamentis strui solent. 3. Quia hic numerus testium non tantùm requiritur ad probationem actûs, sed etiam ad constitutionem: leges autem veteres, teste Scholiaste ad Harmenopulum, *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52. ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀποφαίνονται. Συστατικὰς μαρτυρίας, hoc est, *testimonia constitutiva*, quæ faciunt, ut negotium consistat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς id est, *demonstrativis*, sive quæ adhibentur dumtaxat probationis causa. 4. Quia testatio supremæ voluntatis non est actus repentinus, aut fortuitus, ut nihil necesse sit, ubi viri honesti haberi possunt, accire fœminas, per *Nov. de testib.* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor ut credam, ne in codicillis quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mitto, quod solemnis illa testandi ratio per familiæ mancipationem; unde qualitas testium, masculos tantùm testes admisisse videtur, uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui habebant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecundiæ sexus minimè conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujusmodi negotiis interesse. Et hoc etiam moribus nostris consentaneum videtur. Groenevv. *de ll. abrog. hic*, & §. *ult. inst. de condicill.* Cyprian. *cens. Bel.* Impubes testes non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipitur, *leg.* 3. §. *leg.* 5. *l. inviti.* 19. §. 1. *de testib.* In causa autem testamenti hoc speciale

le esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis causis testimonii dictionem habeat post pubertatem de his, quæ impubes vidit: utique si testetur de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & quæ vidit, cùm jam esset pubertati proximus. Joan. Fab. Vigil. *hic.* Oldend. *part.* 4. *de testib. nu.* 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. leg. qui testam.* 20. §. *servus.* 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. sunt quidam.* 17. §. 1. *de pœn.* & nominatim lex desiderat cives Romanos. Furiosus nihil intelligit: cæterum si remissionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *d. l. qui testamento.* 20. §. *ne furiosus.* 4. Mutus pro testimonium, quid actum sit, eloqui non potest. Surdus quid dicatur, sensu non percipit: immo nec moneri potest, quid testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem & mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi; per *l.* 1. *testamenta quem. aper.* nec testimoniis, sed testibus credendum, *leg.* 3. §. 2. *de testib.* Hinc etiam intelligitur, cur potius, quàm surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, & ipse testimonium dicere; singula enim percipere nihil necesse est, *d. leg. qui testamento.* 20 §. *pen.* utique cùm testamentum per scripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermoni testium permittitur. De eæco nihil traditum. Sed non posse eum adhiberi, rectè censet Wesemb. & Bachov. quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, *l.* 9. *C. eod.* nec signum recognoscere, quod in scripto, *l.* 4. & 7. *testam. quem. aper. fac. l.* 1. §. 5. *vers. casum. de postul.* Prodigis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis, & eadem conditione, qua furiosi, habentur, *l.* 1. *de curat. fur. l.* 12. *in fin. de tut. dat. l. furiosi.* 40. *de reg. jur.* Congruit *l. is cui leg.* 18. *in pr. hoc tit.*

Improbos intestabilisque) Intestabilis dicitur, cui nec testamentum condere licet, nec testimonium alteri dicere; & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur, uti quisque tenetur civi honesto, si denuntiatum sit, *l. is cui.* 18. §. 2. *l. cum lege.* 26. *hoc tit.* Ex Senatusconsulto intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est, *d. l.* 18. §. 1. *l.* 5. §. *si quis.* 9. *de injur.* Ex constitutionibus, apostatæ & hæretici, *l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *C. de hæret.* & *Manich. l. hæreticus.* 44. *C. Theod. de his qui sup. reb.* Ex duodecim tabulis, antestatus & libripens, si postea testimonium perhibere detrectassent. Verba legis refert Gellius *lib.* 15. *cap.* 13. *Quoi se fierit antestarier, libripensve fuerit, nei testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Ita locum istum obscurum & depravatum antea restituit Marcilius, *cap.* 5. *leg. duob. tab.* quod male processerat Cujacio. De eo quæsitum, an is, qui intestabilis dicitur, nec hæres institui potuerit, aut alias ex testamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Justinianus, constat, testamenti factionem passivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento, quàm ab intestato, *d. l.* 3. *C. de apostat.* De aliis expressè tantum non est, ne hæredes instituantur. Ex eo tamen quod Cajus scribit, cùm lege quis intestabilis esse jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipsi dicatur testimonium, *d. l. cum leg.* 26. *hoc tit.* sequi omnino videtur, ut nec hæres institui possit. Neque enim arbitror defendi posse, testatori dumtaxat, non etiam hæredi, de cujus solius commodo agitur, testimonium perhiberi. Facit huc *l. imperialis.* 23. §. 3. *C. de nupt.* qua permittitur mulieribus scenicis post impetrationem principalis rescripti, & condere testamentum, & aliis succedere. Inde enim duo colligimus, & scenicas fœminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent, hæredes non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes hæredes institui posse constat, una exceptione à regula eximunt, quasi & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

Textus.

De servo, qui liber existimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam Divus Adrianus Catoni, quàm postea divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.*

No-

NOTÆ.

7. *Testamenti faciendi tempore*) Hoc tempore inspicietur testium conditio, non tempore mortis testatoris, *l.* 22. §. *eod.* idque ex Principum liberalitate obtinuit etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

Omium consensu) Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita se gerebat, ita agebat, sic muneribus fungebatur, ut publicè liber à plerisque haberetur, arg. *leg.* 3. *pr. de sen. Mac.* facit, *l.* 1. *C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem testium tempore testamenti facti spectari: non nocere, si quid eis postea contigerit.*
2 *Idem observari in habilitate putativa.*
3 *Confutatur eorum error, qui putant, testamentum corruere, si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur, aut inhabilis fiat.*
4 *Quid verba hæc,* omnium consensu, *hic significent?*

NOn tantùm numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria dumtaxat: adeo ut si vel in uno è testibus hujusmodi qualitas
1 deficiat, testamentum per se nullum sit. Enimvero conditionem testium inspici placuit, cùm testamentum signarent, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit aut intestabilis, furere cœperit, aut prodigus esse; *l. ad testium.* 22. §. 1. *& ib.* Cujac. *hoc tit.* Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest, puta si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec cmmunis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerint, atque ut Justinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris ac partibus constarent. Ridiculum verò est, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere: non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benignè & speciali favore ultimæ voluntatis constituit.

Tam Divus Adrianus Catoni (*quidam Codices habent* Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quàm divi Severus & Antoninus*) Rescriptum Severi & Antonini non extat. Adriani est in *l.* 1. *C. hoc tit.* unde tamen non satis expeditum quid juris esse debeat, si quis consignationis quidem tempore pro libero habitus sit, postea autem ante apertas tabulas in servitutem revocatus status controversiam passus fuerit. Nam Adrianus sua constitutione hoc tantùm significat, si quis testis pro libero habitus sit tempore testamenti, cui usque ad tempus aperiendarum tabularum nemo status controversiam moverit, testamento non obesse debere, quod nunc hæc quæstio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem esse, si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Adriani non ita accepta esse, quasi casus iste semper in hisce quæstionibus requiratur, sed expressa, quia id in ea controversia forte acciderat, de qua consultus erat; aut constitutione Severi & Antonini rem plenius postea definitam. Sanè Jurisconsultus simpliciter ait, testium habilitatem tempore testamenti facti spectandam; quod postea accidit, non nocere, *d. l. ad testium.* 22. §. 1. *hoc tit.* Hoc autem non tantùm pertinet ad
2 habilitatem veram, sed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque ut nihil præter hunc locum haberemus, is solùm apertissimè ostendit, satis esse, liberum quem existimari tempore faciendi testamenti: nec ex eo, quod postea esse apparuit, testamentum vitiari. At dicat aliquis, cùm signatores tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud prætorem recognoscere & pro testamento testimonium dicere debeant, *l.* 4. *& seqq. test. qu. aper.* an non ex eo necessario sequitur, testamentum corruere, si quis è testibus, qui, cùm conderetur testamentum: pro libero adhibitus fuit, nunc, cùm aperiendum est, servus appareat? *arg. l.* 11. *C. de test. ib.* quo loco scriptum est, servos testimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quàm si quis è testibus ante apertas tabulas vita functus sit, aut furiosus, cæcus, mutus, surdus, &c. factus. Nam, ut rectè D. Viglius, sigillorum ista inspectio requisita fuit, non ut formalis aliqua testamenti solemnitas, sed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cùm testes adhuc viverent, aut tales essent, qui testimonium perhibere signis inspectis & re-

recognitis possent; testibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco statim voluntas defuncti concidit, cùm adhuc aliis argumentis & conjecturis sigillorum fides confirmari possit, maximè accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus cujusque & subscriptio pluribus nota esse solet; potestque etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fusius hac de re disputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavere, vel uno teste ante aperturam tabularum mortuo, vel inhabili facto testamentum protinus irritum fieri; ostenditque, ex ea persuasione factum, ut vetus testandi forma pæne abolita sit, cœperintque curare homines, ut de testamentis instrumenta publica per Notarios fierent: quod olim fuit incognitum. At usitatum erat testamenta publicari, hoc est, actis insinuari, vel referri in acta publica; quod hæredes scripti fieri procurabant, ne si casu materia, in qua primum testamentum scriptum esset, intercidisset, proximi ab intestato negotium iis facesserent. Nam publicatum testamentum priori scriptura casu amissa plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, *vid. l.* 2. & *l. testamenta.* 18. *C. hoc tit.* & *ibi.* D. Donell. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin rectè producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in testibus testamentariis requirunt, si eadem ratio est; puta si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum simulans; prodigus, qui tempore conditi testamenti pro sano à plerisque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio testamentum, quod summo jure inutile, defendunt. Joseph. Ludovic. *commun. opin.* 69. n. 4. *fallent.*

Omnium consensu) Donel. in *l.* 1. *C. hoc tit.* consensum sive opinionem cæterorum testium intelligit. Quod non placet. Quid enim, si hi sciant servum esse, aut status controversiam pati, quod alii omnes in civitate sciant? Neque magis verba *omnium consensu*, ad testes solos restringi possunt, quàm illa quæ mox sequuntur, *nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret*, quæ itidem expressa sunt rescripto Adriani. Omnium igitur consensu sic totius accipiemus consensu omnium, qui in civitate sunt, opinione totius populi, aut certè majoris partis, quia publicè liber à plebe habebatur, sic agebat, sic contrahebat, munneribus fungebatur, *arg. l.* 3. *in pr. de* [illegible] *l.* 3. §. 2. *de testib.* Quam ob causam [illegible] Fab. existimat, nec illud testamento nociturum, si unus & alter è testibus sciverit conditionem illius, & tacuerit. Putatque hoc amplius, locum esse huic constitutioni, etiamsi plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, *arg. d. l.* 1. *C. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores quàm duo habiles sint & idonei. Latius hic spatiantur DD. dum quærunt, an gesta ab his, qui se pro scribis aut notariis gerunt, cùm non sint, sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta, valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumpserit: illo casu valere quod gestum est, *l.* 3. *de off. præt.* hoc casu acta non valere, & speciale esse, quod in casu hujus §. testamento succurritur, vid. Sichard. *ad d. l.* 1. *C. hoc tit. sub fin.* Jason. *ad d. l.* 3. qui de eo disputat accuratissimè.

Textus.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. *Pater, nec non is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

Notæ.

8. *Pater, nec non is, &c.*) *Ex l. pater* 17. *D. de testib.* ratio est in textu: add. *l.* 22. *pr. hoc tit.* Ulp. *tit.* 20. §. 5.

Commentarius.

Hic locus sumptus est ex *l. pater* 17. *de testib.* add. *l. ad testium* 22. *pr. hoc tit.* Ulp. *tit.* 20. §. 5. Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest, quod plurium ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facile colludere, atque in unam eamdemque meditatam sententiam conspirare possunt, & *fac. l.* 3. §. 1. *de testib.* Sed subjungitur solutio; nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex uno domo testes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipsi commodi sperent. Suspicionibus enim non usque adeo indulgendum esse, ut quisquam gratuito malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l.* 6. *de testib.* testes idoneos non esse, quibus imperari potest, ut testes sint, rectè Glossa sic interpretatur, ut testes

sint

ſint in cauſa imperantis, eoſque pro ſe producentis. Ne quis putet, jus poteſtatis & filio imperandi obſtare, quominus pater ſimul & filius in alieno negotio teſtes eſſe poſsint. Neque ambigendum eſt, quin filiusfam. etiam patre invito teſtimonii dictionem habeat, cùm publica auctoritate teſtimonium denuntietur, cujuſmodi in cauſis jura patris interquieſcunt, *arg. l. 9. de his qui ſui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, in alienis negotiis (non enim in teſtamento dumtaxat hoc obtinet, *d. l.* 17. *de teſtib.*) diverſarum perſonarum numero haberi.

TEXTUS.

De his qui ſunt in familia teſtatoris.

9. *In teſtibus autem non debet eſſe is, qui in poteſtate teſtatoris eſt. Sed ſi filiusfamilias de caſtrenſi peculio poſt miſsionem faciat teſtamentum, nec pater ejus rectè adhibetur teſtis, nec is, qui in poteſtate ejuſdem patris eſt. Reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium.*

NOTÆ.

9. *Poſt miſsionem, &c. nec pater ejus, &c.* Aliud tamen placuiſſe videtur Ulpiano & Marcello, *l.* 20. §. 2. *hoc tit.* ut bene animadvertit Hotom.

In poteſtate ejuſdem patris) Fratre ſcilicet teſtatoris συνυπεξούσιος, non emancipatus.

Domeſticum teſtimonium) Id eſt eorum, qui ita conjuncti ſunt, ut alter ſit in familia & poteſtate alterius, & una cum eo fictione juris perſona. Nam ut rectè Græci, οἰκιακὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἐνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος λαμβάνεται. *Non ex cognatione, ſed ex coadunatione, quæ per patriam poteſtatem contingit.* Eadem ſcil. ratione, qua ſui hæredes domeſtici; §. 2. *inf. de hær. qual.* in judiciis autem teſtes omnes domeſtici intelliguntur, qui de domo accuſati producuntur, *l.* 3. *C. de teſtib. l.* 24. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo quæſtio formanda in filio teſte in teſtamento patris?*

2 *Quid obſtet, quominus qui in poteſtate teſtatoris eſt, teſtis in ejus teſtamento eſſe poſsit? Et quid de filio emancipato, &c.*

3 *Cur in teſtamento filiifam. poſt miſsionem de caſtrenſi peculio teſtantis pater teſtis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati rectè teſtis adhibetur.*

4 *Diſſentire Juſtinianum in propoſita ſpecie ab Ulpiano & Marcello.*

5 *Domeſticum teſtimonium hoc loco æſtimari ex unione perſonarum, quæ per poteſtatem contingit; etſi in aliis cauſis domeſtica teſtimonia interpretamur teſtimonia perſonarum domeſticarum.*

HactenUs de perſonis, quarum ea eſt inhabilitas, ut nullius in teſtamento teſtes adhiberi poſsit: ſunt etiam quædam, quæ cùm per ſe habiles ſint, & rectè adhibeantur, non tamen rectè adhibetur in teſtamentis omnium, idque ob cauſam aliquam privatam, quæ eas κατα τι inhabiles facit. Cauſa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio teſtis & teſtatoris per poteſtatem: item negotium teſtamenti ad eum, qui teſtis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera ſeq. explicatur.

Qui in poteſtate teſtatoris eſt) Igitur nec filius teſtatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in poteſtate ſit; nec is, quem teſtator ab hoſtibus redemerit, *l. qui teſtamento* 20. *in fin. pr. &* §. 1. *h. tit.* Sed enim cùm conſtet, filium, qui in poteſtate ſit, aut hæredem inſtituendum eſſe, aut nominatim exhæredandum, ſilentio eo præterito teſtamentum ipſo jure non conſiſtere, abſurda poteſt videri hæc disputatio. Nam fingamus, eſſe inſtitutum, jam alia & propria ratione teſtis eſſe non potest, quia hæredes, §. *ſeq.* Fingamus, exhæredatum, & nihil videtur obſtare, quominus rectè teſtis ſit, quia ſua ſe manu exhæredem ſcribere poteſt, ſalvo teſtamento, *l. non putavit.* 8. §. *ſi quis.* 6. *de bon. poſſ. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cùm in ſuam nemo perniciem ingenioſus ſit. Quod ſi dicas, durum videri, ut filius palam teſtis adhibeatur exhæredationis & ingratitudinis ſuæ; quid ſit teſtamentum, quo exhæredatus eſt, clauſum proponatur, in quo quid ſcriptum ſit, à teſtibus omnibus ignoretur? ita enim in proposito quæſtio formanda eſt, ut jam illud obſtet non poſsit. Quid eſt igitur, quod hic obſtet, quominus filius teſtis ſit? Nihil aliud, quam jus poteſtatis, quod fictionem quamdam unitatis perſonarum inducit inter eum, qui habet in poteſtate, & qui in poteſtate habetur, §. *ſi quis.* 4. *inf. de inut. ſtip. l. ult. C. de inſ. pub. & al. ſubſt.* Quo fit, ut ſi alteri alter teſtimonium dicat, ſibi quodammodo dicere videatur, quod ſubtilitas juris non patitur, ut poſt Viglium hic notant plerique recentiores, & eſt textus eo pertinens in §. *ſeq. in fin.* Addunt

dunt nonnulli, huc etiam referendum, quod generaliter placuit, idoneos testes non videri, quibus imperari potest, ut testes fiant, *l. de testib.* Ego verò arbitror, definitionem istam valere tantùm in testimoniis judicialibus; quamvis verum sit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari potest. Ait, *qui in potestate.* Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, rectè testis adhibetur, & pater vicissim in testamento illius; neque enim credendum est, verba illa frustra hic & in *d. l.* 20. expressa est. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationem solvitur. Et vel magis igitur poterit qui testis esse in testamento matris & avi materni. Non obstat, quod parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt, invicem testes esse prohibentur, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* Nam ista prohibitio pertinet tantùm ad illa testimonia, ex quibus lucri aliquid accedere potest parenti vel filio, cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulo diligentius postea.

Sed si filiusfamil. post missionem &c. neque pater ejus rectè adhibetur) Filiusfam. testamentum facere non potest, præterquam si testatur de castrensi peculio *inf. tit.* 12. ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. Sic autem hoc loco distinguitur, si filiusfam. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater rectè testis adhibeatur, si post missionem, non æquè. Cæterum quod ad priorem casum, amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi: ut illo demum casu pater rectè adhibeatur propter liberrimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quàm si testetur post missionem, *arg. pr. & §. 3. tit. seq.* & verba illa, *post missionem*, non ideo hic adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem, nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem ahiberi diximus non alia ratione, quàm quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in potestate est, quippe qui in castrensi peculio vice patrifam. fungitur, *l. 2. de Sen. Mac.* Huic objectioni ita fere responderi solet, multum interesse, utrum quis revera & sine exceptione sit paterfam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera ὑπεξούσιος, & domesticus patri suo, qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris, §. 4. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* & consequenter non efficere, ut una persona cum patre censeri desinat: tantùm liberam filiofam. de iis rebus diponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis instituendi, in quo patrifam. comparetur. Cæterum uti pse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec illius tabulis patrem adhiberi posse. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, & si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciosè disputari: video tamen, aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l. qui testam.* 20. §. 2. *hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit.* Et Marcellus *lib.* 10. *Digestorum* scribit, *posse; & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directo pugnans cum eo, quod hoc loco tradit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum, quo filius fam. de peculio castrensi testatur jure militari sive privilegiato, nullo colore defendi potest. Primum quia tota tractatio ilius tituli propria est testamenti solemnis, ut proinde verisimile non sit, Ulpianum eo loco miscuisse quæstionem, quæ ad militaria testamenta pertineret, quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est. aut fieri oportuit. 2. Quia Ulpianus hanc quæstionem proponit oppositive ad præcedentem, quæ opposito in dissimili genere testamenti planè inepta foret. Negaverat *in* §. 1. *ejusdem. l.* 20. filium, qui in potestate est, testem esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemni, nec ad testamentum militare pertinere. Mox per contrariam quærit, an pater ejus, qui de peculio castrensi testari potest, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit; & ait, posse, ex sententia Marcelli. At hæc quæstio minimè præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda sunt verba Jurisconsulti. Non quærit de testamento filiifam. militis aut in castris agentis, sed quæstionem generaliter atque indistinctè proponit de omni

ni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest, at potest non solùm miles in castris agens jure militari, sed item etiam extra castra jure communi; potest eodem jure & veteranus seu militia missus. 4. De testamento jure militiæ facto ne dubitari quidem justè potest, quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum est, *quomodo velint; quomodo poterunt, l. 1. de testam. mil.* facile hanc in personis testium differentiam absorbeant, & reciprocationem testimoniorum patris & filii admittant, immo ne testem quidem desiderent, ubi de militis voluntate constet: de quo amplius, §. 1. *seq. tit.* Et fortasse motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione: quia placuit, filiumfam. in peculio castrensi pro patrefam. haberi, quasi ob id etiam diversam à patre personam in causa istius peculii sustinere debeat: id enim receptum est, cum de acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo fere solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habeat.

Ea in re domesticum testimonium) Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat, in aliis causis domestica testimonia non reprobari. Quin in causis judicialibus modo magis reprobantur, & tanto, quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Justiniani sententia est, licet in testamentis de lucro, aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut fit in causis forensibus; ac proinde hic verendum non sit, ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hic invicem jus dicendi testimonii habeant; nihilominus tamen domesticum in hac causa testimonium prohibitum esse, hoc est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & fictione juris eadem cum altero persona, unde cum alteri testimonium præstat, sibi quodammodo præstare videatur. Hac sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari, non aliqua falsi suspicione propter cognationem, aut affectum. Atque hanc esse Justiniani sententiam, hic ipse locus satis perspicuè indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; τὴν δὲ οἰκιακὴν, inquit, μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἐνοσίως τῆς ἐν ὑποξυσιότητι λαμβάνομεν. eademque fere ratione Justinianus, *inf. de hær. qual.* §. 2. suos hæredes appellatos esse ait, quia domestici hæredes sunt, quibus opponit extraneos, id est, omnes qui in potestate morientis non fuerunt. Cùm igitur prohibendi hujus testimonii non alia causa sit, quàm unio illa personarum, quæ per potestatem contingit, sequitur, inter eos, quì ita uniti non sunt, testimonia testamentaria licita esse, quamvis alioqui summa sit inter eos conjunctio aut charitas. Itaque & patrem rectè testem adhiberi in testamento filii emancipati, avum in testamento nepotis ex filia, & contra, item virum in testamento uxoris, multoque magis patronum in testamento liberti, & patremfam. in testamento mercenarii, & viceversa libertos & mercenarios in testamentis illorum; ac proinde errare interpretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* suspecti omnes, quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. eod.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur. In his enim causis domestica testimonia interpretemur testimonia personarum domesticarum, hoc est, eorum omnium, qui de domo rei, qui in eos imperium habet, producuntur, *l. pen. de testib. fac. l. 11. §. furta domestica. 1. de pœn. l. antepen. §. pen. C. de his qui ad Eccles. conf.* Discriminis ratio jam ante à me indicata hæc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicuntur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut absequio veritatem celaturos, suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed hæredis agitur, ut non tam illi, quàm huic testimonium testes perhibeant.

TEXTUS.

De hærede, & his, qui sunt in ejus familia.

10. *Sed neque hæres scriptus, neque is, qui in ejus potestate est, neque pater ejus, qui eum habet in potestate; neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi. Licet autem totum jus tale contubatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per potestatem conjuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: hæredes autem, & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere suadebant; tamen nos eamdem observationem corrigentes, & quod ab illis sua-*

suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec hæredi, imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

NOTÆ.

10. *Creditur hodie*) Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait, *totum*, ut hac ratione testimonium recipiatur legatarii & fideicommissarii. Cujac.

Hæredi autem) Non tantùm clam scripto; sed palam etiam nuncupato.

Pristini familiæ emptoris) Cujus testimonium ideo receptum non fuisse certum est, quia negotium testamenti palam & apertè cum eo ipso ut vero hærede agebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem à testimonio removerint, hæredem admiserint?*

2 *An ad testamentum rectè adhibeatur pater hæredis, cujus in potestate non est, filiive hæredis emancipati? &c.*

CAusa privata altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id, cujus præcipuè causa testamentum ordinatur, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scriptus est; quod ideo placuit, quia in testamento negotium hæredis rectè & principaliter agitur, atque is solus sit juris successor. Hærede autem summoto consequens fuit, ut una removeretur qui in potestate ejus est, & pater quoque, qui eum habet in potestate, & denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *præc.*

Veteres familiæ emptorem repellebant: hæredi autem concedebant. Certum est; olim, cum primum forma testandi per æs libram inventa est, neque hæredem, neque eos, qui per potestatem ei conjuncti erant, ad testimonium in testamento præstandum admissos fuisse: quippe cùm negotium testamenti palam & apertè cum ipso heræde ageretur. Nam, ut estendimus in explicatione §. 1. *hujus tit.* initio ipse hæres futurus emebat familiam à testatore, isque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tamquam justo titulo bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore, ob causas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, institutumque, ut solemnitatis implendæ causa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, sed alius ab hærede & fiduciarius, qui hæredi forte clam in tabulis scripto familiam remanciparet. Quo recepto, cœpit familiæ emptor à dicendo in testamento testimonio summoveri, & hæres admitti; quasi negotium testamenti jam non tam cum hærede, quàm cum familiæ emptore gereretur, & absurdum sit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginariè, testis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat, etsi hæres scriptum se non ignorabat. Cicero *in orat. pro Milon. c.* 18. *Cyri testamentum palam obsignavi cum Clodio: & illum hæredem & me scripserat.* Cæterum ab eo jure postea iterum recessum fuisse, arguit *l. qui testam.* 20. *pr. hoc tit.* nisi locus ille à Triboniano interpolatus sit, aut de alio genere testamenti intelligendus, quàm quod per æs & libram fiebat: accipiendus, *arg.* §. 2. *tit.* 20. Just. Ulp. VINN. Immo, quum temporibus Ulpiani testamenta rarius facta videantur per æs & libram faciliore testandi ratione à Prætore inventa: non opus est, ut interpolatam à Triboniano existimemus *d. l.* 20. *pr. ff. qui testam. fac. poss.* Commodè enim accipi potest de testamentis tunc frequentioribus, puta de prætoriis. HEIN.

Minimè hoc jure abuti eos debere suadebant) Etsi testimonium hæredis apud veteres licitum esse cœpit, cùm alius familiam emeret; existimabant tamen, minus verecundè hæredem facturum, si sciens se hæredem scriptum esse, jure sibi concesso uteretur: quamobrem etiam suadebant, ut potius se excusare, atque à testimonio, si pudori suo consulere vellet, abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni, ubi quis hæres istitutus esset, ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram (quod factum creditur statim post translatum in Thraciam Imperium, *arg. l.* 15. *C. hoc tit.*) hæredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cùm ex eo tempore negotium testamenti non tantùm serio, sed recta etiam cum ipso hærede agi cœptum sit, quod antea simulatè agebatur cum emptore familiæ in testamento per æs & libram: quod etiam ratio initio hujus textus prolata, *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter testatorem & hæredem agi*, perspicuè ostendit; ut

adeo non admodum necesse fuerit, suasionem istam veterum in legis necessitatem à Justiniano transferri: quod tamen hic se fecisse profitetur.

Neque aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ) Scilicet per potestatem, quod antea expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod
2 ait, testimonium præstent. Ex contrario igitur etiam hic rectè, colligas, eos, qui in potestate hæredis non sunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cùm hi omnes diversæ sint ab hærede personæ; non potest dici, negotium testamenti propter hæredem etiam cum his agi, eosve sibi aut in re sua testimonium dicere, licet forte ex eo commodum aliquod hærede mortuo consequi possint; nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant: Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sic conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod, ut dictum §. *præc.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verùm in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantùm cùm signatur testamentum, sed etiam cùm testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum *l.* 4. *test. quem. aper.* Sed etsi sciatur, quis hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius, aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem.) Nam primo siquam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, qui ipse testes initio ad hoc non adhibit, sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quàm is ipsis, qui adhibiti sunt, cùm testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommissariis, & his qui sunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus. immo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter ei concessimus. Et multo magis iis, qui eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

NOTÆ.

11. *Quia non juris successores*) Non juris universi, sed rerum singularum, *l.* 9. §. 1. *D. de edend.* quorum gratia testamentum non ordinatur; sed universi successoris, id est, hæredis habendi causa. Itaque negotium testamenti cum solo hærede geritur, non cum legatariis; nisi forte per consequentiam; quod placet hic non attendi, confirmato testibus adhibitis ipso testamento, *d. l.* 14. Symmach. *lib.* 13. *epist.* 55.

Nostra constitutione) Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l.* 22. *C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Divinatorium esse; quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse vetitos Senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævolam.*
2 *Ratio Justiniani, cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur, exposita.*
3 *Afferuntur complures aliæ, & certiores.*
4 *Dispositionem hujus §. non tantùm in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis Vinnius in Institut.*
obtinere, confutata singulari opinione Anton. Fabri.
5 *Fideicommissarios universales huc non pertinere.*

LEgatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l. qui testam.* 20. *in pr. hoc tit. fac. l. si quis.* 14. *de reb. dub. l. dictantibus.* 22. *C. hoc tit.* Quo admisso jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dionys. Gothofredus in *d. l. dictantibus.* 22. scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex Senatusconsulto Liboniano: Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævolam ejus inducendi auctorem: atque existimat uterque, hoc ipsum esse, quod Plinius, *lib.* 2. *epist. ult.* ut improbissimum genus falsi notat. Sed quis Gothofredum docuit, tale quid cautum fuisse Senatusconsulto Liboniano? Aut quis Hotomannum, fuisse Scævolam contrarii juris primum auc-

auctorem? Non, si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, *l. 1. C. Theod. de testam.* protinus sequitur, eum esse illius juris primum auctorem. Quis verò credat, si verum est, quod Gothofredus scribit, Scævolam responsurum fuisse contra auctoritatem recentis Senatusconsulti? Plinius verò loco citato non illud improbum falsi genus appellat, si quis testimonium dicat in testamento, ex quo legatum capit, sed si quis ejusmodi technis, quibus usum esse scribit Marcum quemdam Regulum nequissimum omnium bipedum, aliisque malis artibus testatorem aggrediatur, & legatum extorqueat; quem eundem Regulum intelligit Juvenalis *satyr. 1. v. 67.*

Signato falso, qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis & gemma fecerat uda.

Cæterum locus ipse evidenter ostendit, jam tum legatarios testes rectè adhibitos, aut testibus legatum rectè datum. Quin etiam diu ante tempora Plinii hoc jus obtinuisse liquet ex *d. leg. 14. de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

Quia non sunt juris successores) Ratio à posteriori, ut videtur: unde intelligamus non ut cum hærede, ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos ut illum á testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit §. *præc.* negotium testamenti inter testatorem & hæredem geri, & ideo hæredem non debere testem adhiberi in eo testamento, in quo hæres instituitur; id hanc rationem habet, quia hæres universi juris successor est; quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur hæredis testimonium rejicitur ob id, quod negotium testamenti est negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet, qui successor juris non est: ille removetur ab illius negotii tamquam suæ rei testimonio; hic admittitur in illo negotio testis, tamquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d. l. 14. de reb. dub.* cùm ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorum testimonio confirmari, non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto: ne sint legatarii juris successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineant: & hactenus dictatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere; fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi; quippe qui emmolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea peculiariter interest testamentum confirmari, ne relictum concidat *l. eam quam. 14. C. de fideic.* Hoc ipsum verò satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonia ferant, sed hæredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde, quod nemini concessum est; *l. nullus. 10. de testib. & C. eod. l. omnibus. 10.* in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum, aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertineat, *l. 1. §. in propria. 11. quand. appell. DD. in d. l. omnibus. 10. & l. seq. C. de testib.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis hæres repellendus sit, quàm legatarius: tamen non satis idonea videtur ut propter eam legatarius debeat admitti. Et verò ita est: nec dubitandum, quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris apertè tradita inveniatur Interpretes complures afferunt. Prima est, quod numerus reliquorum testium & cæterarum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni falsi suspicione tuetur: neque tam ob testimonium legatarii, quàm ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum substineatur. Secunda est, quod in proposito legararii res sit cum hærede, qui cum hoc debeat testibus, quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hæreditatem & bona universa defuncti consequitur, improbè facturus sit, si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præstare recuset, quod in re propria testimonium dixerit. Nam sive tempus facti testamenti sive aperti consideretur; testes de voluntate testatoris dumtaxat & suo facto deponunt: postea verò cùm legatum petunt, cum solo hærede iis negotium est; qui non potest non improbè fidem derogare testimonio eorum, quorum fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potius est, quàm quod ante dixi, quod Marcianus sensit in *d. l. 14. de reb. dub.* cùm ex Trebatii & Pomponii sententia legatum signatoribus sive testibus) nec enim hi diversi sunt) relictum ideo valere te scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis

tis confirmatur. His accedit & tertia, quod Veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sanè atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *lib.* 10. *epist.* 55. *Quis*, inquit, *non familiarissimum quemque signandis adhibet, cùm extrema conducuntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita disputat, ut si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctus adspergit, legitimum posse abolere judicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam objectionem Basiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat: facit *l. Pamphilo.* 39. §. 1. *de leg.* 3. Atque his ergo rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantùm in testamentis scriptis servandum esse, verùm etiam in nuncupativis: licet dissentiant Duar. *ad tit. qui testam. fac.* & Ant. Fab. *decad.* 66. *err.* 1. *& seqq.*

4 Equidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide, Jo. Fab. Aretin. Imol. Vigl. Zypæ, *not. jur. Belg. de testam.* utut Groenevv. *de ll. abrog.* hic subsistat: sed in mera simplicique nuncupatione causa est, cur dubites, cùm hic testes recta tam de legato, quàm de jure heredis deponant; nullaque alia re testimonium juvetur, ut videri possit, perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod Senatusconsulto prohibitum est, *l.* 14. *in pr. ad leg. Corn. de falsf.* Et tamen magis est, ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cùm cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat, quinque testes sufficere: utut mutua hic futura sint testimonia, quod notat D. Hotom. add. Diod. Tul. *ad hunc tit. c.* 9. quamquam haud gravatè admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri *d. dec. err.* 3. qui putat, *Nov.* 1. *c.* 1. in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsius legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis planè denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. Quia juris successores fieri possunt. Ego verò malim dicere, hoc curandum non esse, quia ex accidenti est. *Casus adventitii*, inquit Sævola, *non sunt computandi*, *l.* 6. *qui & à quib. man.* & eleganter Græci; Οὐ χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι θεμάσι προσέχειν ἡμᾶς. Planè locus hic accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, loco hæredis est, & post Senatusconsultum pro successore juris habetur. §. 3. & 4. *inf. de fideic. hær. l.* 1. *l.* 3. *de fideic. hær. pet.* D. Tulden. *c.* 8. *in fin.*

Quadam constitutione nostra) Calumniantium iniquitas sæpe flagitat, ut ea quæ certo jure constituta sunt, novis subinde constitutionibus specialiter sint confirmanda; quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Justiniani, quo hic se refert, haud dubiè priori Codici inserta fuit. Cæterum omissa est in Codice repetitæ prælectionis edito post compositionem Institutionum, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt, qui hic intelligi putant aut constitutionem Zenonis, *leg. dictantibus.* 22. *C. hoc. tit.* aut responsum Jurisconsulti *l. qui testam.* 20. *in pr. D. eod.* quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpe in his libris constitutionum meminit, quæ in posteriori Codice non habentur, ut in §. *sed nec.* 27. *inf. de leg.* §. *pen. inf. de leg. agn. succ.* §. 3. *de succ. libert.*

TEXTUS.

De materia, in qua testamenta scribuntur.

12. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.*

NOTÆ.

12. *In tabulis*) Ligneis dolatis, & cera illitis. Hinc tabulæ testamenti, vel etiam tabulæ pro testamento, & lignum pro tabulis, *leg.* 15. *de bon. poss. cont. tab.* Juven. *satyr.* 13. & 14. denique & cera pro tabulis. Suet. in *Jul. c.* 83. Horat. 2. *sat.* 5. Juven. *sat.* 15.

An in chartis) *L.* 1. *l.* 4. *de bon. poss. sec. tab.* De varia materia, qua veteres in scribendo usi, v. Plin. *lib.* 13. *c.* 11. & 12. Alex. Neap. 2. *gen. dier.* Hot. 4. *obs.* 1. Salmas. *de mod. usur. c.* 10. VINN. Addenda omnino Bern. Montfaucon. *Palæographia Græca*; & quæ eadem de re disseruit Jo. Mabillon in æterno opere de *Re diplom. l.* 1. HEIN.

COM-

COMMENTARIUS.

Unde sit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint.

Testamenta non notis, sed litteris scribenda esse.

ANtiqui fere in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur: & quod bonorum possessio, quæ liberis prætentis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *l. quod vulgo. 19. de bon. poss. cont. tab.* & inde Juvenalis *satyr. 13. & 16.* adulterinas & fœmendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litterasque stylo, primum ferreo, postea osseo, in iis exarabant, unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. *in Vitel. c. 83. Quintum Pædium ex quadrante hæredem instituit: reliquos in ima cera.* Horat. 2. *satyr. 5. v. 53.*

Sic tamen, ut limis rapias, quid prima secundo Cera velit versu.

Juvenalis *sat. 16. Accipe ceram, Scribe puer,* id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poetam usitatius. Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis, sive pergamenis, foliis & libris quarumdam arborum, *librorum. 52. de leg. 3.* add. Plin. *lib. 13. c. 11. & 12.* Alex. ab Alex. *2. gen. dier. 31. Cotom. 4. obs. 1.* Si quis curiosior, is adeat D. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 10.* Quamvis autem prætor in dandis bonorum possessionibus tabularum dumtaxat mentionem faciat, non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia, quæ ad scribendum idonea sit, figura tabularum testamentum scriptum fuerit, *l. 1. de bon. poss. sec. tab.* Atque adeo etsi in charta deletitia & opisthographo, *l. 4. eod.* Hodie Notarii, qui fere in testamentis adhiberi solent, in conficiendis instrumentis pergamenis uti solent: quamquam si in charta papyracea scripserint, non eo protinus existimandum sit, instrumentum nullum esse, aut partium jura lædi, ut ait D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere sermonis, quave lingua quis testamentum conscribat, *l. hac consultissima. §. ult. l. quoniam. 15. C. de testam.* Cæterum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit; non signis obscurisve notis, *l. 6. §. ult. de bon. poss.* Ut quæ tamen per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitiabitur, *l. 9. §. 1. de hær. inst.* VINN. Quàm tamen periculosa aliquando sit notarum interpretatio, exemplo Galbæ discimus, de quo Sueton. *cap. 5. Observavit ante omnes Liviam Augustam, cujus testamento pæne ditatus est. H.S. namque quingenties quum principuum inter legatarios habuisset, quia NOTATA non perscripta erat summa, hærede Tiberio legatum ad quingenta revocante, ne hæc quidem accepit.* HEIN.

TEXTUS.

De pluribus Codicibus.

13. *Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundùm obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; velut si quibus navigaturus & secum ferre & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit; vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.*

NOTÆ.

13. *Pluribus codicibus*) Pluribus exemplaribus, *l. 47. de legat. 2.* pluribus tabulis *l. 1. §. 6. ult. quæ in testam. del.* ut tamen omnia sint inter se ἰσότυπα, unius tenoris & formæ, ac solemnitatis, *d. l. ult.* & facta quasi testamentum; non unum quasi testamentum, aliud quasi exemplum seu ἀπόγραφον, *d. l. 1. §. 7. de bon. poss. sec. tab.* add. Salmas. *ubi sup.*

COMMENTARIUS.

1 *An ut unius testamentum in plures codices referri; ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint?*

PLuribus codicibus) Id est, pluribus exemplaribus, *l. unum. 24. hoc t. l. 1. §. si quis. 5. de bon. poss. sec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. quæ in test. del.* Ait, *unum testamentum.* Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed prius semper rumpitur à posteriore. Testamentum verò, quod quis pluribus codicibus consignavit, atque eodem tempore solemniter complevit, unum atque idem testamentum est, *l. 1. §. 6. de tab. exhib. l. ult. quæ in test. del.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios hæredes scripserit, & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bono-

norum possessio : quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *d. l.* 1. §. *sed & si.* 6. *sec. tab.* quem locum eruditè interpretatur D. Salmas. *c.* 10. *de mod. usur. pag.*
1 417. *& seq.* ubi & alia minus trita. An autem quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus licet sua testamenta conferre in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis, unoque contextu adhibito, quæsitum est. Negant Vigl. & Hotomannus, quibus assentior. Etenim ut uniuscujusque testamenti propria contestatio est, ita & proprium ac separatum instrumentum esse oportet : admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione, corrumpatur necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hæredes.* 21. §. *ult. hoc t. l. hac consultissima.* 21. *l. cum antiquitas.* 28. *C. eod.* In casu pupillaris substitutionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, unisque septem testium signis obsignari : sed hoc ideo receptum, quia pro uno testamento habetur, *l. patris.* 20. *de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat, singula testamenta singulas seorsum desiderare solemnitates. Diss. tamen comm. DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Peckius *lib.* 1. *de testam. conjug. c.* 19. & usus probavit : hodieque usitatissimum inter conjuges est, ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis, quàm per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permissum fuit, *tit. de testam. l.* 1. add. Gail. 2. *obser.* 117.

Secundum obtinentem observationem) Si unius testamenti plures sint codices, potest ex unoquoque bonorum possessio peti, sed ita, si omnes sint authentici, id est, si facti sint tamquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, *d. l. ult. de his quæ in test. del.* Aliud namque juris est, si testator unum fecerit, non quasi testamentum, sed quasi si exemplum sive copiam, ut vulgo loquuntur, *d. l.* 1. §. *sed si.* 7. *secund. tab.* Quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, *fac. l.* 2. *de fid. instrum.* Quid verò juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator deleverit, aut inciderit ? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri, aut bonorum possessionem peti posse, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo à testatore incisas, ut intestatus moreretur, *d. l. ult. quæ in test. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum ? Proculus respondit, hæredi parcendum esse, & tantùm quinquaginta deberi, *l. Sempronius.* 47. *de legat.* 2.

Quod interdum etiamsi necessarium) Κατὰ τὸ si videlicet quis vereatur, ne si forte unum tantùm exemplar fecerit, voluntas exitum non sit habitura : quippe cùm unum instrumentum facile amitti, aut alias perire, occultari aut supprimi ab hæredibus venientibus ab intestato posit *l. unum.* 24. *hoc tit. l. si in duobus.* 10. §. *ult. test. quem. aper.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.*

NOTÆ.

14. *Voluntate nuncupata*) Palam & clarè pronunciata, ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *dd. ll. l.* 25. *eod.* Suet. *in vit. Horat. Decessit hærede Augusto palam nuncupato.* Scriptum testamentum etiam clausum offerri testibus obsignandum potest, celato nomine hæredis, unde μυστικὸν Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1 *Communia testamento scripto cum nuncupativo.*
2 *Qua in re præcipuè alterum ab altero distet.*
3 *Veteres rarius hæredem nuncupare solitos fuisse, quàm scribere, quare ?*
4 *Modi seu formæ testandi, quibus in hisce regionibus fere utimur.*
5 *An testamentum secundum statuatur aut consuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum ?*

HOc §. breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura, sive per nuncupationem : quæ testandi ratio tota est à jure civili : nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cum sine

tabulis locus esse non potest. Cæterum prætor ut custos juris civilis etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *l.* 8. §. *ult. sec. tab. l.* 2. *C. eod.*

Septem testibus adhibitis) Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium, eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hic æquè testes rogari, aut certè admoneri, cujus rei gratia collecti sint, *l. hæredes* 21. §. *pen. hoc tit. l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem* 2. *C. eod.* Olim etiam necesse fuit, ut is, qui per nuncupationem testaturus erat, formalibus verbis testes præmoneret, se ideo eos convocasse, quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cùm ex ipsa nuncupatione satis appareat, qua forma quis testari cogitet, Justinianus id sustulit, *l. in testamentis* 26. *C. eod.* Quid verò, si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum de testibus adhibitis, cùm testator ex scheda, in qua memoriæ causa voluntatem exceperat, recitato testamento hæredem pronuntiasset, subsignasse & subscripsisse. Et vulgo rectè placuit propter superfluam solemnitatem non debere vitiari testamentum, quod utique omissa ea in rem nuncupationis valiturum erat. Planè si constet, scripturam, quæ profertur ad testamentum faciendum, paratam esse, aliud dicendum erit, *l. ex ea* 29. *hoc tit.*

Et sua voluntate nuncupata) In hoc maximè distat testamentum, quod sine scriptura fit, à testamento scripto: nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique, suum hoc esse testamentum, celato nomine hæredis; quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum. Nuncupare hæredem, est lingua & verbis pronuntiare: unde nuncupare hæredem & hæredem pronuntiare pro eodem usurpantur, *l. si is qui* 25. *hoc tit.* Gloss. Basil. *nuncupatio.* ἐκφώνησις ἄγραφος. Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publicè aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat, veluti cùm mulier dicitur palam corpore suo quæstum facere: sed clarè & intelligenter sic, ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l. hæredes* 21. *in pr. hoc tit. d. l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem* 2. *C. eod. l. ult. de jur. eod.* ita Suetonius in vita Horatii. *Decessit hærede Augusto palam nuncupato, cùm urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, *l. qui testam.* 20. §. *pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino necessarium putamus, ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris; quo etiam *fac. l. coram* 209. *de verb. sign.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamenti usurpata nuncupatio: sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cùm testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut testes essent, rogati erant, testabatur, id suum testamentum esse, non nuncupationem hæredis. Ulpian. *tit.* 20. §. 8.

Perfectissimum) Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet, quàm testamentum scriptum; quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est. Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longè expeditior est, quàm per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quàm scripta argumento est, quod passim tabularum testamenti & hæredum scriptorum in libris nostris mentio fit; raro nuncupationis. Cujus ergo rei duplicem esse causam reor; tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt, quæ celari sæpe interest & ipsius testatoris & hæredum, cæterorumque, quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet: tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmatur; ex quo fit, ut etiamsi testes decesserint, ratum nihilominus illud maneat: nuncupativi autem testamenti fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cùm non sint aut pauciores sint, quam requiruntur, qui sisti iterum possint, & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea occursum est adhibito tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scriptura & instrumenta tabellionum sola per se citra novum testium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent, nec tamen quod ita factum est, ideo mox desinit esse testamentum nuncupativum, cùm solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti: quamquam non negaverim, habere hoc genus testamenti nonnihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. De quo vide Sichard. *in l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem* 2. *num.* 2. *C. hoc tit.* In his regionibus etsi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum testamentum condere; duobus tamen potissimum modis testamenta confici solent; uno coram duobus decurionibus sive Scabinis & Secretario loci, in quo testamentum fit, sive

in agro sive in oppido, quæ forma testandi respondet publicationi testamentorum apud acta judicum vel municipum, *l. omnium* 19. *C. hoc tit.* altero coram Notario & duobus testibus; qui modus fere solus est in usu vulgi. Gudelin. *de jur. nov. l.* 2. *c.* 5. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 17. Exhæreditatio liberorum hoc amplius requirit, ut testes sint Scabini: quod arguit formula juramenti à Notariis ingressu muneris præstandi: & cautum edicto quodam Caroli V. Groenevv. *de ll. abr. hic.* Notarius testatorem nosse debet: sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata à Notario scripto comprehendi solet, & in protocollum referri; unde postea petenti testatori solemne instrumentum conficiatur. Quin usu etiam receptum est, ut Notarius receptam in scheda voluntatem testatoris ipse recitet, ac testibus prælegat, deinde testatorem interroget, an omnia bene perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque supremam suam esse voluntatem agnoscat: atque approbante testatore, testamentum perfectum censetur etiamsi neque testatoris neque testium subscriptiones aut signacula habeat. Groenevv. *d. loc.* D. Jac. Coren. *obs.* 10. In quo longè recessum est ab antiqua ratione testandi per nuncupationem, quæ pro forma requirebat, ut ipse testator singula pronuntiaret, nuncuparetque sua voce omnia, quæ post mortem suam fieri vellet. Quod sanè eo diligentius observandum erat, quia ad perfectionem hujus testamenti nihil amplius jus civile desiderabat. Nunc autem admissa prælectione aliena, facile testatori imponi potest. Quid enim si Notarius aliquid addiderit de suo, quod testator præsertim ægrotus non animadvertat?

5 Hæc etiam vulgo nota sunt. Quæsitum est, an testamentum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habet extra illum locum; exempli gratia, testator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & Notario testari licet, ut in hac nostra Batavia; quæritur, an valeat etiam in iis locis, ubi septem testes requiruntur, uti in Frisia, ubi sequuntur jus civile? Affirmant comm. DD. in *l.* 1. *C. de sum. Trin.* Viv. 1. *opin.* 36. Coras. *de jur. art. p.* 3. *c.* 13. Covar. 2. *de sponf.* §. 7. *num.* 8. Costal. *ad l.* 6. *de evict.* Anton. Perez *in c. de testam. num.* 21. & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum. Guid. Pap. *decis.* 262. Tessaur. 2. *quæst. for.* 8. Mynf. 5. *obs.* 19. & 20. Gail. 2. *obs.* 123. Jo. à Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium erant, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis interp. sententia: at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicumque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia verò, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, per *l.* 4. *C. de jur. fisc. l. ult. de jurisd.* Ita constanter Mansuer. *in sua prax. tit. de success.* Bus. *ad l.* 6. *de evict.* Nic. Burg. *ad consuet. Flandr. tit.* 6. Christ. *vol. decis.* 3. 4. & 5. & *vol.* 4. *decis.* 4. & 10. Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre, utrum statutum disponat circa solemnitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve: quæ statuta in rem concipiuntur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubiè afficiunt, ut ubique sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Gail. *d. lib. obser.* 124. & *alii, ubi sup.* Coras. *dict. par.* 3. *cap.* 14. Gomez *ad l.* 3. *Tauri num.* 20. Quæ autem statuta disponunt circa actus solemnitatem dumtaxat, cùm neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam solummodo dispositionem, quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est, ut in ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solemna ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l.* 6. *de evict. l.* 3. *in fin. de testibus, l.* 2. *C. quemadm. test. ap. facit l.* 9. & *ult. C. hoc tit.* & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut, quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversa loca adjudicari. Peck. *de test. conjug. lib.* 4. *c.* 28. *in fin.* D. Joan. à Sande *d. de fin.* 14. ubi contraria scicè expedit, & prudenter temperat novam quamdam distinctionem Fachinæi. Adde, quæ nos *lib.* 2. *select. qu. cap.* 19. Planè si lex expressè testatores sequi jubeat jus loci; in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt Burgund. Christin. Tuld. *C. hoc tit.* & Perezius *dd. loc.*

TI-

TITULUS UNDECIMUS.

DE MILITARI TESTAMENTO.

D. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid hic significet?

DIximus sub rubrica præcedentis tituli, duo esse testamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur: alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solùm pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porrò nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hic non accipimus omnia, quæ facta sunt à militantibus, id est, iis, qui in numero relati sacramento tenentur; sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, *l.* 3. *hoc tit.* immo debent, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure & privilegiato testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solemnitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solùm intelligitur, quod à milite factum est in expeditione, jure militum proprio.

TEXTUS.

In militum testamentis solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, rectè nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema invenitur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, etsi filii familiarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proximè exposuimus.

NOTÆ.

Nostra constitutio) *L. pen. C. h. t.* id tamen & antea obtinuisse videtur, *l.* 1. *l.* 15. *C. eod.*

Quoquo modo) Sive in clypeo, sive vagina, sive in pulvere, εἰς τὴν γῆν τῷ ξίφει *l.* 15. *C. eod.* Synopſ. Attal. *tit.* 34.

Suis ædibus) In nonnullis est *sedibus*, testibus Vigl. & Giphan. & ita Cont. Wes. Fabrot. Sedes militum ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *l.* 3. *cap.* 4. & *ult* Th. σεδέτοις, id est, ut Schol. §. 3. *inf.* προσεδρίαις. in stativis aut hybernis. Sedeta sunt stationes, *l.* 18. *C. de Episc. aud.* loca, ubi milites otiosè commorantur. Lapsus hic est Cujac. *consult.* 49.

Propter militiam) *Tit.* proximè *seq.* Significat filios familias militantes idem jus habere, quod patresfamilias stipendia item merentes, ut in expeditionibus jure militari, alias jure communi de peculio castrensi testari possint.

COMMENTARIUS.

1 *Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculorum functionem.*

2 *Militibus remissa omnia, quæcumque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant, sive ad infirmationem.*

3 *In hibernis aut præsidiis locatos jure privilegiario testandi potestatem non habere, & num.* 5.

4 *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco esse posse, ensem pro calamo, sanguinem pro atramento, &c.*

6 *Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere.*

PRopter imperitiam eorum) Causa beneficii, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite, quod extat in *l.* 1. *hoc tit.* & rescripto Antonini, *l.* 3. *C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est, propter imperitiam. Nam cùm simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia, immo verò cum ex imperitia nascatur simplicitas; hinc factum, ut simplicitas Latinis interdum

significet imperitiam. Ut in illo Nasonis, *Heroid. ep. 2. v. 63.*

Fallere credentem non est operosa puellam
Gloria simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in *l. ult. in pr. C. de jur. delib.* cùm milites dicuntur arma magis, quàm jura scire. Atque huc acommodari aliquo modo potest, quod Tacitus scribit *in vita Agricol. c. 9. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet.* At enim verò non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & fœminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci, & cùm procul dubio multi etiam legum & juris periti stipendia fecerint, hos excipi. Non principalis, quia extra castra, & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis verò causa est, quam Ulp. expressit *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* laborum & periculorum functio cùm in expeditionibus & castris sunt, quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & sese continendi necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet, & aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico, aut procinctu deprehensis, si ibi decedant, jure militari quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.* VINN. Quum id privilegium militibus concessum sit ab eo tempore, quo jam mercenaria militia loco selectæ invaluerat; non ineptè credideris, veram ejus caussam esse, ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HEIN.

Constitutionibus Principalibus) Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *leg. 1. hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum eam concessionem ait fuisse temporalem: postea verò primum Titum, & post hunc Domitianum eamdem libertatem iterum dedisse, ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva, & qui eum secutus est, Trajano; exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint) Puta in continuatione actûs, in rogatione, subscriptione, & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari, nihilominus tamen rectè testari intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari, quàm aliorum solemnem dispositionem, *l. 1. & passim. hoc tit. & C. eod.* Porro autem non in eo dumtaxat consistit privilegium militum, quod testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solemnitates, numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent: sed in cæteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant, sive ad infirmationem. Quæcumque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum rectè definit Duar. *c. 4. ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos, quos in potestate habet, sciens præterierit, *l. sicut. 9. & seq. C. hoc tit.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit; sive alias pro parte testato, pro parte intestato decesserit, *l. 6. l. in fraudem. 15. §. miles. 4. l. si duobus. 37. l. miles. 41. eod. l. 8. C. eod.* sive eum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit, *l. idem. 13. §. 2. eod.* sive filio emancipato aut cuicumque extraneo in secundum casum directo substituerit, *l. 5. d. l. miles. 41. §. 4. eod.* sive hæreditatem condicillis directo dederit, *l. militis. 36. eod.* sive solis liberis, non etiamsi sibi testamentum fecerit, *d. l. in fraudem. 15. §. pen. d. l. miles. 41. §. ult.* nihilominus rectè testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. si certarum. 17. in fin. hoc tit. l. 14. C. eod. l. 7. C. ad leg. Falc.* Jure communi numquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet; invito eo multis modis infirmatur, *inf. quib. mod. test. inf.* Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem. 15. §. 1.* invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis deminutionis, *l. 6. §. sed si quis. 6. & seq. de injust. rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione, aut quasi agnatione, sui hæredis. *leg. 7. & seq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *leg. 9. & d. l. militis. 36. §. 2. eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles. 22. & seq. eod. §. pen. inf. eod.* non alio denique testamento postea facto, si modo & prius valere voluerit, *l. quærebatur. 19. eod.* Hæc summa est: quædam diligentius excutientur inferius.

In expeditionibus) Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad confligendum cum hoste, quandocumque casus ingruat. Itaque ex-

expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli : sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus 1. *va.* 17. *Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota præliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia hiberna, cæteraque loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur. Veget. *l.* 3. *de re mil. c.* 4. *& ult.* Sallust. *de Jugurth. cap.* 37. *Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

Quod merito nostra constitutio introduxit) *L. un. C. hoc tit.* An igitur ante hanc constitutionem Justiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocumque loco & tempore ante proprio testari potuerunt? Id quidem Viglius affirmat : sed ego ambigo. Nam & in *l. 1. C. hoc tit.* quæ Antonini est & *in l. milites. 3. C. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio, & ratio privilegii, peritiorum functio, quam affert Ulp. *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* cessat, cùm in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Justinianus voluit, quæ in expeditione currunt, *l. 1. C. de test. mil. l. ult. Cod. quibus non objic. leg. temp. præscr.*

Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta, sive non scripta) Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis : nuncupata tantùm probari poterit. Quinimmo militi etiam in hostem pugnaturo vagina, clypeus, ensis, humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro litteris, *l. Lucius. 1. hoc tit.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna, aut calamo, *l. milites.* 15. *C.* Cæterum hoc casu crediderim alio quoque opus esse testimonio, ut de eo constare possit, cùm vix fit, ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat, aut per comparationem litterarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocumque declarata rata sit, ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius.* 40. quod & Jo. Faber notat.

Vel suis ædibus) Ita enim legitur in utraque modo allegata constitutione, *l. ult. C. de postl.* sed in Basilicis, teste Cujacio, ἐν τοῖς ἰδίοις δίκοις, Theophilus pro eo habet, ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σεδέτοις. Σεδέτα autem Hotomannus scribit quæ Latini *stativa* appellant. Ant. Augustinus *in l.* 18. *C. de Episc. aud.* vertit *stationes.* Suidas *fossata* esse tradit. Et ita σέδετον apud Ruffum de legib. milit. pro φοσσάτῳ. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quàm pugnandi causa habentur, puta hibernacula, aut ubi in præsidiis sunt, ἔνθα διάγει αὐτὸς ἀνάγκη, (sic enim ipse interpretatur) donec expeditio aliqua suscipiatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *lib.* 3. *c.* 4. *Ita exercitati & eruditi in sedibus milites, cùm ad expeditionem ex diversis convenerint locis, &c.* Idem *eod. lib. cap. ult. Milites pœna & timor in sedibus corrigunt, in expeditionibus spes & præmia faciunt meliores* Atque hoc etiam loco non *ædibus*, sed *sedibus* Contius & Wesembecius legunt : quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur. Puto autem, falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus *consult.* 40. respondit, milites etiam in hibernis & præsidiis locatos ibidem jure privilegii sui testari posse. Nam qui sunt in hibernis aut præsidiis 5
neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expressè requiritur & hoc loco & §. *sed hactenus.* 3. *inf. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, *per vulgat.* Vinn. Cum Cujacio faciunt & alii, veluti Hœnon. *in Inst. h. t.* Gothofr. *ad l. pen. C. h. t.* Struv. *Exerc. ad ff. h. t.* §. 4. Sed Vinnii tamen sententia magis consentanea est *l. pen. C. hoc tit.* juncta *l. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.* Conf. Tim. Fab. *Disp. Anniv.* 18. §. 16. Hein.

Et si filiifam. sint, &c. jure tamen communi) Ex his verbis Porcius colligit, filiosfam. jure militari testari non posse : quo nomine merito reprehenditur à Viglio. Locus planus est & 6
apertus. Restrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati sunt in expeditionibus : ne quis verò ex eo putaret, milites & maximè filiosfam. alio tempore non posse testari, ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosfam. de quibus solis, cùm à privilegio militari recesseris, justè dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse, quàm jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosfam. milites in expeditione occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cùm in expeditione non sunt, testari posse, verùm tunc non aliter,

quàm

quam jure communi, significans, eos idem jus utrobique habere, quod patrestam. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quàm inepti sint, qui militibus ordinum quorumdam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltensibus, privilegium jure militari testandi asserunt, quasi nulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis, aut militiæ honorariæ. Vid. Duar. *in hunc tit. cap.* 3.

Paganorum) Pagani propriè dicti rustici, villani, κωμῆται, seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris ἀντικείμενα. A Scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cùm urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis, & reliquiæ ethnicismi. VINN. Alii paganos dictos Deorum cultores existimant, quod Cristo non militent. Sed Vinni ratio solida est. Nam & Orosius in *præf. lib.* 1. Ex *locorum*, inquit, *agrestium compitis & pagis pagani vocantur.* Et Prudent. *in Roman. v.* 296. eos ideo vocat *pago deditos*, itemque pago implicitos, *adv. Symmach. lib.* 1. *v.* 620. HEIN.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1. *Planè de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit.* Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, quod & sine scriptura & à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declaret quem vellet sibi hæredem esse, & cui libertatem tribueret; potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui; Ego te hæredem facio, aut: Bona mea tibi relinquo; non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest quàm ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit. Et per hoc vera judicia subverterentur.

NOTÆ.

1. *Et à non militantibus*) Ita quoque *in d.* 24. Fabrotus mavult, *ut à non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur vetus instit. Interpres Gallicus, qui est in Biblioth. Reg. Verba citat Fabrot. quod valde placet. Ut autem à non militantibus jure communi, ita militantibus jure etiam privilegiario.

Convocatis hominibus) Saltem duobus, *l.* 12. *D. de testib.* etiam sine solemni illa rogatione aut præmunitione, quæ jure communi necessaria, *l.* 21. §. *pen. h. t.* nam utique etiam sine ea constare potest de voluntate militis, quod solùm requiritur. Et ideo scripto militis voluntas, etiam nullis testibus adhibitis rata est, per *l.* 1. *in fin. per l.* 25. §. 1. *eo*

COMMENTARIUS.

1 *In scripto militis testamento testibus opus non esse, in nuncupativo contra.*

2 *Quot testes à milite per nuncupationem testamento adhibendi?*

3 *An rogatio testium testamento militari necessaria sit.*

Divus Trajanus ita rescripsit) Recitatur hoc idem rescriptum à Florentino in *l. Divus.* 24. *hoc tit.* Sententia rescripti hæc est, voluntatem militis qualemcumque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari; cæterum prius esse, ut constet appareatque, serio atque animo testamentum faciendi militem verba pronuntiasse. Hoc ut doceatur, ipsorum militum maximè interesse, ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

Et à non militantibus quoque) Giphanius legendum putat dempta negatione, *à militantibus*, quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est, ut propterea à consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo, quod his concessum est, arguatur, quod militantibus licere debeat. Argumentum à parte est: *Si licet non militantibus sine scriptura testari* (intellige secundum solemnitatem, quæ jure communi in testamento non scripto requiritur) *etiam militantibus licere debet eodem modo testari*, scilicet citra solemnitatem. Nam, ut ex

ex verbis rescripti patet, consultus fuit Tra-
janus de testamento militis, quod hæredes ab
testato eo prætextu impugnabant, quod id
sine scriptura factum esset. Atque ita quoque
Theophilus, quem falso Giphanius alter le-
gisse existimat. Fabrotus in *not. ad Theoph.*
mavult legi, *ut à non militantibus quoque.* Quod
valde placet. Vinn. Sed sensus idem manet,
si ET retineas. Nihil ergo opus est emendatio-
ne. Hein.

Convocatis ad hoc humilibus) Ex iis consti-
tutionis verbis triplex orta controversia est;
una de necessitate adhibendorum testium in
testamento militis; altera de numero; tertia
de eorum rogatione. De prima assentior Vi-
glio, Cujacio, Hotom. Bachov. scilicet inter-
esse, utrum miles per nuncupationem & sine
scriptura testetur, an per scripturam: in nun-
cupatione omnino testibus opus esse, quod
etiam hic locus expressè exigit: & quomodo
alioqui de voluntate militis voce prolata cons-
tare poterit? In scripto autem testamento,
si nulli testes à milite adhibiti sint, ratam
tamen esse militis voluntatem, utpote de qua
per scripturam & manum ipsius testatoris,
quæ legitima probatio est, constare potest. Ni-
hil autem amplius exigitur, quàm ut de vo-
luntate militis quocumque modo testata cons-
tet. De numero testium adhibendo à milite
per nuncupationem testante sic sentio, neque
unum testem (quod putat Theophilus) suffi-
cere, neque plures exigi, quàm duos. Illud,
quia constitutio plurali numero utitur, neque
unius testimonium legitimum est, quale tamen
omnimodo requiritur, *l. Lucius.* 40. *hoc tit.*
hoc, quia pluralis elocutio duorum numero
contenta est, *l.* 12. *de testib.* Atque ex ratione
juris gentium, quod solùm in testamentis mi-
litum consideratur, ad probationem alicujus
duorum testimonium sufficit. De roga-
tione testium, quod tertium erat, eam non
ultimo in militari testamento esse necessa-
rium. Primum, quia rogatio illa est pura puta
solemnitas: in militaribus autem testamentis
solemnitates omnes remissæ: deinde quia hæc
omnium solemnitatem scrupulosissima est &
facilissima, longissimèque recedit à simplici
ratione juris gentium, quæ sola regula est ma-
terium testamentorum. Denique contraria
est dicere, nudam & simplicem voluntatem
sufficere, & desiderari rogationem. Quamob-
rem non dubito, quin falsum sit, quod Ho-
mannus post Jo. de Platea & Angelum scri-
bit, ne militem quidem sine certa testium ad-
hibitione munitorum, ut ei actioni operam
det, testamentum conficere posse. Nihil cer-
tè Hotomannum juvant verba hujus text. *con-
vocatis ad hoc hominibus.* Quippe quæ hic non
dispositivè, sed narrativè tantùm ponuntur,
atque ut exemplo aliquo declaretur, quomo-
do de militis voluntate, sine scriptura testari,
certo constare possit. De eo enim præcipuè
hic agitur, atque hoc tantùm cavetur, ne qui-
libet militis sermo temere pro vero ejus judi-
cio capiatur, cùm sæpe soleant homines, præ-
sertim merito alicujus provocari, jactare &
dicis causa aliquid proferre, ac civiliter ma-
gis, quàm ex animo loqui. At ubi certo ex
circumstantiis liquet, serium esse quod miles
prolocutus est, & profectum ab animo testa-
mentum condere volentis, voluntas ejus etiam
ex hac ipsa constitutione servanda est. Atque
ut certius de eo constare posse concedamus, si
testes ad hoc specialiter sint convocati, aut
cum alterius rei causa convenissent, præmo-
niti, cui rei eos adhiberi placeret, constare ta-
men etiam potest sine formali istâ sive roga-
tione sive præmonitione. Quid enim si miles,
forte postridie in aciem educendus, in tento-
rio præsentibus aliquot commilitonibus suis
dixerit; *Ego Titium hæredem facio, ejusque rei
vos mihi testes esse volo.* Certè hic præter testium
fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione
juris gentium potest. Postremo si paganis ro-
gandi testes necessitas in codicillis remissa est,
l. ult. in fin. C. de codicill. quanto minus in
testamento militis ea requirenda, quod iis ip-
sis etiam legibus, quibus codicillos constitu-
tio civilis adstringit, solutum est?

Plerumque sermonibus fieri solet) Puta in con-
viviis, circulis, ac congressionibus familia-
rium, ubi nonnumquam leviter quædam ef-
fundimus, & jactamus magis, quàm serio
agimus aut loquimur. Et male ergo hinc col-
ligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testa-
mento servandum, quod miles nuncupavit,
non tam pendere ex militis voluntate, quan-
tumvis serio testibus exposita, quàm ex con-
vocatione testium & testimonii denuntiatione.
Cùm hoc tantùm hinc rectè colligatur, non
quemvis sermonem militis, quocumque loco
coram quibusvis prolatum pro testamento
continuo habendum esse; sed inspiciendas es-
se circumstantias, nec aliter, quàm si ex his
apparet, animum condendi testamenti mili-
tem habuisse, ratum esse oportere, quod pro-
nuntiaverit. Atqui de eo etiam constare pote-
rit sine testimonii denuntiatione. Et qui de
præsentia sua falso deponunt, eadem opera se
vocatos & rogatos esse mentientur.

Vera judicia subverterentur) Quamobrem me-
rito notatur Domitianus, quod alienissimas

hæ-

hæreditates confiscabat, vel uno existente, qui diceret audisse se ex defuncto cùm viveret, hæredem sibi esse Cæsarem. Sueton. *in Domitiano, cap.* 12. Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem numquam admiserunt, *l. ult. qui test. fac. l. pen. de hær. inst. l. res quæ.* 22. §. 2. *de jur. fisc.* §. *ult. inf. quib. mod. test. inf.*

TEXTUS.

De surdo & muto.

2. *Quinimmo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Natura surdos & mutos in militiam legi non posse.*
2 *Quem natura voce & auditu privavit, eidem denegasse & facultatem testandi.*
3 *Eos quoque qui casu aliquo muti & surdi facti sunt, suprema condere non posse, nisi scribere sciant.*
4 *Notatur oscitantia compositorum.*

HIc §. male à veteribus interpretibus, Jo. Fabro, Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirùm cùm paganis mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, sed morbus superveniens vocem abstulit, auresque conclusit, permissum sit testari, modo ei, quibus hoc accidit, scribere sciant, *l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, ut voluntatem suam per signa ostendant; cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse ab iis, qui cum muto & surdo familiariter vixerunt. Sed primum bene à Vi-
1 glio cæterisque melioris ævi interpretibus observatum est, natura mutum & surdum in numeros recipi aut in militiam legi non posse; utpote qui nec sacramentum præstare, nec imperium Ducis aut signa audire, tesseramve accipere & reddere queat: ejusque rei etiam argumentum est, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam causam ut bello inutiles dimitti solent, *l.* 4. *hoc tit.* ἄτοπον γὰρ inquit Theophilus, τὸν τοιοῦτον στρατεύεσθαι. Deinde non minus absurdum est, quod
2 putant, eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, testamentum facere posse: nam de signis quod asserunt, commentum est. Quæso enim, quibus signis is, cui nec audire nec loqui à natura datum est, sententiam suam de eo quod post mortem fieri velit, alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam παράδοξον hoc Fabro videtur, nobis autem ἀδύνατον; cùm, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non possit. Quod cùm probè animadverteret Jason in *add. ad Porc.* locum hunc, repudiato exemplo communi, accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto puta vulnere aut morbo aliquo in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiserunt. Et quia paganis etiam casu aliquo mutis & surdis factis, si litteras sciant, testari concessum est, *dict. l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putat, quod iis, etiamsi scribere nesciant, testari liceat, & hæredem per notas aut signa demonstrare, quod etiam Cantiunculæ placere video. Verùm enimvero qui litteris non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis verò testari quemquam mortalium posse, ut nusquam traditum est, ita nec admittendum, ut possit. Nam cùm nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam, in re tanti momenti fides habenda esse divinationi quorumdam ineptorum hominum pro arbitro suo hujusmodi signa temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud, de quo supra dictum, tantùm porrigi ad eos milites, qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus jure militari testamentum facere, contemptis solemnitatibus juris communis, *d. l.* 4. *hoc tit.* ne quis forte putaret, defectum sensus ac loquelæ solemnitate juris supplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi sunt, privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad personam militum & potestatem testandi, non tantum ad formam & remissionem solemnium pertinet. Ego arbitror, peccatum hic aliquid esse oscitantia Compilatorum. Certum est, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter à Principe impetrasset, *l.* 7. *qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l.* 4. *hoc tit.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum simul & surdum

dum natum, aut factum quidem, sed qui scribere nesciret, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse, qui nec petere hoc potuit, neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis & mutis (exceptis iis, quos modò dixi) facultatem testandi dedit, *d. l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* ex quo cùm etiam pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cùm igitur nihilominus appareat, id hoc loco factum esse à Compositoribus, oportet eos, cùm hæc vel ex responso Ulp. *in d. l.* 4. vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianeæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subcriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opinatur, cùm primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis. VINN. Justo sæpius compilatores vellicat Vinnius noster, & aliquando nihil male meritos. Possunt surdi & muti pagani testari, si vitium sit discretum: milites etiam conjunctum, dummodo, quid agant intelligant. Illi non nisi in scriptis: hi & nota. Quidni enim miles vulneratus, amisso linguæ laurium usu, præsentibus commilitonibus, quis quibusdam evidentissimis ostendere possit, quas res suas cuivis relinquere velit, si testionis usus ipsi salvus sit? Denique nec opus est, ut id militibus vulneratis, mortuis ante missionem, concessum dicamus. Nihil enim impedit, ut quæstio hæc oriri non possit, si eo periculo testatus miles missionem impetravit, & paulo post ex vulnere decessit. HEIN.

TEXTUS.

De militibus & veteranis.

1. *Sed hactenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & castris degunt. Post missionem verò veterani, & extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantùm valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et ait valere quasi militis.*

NOTÆ.

1. *Veterani*) Οἱ ἀπελυθέντες τῆς στρατείας Suid.

qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti sunt, *l.* 2. *D. de veteran. l.* 1. *C. de exc. vet.* ἀφίσεως ἐντιμῶν τυχόντες. Julian. *orat.* 1. v. Eips. *ad* 1. *annual. & Hist.* Tac.

COMMENTARIUS.

1 *Falli tam eos, qui putant, hunc* §. *solùm pertinere ad milites surdos & mutos militia missos, quàm qui negant ad hos pertinere omnino.*

2 *An & quatenus milites capitis damnati jure militari testandi licentiam retineant?*

3 *An huc pertineant qui successoribus acceptis militare desinunt?*

NUlla ratio est cur dubitemus, utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solùm ad milites mutuos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cùm justior causa dubitandi sit de mutis & surdis propter incertitudinem voluntatis eorum quàm de reliquis; & quotquot sunt hac de re loci in Pand. illi generaliter loquuntur de omnibus, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *l. quod constitutum.* 21. *l. testamenta.* 26. *l. quod dicitur.* 38. *hoc tit.* neque absurdum est aut supefluum repeti, quod semel dictum est, si id fiat alterius rei significandæ gratia, quàm quæ præcessit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea quæ hic traduntur, ad mutos & surdos milites dimissos aut extra castra versantes non pertinere: sed eos etiam post missionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari testandi: quod, ut unus error plerumque plures parere solet, ex eo natum est, quod crediderunt, mutos & surdos milites, sive ita notos sive factos etiam litterarum ignaros, jure militari testandi licentiam habere: quos si missos dicamus, non aliter testari posse, quàm jure communi. Negamus, eos ullo modo posse testari: quia nec possunt jure communi, *l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abunde probavimus §. *præc.* 1

Post missionem verò) Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari.* 11. *hoc tit.* qui tamen maximè pro misso & exauctorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. Nam primùm miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. si quis.* 22. §. 1. *de le-* 2

legat. 3. aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l. cum hic.* 32. §. *si miles.* 8. *de donat. int. vir. & uxor. l.* 6. §. *sed etsi.* 6. *de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantùm, qui ex militari, *dd. ll.* & *l* 1. *de vet. & mil. success.* nec eo quovis: non eo, quo fidem sacramenti rumpat, *d. l.* 11. *hoc tit:* verùm ex leviore aliquo: sunt enim multa malitiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, rigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantùm conceditur de bonis castrensibus, quæ non vindicantur fisco; sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *d. l.* 1. & *l.* 2. *de vet. & mil. succ.* quod cùm unicuique permissum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

In annum, &c.) Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eo usque, dum institutionis conditio extiterit, *l. quod constitutum.* 21. *l. testamenta.* 26. *l. quod dicitur.* 38. *hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reip. causa quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. *item* 2. *supr. de exc. tut.* De conditione hac, quia conditio quandocumque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio purè institutio facta fuisset, *l. si pupillus.* 26. *de cond. inst. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign. l.* 8. *de per. com. rei vind.* Cæterum missionem intelligi oportet, vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt; statim desinunt militari jure valere. *d.l. testamenta.* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *l.* 1. §. 2. *de his qui not. infam.* Lipsium *in lib.* 1. *Annal. Tacit.* Quæsitum est, an quod hic traditur
3 etiam ad eos pertineat, qui non missione, sed successoribus acceptis militare desinunt, quales sunt duces exercitus, tribuni cohortium, aut legionum, vel præfecti, nam testari quidem hos omnes jure militari posse, quamdiu exercitui, legionibus, aut cohortibus præsunt, certum est. *l. tribunus.* 20. *l. Titius* 25. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Et Africanus respondit, non pertinere, sed statim atque successorem acceperint, horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l. quod constitutum.* 11. *hoc tit.* Ait autem non pertinere, quantum ad verba constitutionum attinet, quæ de missis loquuntur, non quibus successor datur. Quid si igitur nos cum Cajacio *ad d. l. tract.* 4. *ad African.* tentemus, ex sententia constitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere? Cur enim verba legum captamus? Aut quid in proposito refert, utrum quis dimittatur an successorem accipiat? Certè Ulpianus non dubitat edictum de iis, qui notantur infamia, quod de missis loquitur, ad eos extendere, quibus successores dantur. *d. l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. *Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

NOTÆ.

4. *Ante militiam*) Id est, qui cùm adhuc paganus esset, non jure communi testamentum fecit.

Resignavit) Resignare est signatum aperire, ὑποσφραγίζειν, *l.* 1. §. 36. *depos. leg.* 6. *testament. quem. ap.*

Manifesta militis voluntas) Utique igitur semper necesse est, ut miles postea factus tempore expeditionis nova aliqua testatione voluntatem declararet, alias id testamentum ad privilegia militaria non pertinebat, *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *hoc tit.* Nec obstat, *l.* 15. §. 2. *eod.* ibi, *si militis voluntas contraria non sit.* Hoc enim sic accipiendum, quasi JC. dixisset: si militis voluntas, quæ postea secuta est, priori non sit contraria, sed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1 *Testamentum non rite à pagano factum jure militiæ valere, si is, miles postea factus & in castris degens, recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*

2 *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*

3 *Ulpianus secum & cum aliis conciliatus.*

ALiud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale est: Si quis, cùm paganus esset, testamentum non jure communi

ni civium fecit, & postea cùm militare cœpisset, in castris aut expeditione degens, quoris recenti judicio, & sive voce, sive facto aliquo declaraverit, se id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur testatus per relationem. Est verò hoc superiori omnino consequens: nam cùm militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permittendum fuit, testamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate postea comprobare: quoniam hæc militis voluntas testamentum est, *l.* 1. *in fin. jn. l. in fraudem.* 15. §. 2. *hoc tit.*

Resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta, &c.) Ad confirmationem testamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quàm ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus; ut de voluntate militis constet; ut in expeditione testatus sit. Ac in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potius tunc censendus est, priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus, à quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enim verò non præcisè requiritur, ut miles recentem voluntatem apertè & verbis declaret, sed sufficit, eam realiqua & facto significari, unde commodè intelligi posit: cujusmodi facta sunt, si testament. resignaverit, legeritque, vel rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut hic locus apertè ostendit, & apertus adhuc Jurisconsultus, *l. Tribunus.* 20. §. 1. *eod.* disertè scribens, si nihil eorum, quæ dicimus intervenerit, testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur *in l. quod dicitur.* 38. §. 1. *in fin. eod.* 8. §. 4. *de jur. eod.* Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli *in l. Titius.* 25. *hoc tit.* ubi sic scribit: *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil postea ab eo factum, dictum esse probaretur, ad rem commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quæ à militibus facta sunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani, quod extat in *l. fraudem.* 24. §. 2. *eod.* id. in hæc verba; *Testamentum ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Jurisconsultus exigit, sed tantùm ut nulla contraria voluntas secuta sit; atqui hoc etiam tunc fit, cùm nulla omnino secuta est. An dicimus, Jurisconsultum loqui non de eo, qui cùm paganus esset, testamentum fecit, sed de milite, qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Jo. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici posit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipiat κατ' ἀναφορὰν qui nunc miles est, cùm tempore facti testamenti esset paganus: nec illa Ulpiani verba, testamentum ante militiam factum à milite, aliter accipi debent aut possunt, quàm si dixisset, testamentum à milite factum antequam miles esset, seu cùm adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur, idem hoc rescriptum D. pii referens, in *l.* 1. §. 9. *eod.* Hoc cùm animadverteret Franciscus Hotomannus, ἀντινομίας esse pronuntiavit, quem secutus est Ant. Matthæus. Verùm enimverò si hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? Mille loci sunt, in quibus major in speciem cum aliis pugna est, quàm in loco Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeo ipsum Justinianum hoc loco exigere argumenta recentis judicii & prioris apertam comprobationem: sed ait, ita jus vetus fuisse; novum autem constitutum esse à D. Pio sola taciturnitate, quasi perseverantia judicii contento; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contra quam in procœmio recipit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si à solo Juliano, qui cæteris antiquior fuit, id proditum esset, poterat videri speciem aliquam veri habere, quod Hotomannus dicit. Sed cùm etiam Marcellus, quo consiliario usum esse D. Pium testis est Capitolinus, & post hunc etiam Paulus: qui assessor Papiniani, & Ulpiani in assessura collega fuit, auctore Lampridio *in Alexand.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomanni prætexi queat. Utique enim nimis putidum est dicere, aut ignorasse eos jus, quod à D. Pio constitutum erat, aut contra expressam constitutionem Principis respondisse. Quin etiam ipse Ulpianus *in l.* 9. §. 1. *hoc tit.* disertè in hac eadem specie exigit prioris voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundum D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum fa-

ctum à pagano, qui postea militare cœpit, jure militari, valere, si miles factus hoc maluit, ut à D. Pio rescriptum est. Quid verò hoc aliud est, quàm si dixisset, si miles factus indicio aliquo novæ voluntatis ostenderit; se id velle valere? Significantiora certè sunt verba Jurisconsulti, quàm ut de simplici silentio, aut voluntate in mente retenta intelligi possint. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor, qui ejus meminit in *d. l. fraudem* 15. §. 2. *eod.* ut proinde eumdem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cùm dicimus, hoc dicimus, verborum in *d. l.* 15. §. *si militis voluntas contraria non sit*; & illorum in *d. l.* 9. §. 1. *si hoc maluit miles*, unam eamque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat ad rem eamdemque significandam. Plus nimirum sensit Jurisconsultus in *d. l.* 15. §. 2. quàm scripsit; quod cùm manifestum sit tum ex aliis locis, tum ex *d. l.* 9. §. 1. quæ est ipsius Ulpiani, cur verba urgemus, quæ & ipsa insuper ambigua sunt, & sic quoque accipi possunt, non ut nulla nova voluntas exigatur, sed ut saltem aliqua, quæ tamen priori contraria non sit, sed eam confirmet? Quamobrem minor, quid Hotomanno & Ant. Matthæo, summis alioqui viris, in mentem venerit, quod eos, qui ajunt: Ulpianum & secum & cum cæteris de re proposita convenire, contentionis quàm veritatis cupidiores esse, tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. Denique & si in adrogationem datus fuerit miles; vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet; videtur capitis deminutione irritum fieri.

NOTÆ.

5. *Quasi ex nova militis voluntate*) *L.* 22. *eod.* ut capitis minutione secuta, voluntas repetita censeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l.* 11. §. 2. *sec. tab.*

TEXTUS.

JUre communi testamentum irritum fit etiam minima capitis diminutione testatoris, puta si se adrogandum dederit, §. 4. *inf. quibus modis test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfamil. miles à patre in adoptione datus fuerit aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis diminutione irritum fieri, *l. miles* 22. *& l. seq. hoc tit.* Ut autem huic quæstioni locus sit, oportet, testamentum factum statuatur de bonis castrensibus: nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest, pater autem familias, etsi potest, si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari per adrogationem: quippe cùm quicquid extra peculium castrense est, id acquiratur patri adrogatori; qua de causa etiam Jurisconsultus in *l.* 23. *hoc tit.* expressè meminit militis de castrensibus dumtaxat rebus testati. Quamvis autem quod hoc loco & *d. l.* 22. *& l. seq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris, productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus testantes, *l.* 1. §. *exigit* 8. *de bon. possess. sec. tab. l.* 6. §. *ult. de injust. rupt. testament.*

TEXTUS.

De peculio quasi castrensi filiisfam. testari permissum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens permiserit omnibus, in hujuscemodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

NOTÆ.

6. *Nostra Constitutio*) *D. l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.*

COMMENTARIUS.

1 *Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.*

DE differentia & qualitate peculii filiorumfamil. actum *sup.* §. 1. *per quas perscuiq. acq.* hic tantùm quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum castrensis filiisfam. concessum fuit, olim eorum quibusdam dumtaxat cum potestate de eo testandi, à Justiniano cum eadem potestate omnibus, *l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.*

An-

Anteriores leges) Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur, de hoc quasi castrensi peculio non esse ex lege aliqua ad populum lata, sed ex constitutionibus, argumento est, quod ipsum peculium castrense, cujus exemplo comparatum est quasi castrense, ex constitutionibus est. In Pandectis autem non semel tantùm, aut ad summum iterum, ut falso Mynsingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in *l.* 1. §. *in filii.* 6. *ad senat. Treb. l.* 3. §. *dari* 5. *de bon. poss. l.* 1. §. *nec castrense* 15. *de collat. l. filiusfam.* 7. §. *ult. de donat.* VINN. Rectè Vinnius negat, peculium quasi castrense esse ex lege libera rep. condita, si de vocabulo quæstio sit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii castrensis. Res ipsa tamen locum habuit in virginibus Vestalibus, Flaminibus, Dialibus, aliisque sacerdotibus, qui veteri ritu capiebantur. Gell. *lib.* 1. *cap.* 12. Hi enim licet patriæ potestati subessent, tamen poterant de peculiis suis testamentum condere. Dicuntur quidem patria potestate exiisse: Ulp. *Frag. tit. X.* §. 5. sed Gellius addit: *sine capitis diminutione*, ne eos jura familiæ amisisse existimes. Quum itaque hoc privilegium sacerdotum admodum simile fuerit ei, quod postea constitutionibus Principum filiis familias in peculio quasi castrensi datum novimus: non absurde existimari potest, has *anteriores leges* hæc scribenti vel Triboniano, vel Cajo, vel alii cuicumque veteri JCto, antiquitatis gnaro in animo fuisse. HEIN.

Quam principales constitutiones) Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in posteriore Codice, *l. velut* 7. *Cod. de assess. l.* 4. *Cod. de adv. div. jud.* 1. *l. un. C. de castr. omn. palat. pec. l. ult. C. de castr. pec. lib.* 12.

Et horum quibusdam) Veluti consulibus, proconsulibus, legatis & præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis verò causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hujusmodi operam Reipub. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense præciperent: cæterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. C. de inoff. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiisfamilias jus testandi defendunt etiam in peculio adventitio iis casibus: quibus plena ejus proprietas illis concessa est: de quo amplius *tit. proximè seq.*

Testari quidem, sed jure communi) *D. l. ult. C. de inoff. test. d. l. ult. C. qui test. fac.* Quare filiifamil. omnes, qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiifam. veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt: hoc enim privilegium illis solis tributum est, qui sub armata militia stipendia merent: neque simpliciter, sed tunc, cùm expeditionum laboribus occupantur, ut inepti sint, qui hoc extendunt ad alias militiæ species, togatæ scilicet aut alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum quis pedes mereat, an eques. In classibus omnes nautæ & remiges milites sunt, *l. un.* §. 1. *de bon. poss. ex test. mil.* Quidam negaverunt, privilegia jure militari testandi competere militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumendi militem in desuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est: durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio, cùm in expeditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos audire non patitur, Vigl. *ad rubr. hic.* Gail. 2. *obs.* 118. Vaud. 1. *q.* 55. Christin. *volum.* 4. *decis.* 3. Sichard. *ad rub. C. h. t. n.* 9. Grass. §. *substitutio, quæst.* 66. Grot. 2. *introd.* 7. Perez *C. de test. mil. in fin.*

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 1. *C. Lib.* 6. *Tit.* 22.

1 *Ut testamentum consistat, quænam in persona testantis requirantur.*

2 *Damnatos capite olim certo jure testandi facultatem amisisse.*

An

3 *An novellis legibus ab eo jure recessum.*

REditus ad jus commune. Desseruit *tit.* 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis; quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus *sub rub. d. tit.* In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Ro-
1 manus; quod indicat primum & secundum caput legis Falcidiæ, *l.* 1. *ad leg. Falc.* Proinde testamentum facere non possunt peregrini, ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l.* 8. §. 1. *&* 2. *h. t. qui test. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. nam servi aut capti ab hostibus, *d. l.* 8. §. *ult. l. filiusfamil.* 16. *hoc tit.* §. *ult. inf. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur *l.* 11. *eod.* Ac ne is quidem, qui de statu suo & conditione incertus est, testari potest, *l.* 14. *& seq. eod. l.* 1. *in pr. de legat.* 3. Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfam. de quo statim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, de quibus in §. 1. *&* 3. *seqq.* nec non aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum, aut apostasiam hæresimve nominatim testari vetat, *l. is cui* 18. §. 1. *l. cum lege* 26. *hoc tit. l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *C. de hæret. & Manich. l.* 6. *&*
2 *auth. seq. C. de incest. nupt.* Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent, libertatem, & civitatem perdebant, *d. l.* 8. §. *ult. l.* 6. §. *sed &* 6. *de injust. rupt. test. l.* 12. *l. qui ultimo* 29. *de pœn.* Ajo *damnati*: nam si quis indemnatus, quantumvis post accusationem & in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, *l.* 9. *hoc tit.* uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *leg.* 13. §. *ult. eod.* Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov.* 17. *c.* 12. *Nov.* 22. *cap.* 8. *item* 134. *cap. ult.* unde *auth. sed hodie, C. de don. int. vir. & ux. & auth. bona, C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit? Nam his constitutionibus & servitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur, extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur, D. Tulden. *hic cap.* 6. add. Salicet. *in dict. auth. sed hodie.* Vasq. 3. *contr. illust.* 96. Graff. §. *testamentum, q.* 21. Jac. Vervvey *tract. de art. testam. cap.* 4. ubi notat, in his regionibus damnatos capite, quorum bona publicata non sunt, testamenti factionem retinere.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ei, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisiverunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantùm militantibus datum est, tam ex auctoritate Divi Augusti, quàm Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea verò subscriptione divi Hadriani etiam dimissis à militia, id est, veteranis concessum est. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si verò intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui id in castris acquisierit: quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus & præcipuè nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfam. testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

NOTÆ.

Qui in alieno jure subjecti) Filiifam. testamentum facere non possunt, *l.* 6. *h. t. l. pen. C. eod.* & olim quidem vel ideo non poterant, quia nihil suum habebant. Ulp. *tit.* 20. §. 9. Hodie non possunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tamquam patresfam. habent, excepto peculio castrensi & quasi; de quo ob id etiam testati iis permissum. Testandi autem facultas solis patribusfam. lege concessa: *Paterfam. uti legassit, &c.* Cic. *ad Heren. lib.* 1. *cap.* 13.

Quamvis parentes permiserint) Quia testamenti factio juris publici est, *l.* 3. *hoc t.* id est, ei soli competit, cui jure publico permissa. Ex quo efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legatumve aut fideicommis-

missum relinquere filiusfam. posit, *l.6.* §.3. *de jur. cod. l.25.* §.1. *de mort. caus. don.*

Jure communi) Id est, jure hæreditario, post liberos & fratres intestato mortui, ut est in textu, *l.3. l.4. C. de bon. quæ lib.* jure novissimo à liberis solùm; non etiam à fratribus parens excluditur, *Nov.*118. *c.* 2. Explodendum igitur, quod Cujac. Pac. Fabrot. in margine notant, *jure communi*, *id est*, *jure patrio*, *jure peculii*, ex veteri & rogato jure in *l.2. de castr. pec.*

Proprium ejus esse) Ita ut in eo vice patrisfam. fungatur, *l.* 2. *de SC. Mac.* quod jus & quasi in castrensibus ei postea tributum §. *ult. ins. sup.*

Quamquam jure civili) Oratio perplexa, sententia tamen Justiniani ex iis quæ antecedunt & mox subjiciuntur, satis manifesta. Vide comment.

COMMENTARIUS.

1 *Cur filiisfamilias testamenti factionem non habeant?*

2 *Cur ne patre quidem consentiente rectè testentur, cum ita mortis causa rectè donent?*

3 *An testamentum à filiofam. factum cum consensu patris propter adscriptam clausulam, ut id valeat cujuscumque ultimæ voluntatis vi, saltem sustineatur in vim donationis causa mortis?*

4 *Intestato filio mortuo, peculium castrense jure Codicis ad patrem non redisse jure peculii; sed liberis & fratribus non extantibus, jure successionis ad eum devolutum.*

5 *Peculio pagano adventitio cum castrensi communia.*

6 *Plenius ac planius quàm vulgo ostenditur, filiumfam. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quorum fructus patri non quæritur.*

7 *An de his codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hæc donare possit?*

8 *Quid hic moribus harum regionum receptum?*

QUi alieno juri subjecti) Lex duodecim tabularum liberam testandi facultatem civibus concedens præcisè ac definitè de patribusfam. locuta est: Extat integrum legis caput apud auctorem *ad Herennium*, *lib.* 1. *c.*13. in hæc verba: *Paterfamilias uti legassit super familia pecuniave sua, ita jus esto.* Ex eo, quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patrifamil. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiisfam. permittere noluisse. Quinimo non potuerunt nisi ridicule testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiosfam. olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno jure acquisivisse; quæ etiam ratio, cur filiifam. testari non possint, reddita est ab Ulpian. *in fragm. tit.*20. §. *filiusfam.* 9. duratque eadem etiam nunc. Quicquid enim hodie filiusfam. proprium est, in eo non ut filiusfam. sed ut paterfam. consideratur. Et peculium quidem castrense & quasi castrense sub qualitate patrisfam. ei plenissimo jure concessum est: cæterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. sustinet: cùm alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum esse posset, pugnatque cum conditione filiifam. aliquid proprium habere. Hoc autem posito, filiosfam. jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui & testamentum condere possunt, *l.2. de legat.*1. *l.1.* §.2. *de legat.*3. *l.6.* §. *pen. de jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifam. nihil habent proprium.

Quamvis parentes eis permiserint) *L. 6. eod.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio illa patris non efficit ut filiusfam. incipiat esse paterfam. Lex autem duodecim tab. non aliis, quàm patribusfam. testandi potestatem concessit: eoque pertinet quod Papinianus scribit, *l.* 3. *eod. Testamenti factio non privati sed publici juris est*, hoc est, jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur. Adde, quod ne sic quidem filiofam. quicquam acquiritur, de quo testari, aut in quo hæredem habere possit. Ex quo jam etiam efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legare aut fideicommissum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio est. An igitur filiofam. nec mortis causa donare volente patre permittendum? Ita videri potest, cùm mortis causa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparentur, §.1. *sup. de donat. l. ult. C. de mort. ca. don.* Placuit tamen posse filiumfam. permittente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habes, *l. senatus* 35. §.3. *de mort. ca. don.* maximèque in eo, quod eam perficiendam traditione aut conventione opus est, ut pluribus ostendimus in *d.* §. 1. ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus ha-

haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet perindeque habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, *l. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii quoque persona in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare posse, cum Bart. *in l. 2. §. 1. de donat.* Ang. & Jo. Fab. *hic.* Nam quod traditum est de testamentis, ea non debet pendere ex alieno arbitrio, *l. illa constitutio 32. de hær. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpian. *in l. 1. §. 1. de tut. & rat. distr.* concludentis, ei, cui testamenti factio permissa non est, nec permittendum esse mortis causa donare. Procedit enim ista argumentatio in patrefamil. qui bona propria habet, sed testari non potest propter ætatem & defectum judicii, qualis est pupillus, de quo etiam Jurisconsultus
3 loquitur. Hinc jam illud quæsitum est, si filiusfamil. testamentum cum consensu patris condiderit adscripta clausula: *si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuscumque ultimæ voluntatis vi*, num in hac specie voluntas filii substineri debeat saltem in vim donationis causa mortis? Et vulgo placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis causa donatio continetur, & in proposito clausula illa, *aut cujuscumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest, quàm in donatione mortis causa: quæ utique patris consensu facta valet, ut jam demonstratum est. Ita D. Vigl. *hic n. 10.* Clar. §. *donatio. quæst. 6. n. 8.* Thesaur. *decis. 150.* Fachin. *5. contr. 64.* VINN. Cæterum in eo, quod ne permittente quidem patre testari potuerunt filii familias, deterior fuisse videtur eorum conditio, quàm servorum, quos permittentibus dominis condidisse quasi testamenta, docet exemplum apud Plin. *lib. 8. Epist. 16.* HEIN.

Exceptis iis, quos antea numeravimus) Qui scilicet castrense & quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, §. *ult. præc. tit. l. ult. C. de inoff. test. l. pen. & ult. C. hoc tit. l. 7. §. ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. usi sunt, *l. 2. de Sen. Mac. l. 4. de judic.* excepto quod intestati morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *leg. 2. de cast. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantùm militantibus, &c.) Refert Imperator, quibus gradibus ad summum ejus juris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium ejus Augusto tribuit, (Ulpianus Julio, *l. 1. de test. mil.*) progressum Nervæ & Trajano, (Ulpian. *d. loc.* etiam Titi & Domitiani meminit) patetque ex illo Juvenalis *sat. ult. v. 52.*

Solis præterea testandi militibus jus
Vivo patre datur, &c.

sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantùm, hic etiam veteranis, de eo, quod in castris acquisiverunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti sunt, *l. 11. de castr. pec.* vivis parentibus, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit, ita ut quod antea solorum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure communi, militibus etiam suo, id est, militari jure, testamentum facere permissum est. Veterani autem dicebantur, qui vel exauctorati sub vexillo adhuc retinebantur, cæterorum immunes, nisi propulsandi hostis; vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi erant, ἀφίσεως ἐντίμου τυχόντες. Consule commentaria D. Lipsii *in lib. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum jure communi pertinet) Ut pater in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipsique filio concessum, in eo, quem vellet, hæredem sibi instituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo, jure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii & pagani, nec in illo magis, quàm in hoc filiusfam. hæredem ab intestato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de castr. pec.* Cæterum huic juri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est; & primum liberis militis aut veterani intestato mortui: deinde fratribus bona castrensi jure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus aperte ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiifam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis; lucrisque nuptialibus, eosdem hæredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succes.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. intestato decedentium bona castrensia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus, & fere quotquot sunt, fecere, jure peculii secundum jus antiquum, quo filii

filii morte etiam péculium castrense, non quasi hæreditas, sed quasi peculium & quasi à patre profectum ad patrem redibat; verùm jure successionis seu hæreditatis, quæ tertio loco parentibus ab intestatu defertur ex constitutionibus Principum, novo quidem, sed communi jure. Nam si jure peculii eo bona adhuc ad patrem redire oporteret; nemo in his patri præponi posset, ac nec cuiquam deferri possent jure hæreditario; sed pater tamquam jam olim sua & à se profecta statim occuparet: nisi quis putet cum Viglio dici posse, liberis aut fratribus superstitibus jus patris quiescere; illis autem deficientibus, primum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem prædictæ constitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de jure & ordine successionis; add. quæ scripsi ad §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* Plurimum verò interest, utrum dicamus, jure peculii, an hæreditario apud patrem hæc bona pertinere: quippe illo casu, mortuo filio, ipso jure apud patrem remanent, quasi perpetuo ipsius fuerint; hoc casu sine additione nec acquiri, nec transmitti possunt: illo casu, peculio tantùm tenus creditoribus filii respondere tenetur; hoc, in solidum, nisi inventarium confecerint, §. 1. *inf. de hær. qual.* illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie jus liquidum est, atque hæc disputatio penitus sublata. Constat enim ex *Nov.* 118. bona filiifam. sive castrensia, sive pagana adventitia non amplius jure peculii, sed hæreditatis patri deferri; nec jam ordine tertio, sed secundo, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus, &c.) Subjiciuntur hic quædam alia jura, quæ filiusfam. in castrensi peculio habet, nimirum hæc tria; primum, quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo, id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ tamen, aliaque plura etiam jure veteri obtinuerunt. Nam, ut ante dictum est, filiusfam. in castrensi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantùm intestatus tamquam filiusfam. decedebat, *l.* 2. *de sen. Mac. l.* 4. *de judic.* 4. *de castr. pec.* junct. *l.* 2. *eod.* Quæ autem hic traduntur, olim erant castrensis peculii propria: hodie verò castrensi cum pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest: & quod olim in castrensibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l.* 1. §. *nec castrense* 15. *de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ult. C. eod. tit.* In solo profectitio peculio nihil mutatum est, sed quemadmodum id totum patris mansit, ita potest filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet, ut id creditores paterni sibi habeant. Nam quando ab Ulp. traditum est *l.* 3. §. *sed utrum.* 4. *in fin. de minorib.* si patris bona à fisco propter debitum occupata sunt, peculium profectitium filio ex constitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum jus fisci minuit, suum minuit: at alteri jus quæsitum auferre non debet, *l.* 2. *de his qui sui vel al. jur.* & fortasis debitum κατὰ χριστιανῶς. Jurisconsultus accepit pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certè rationem habet, quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium à fisco occupari, at non ex causa debiti: longè enim major ratio est, ut peculium filii separetur patre damnato, quàm cùm fiscus venit ut verus creditor: quippe cùm in pœna nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l.* 21. *l. in summa* 17. *l. quod placuit* 37. *de jur. fisc. l. un. C. de pœn. fiscal. cred. præf. lib.* 10. Ergo, inquis, non fiscus, sed filius damnato patre actione de peculio conveniendus est, contra quam respondet idem Ulpian. *l.* 1. §. 4. *quan. act. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quamquam jure civili omnium, qui in potestate) Perplexè & salebrosè hæc traduntur. Jure civili antiquo filiusfam. omnia patri acquirebat haud secus ac servus domino, uti dictum est §. 1. *sup. per quas pers.* primus Augustus excepit peculium castrense, aut potius milites in causa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quasi castrense peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium: & præcipuè constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille ejus proprietatem, pater usumfructum regulariter haberet, *d.* §. 1. *l. cum pater.* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi) Quamvis non tantùm castrense & quasi castrense peculium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non acquirantur, atque à Justiniano in universum ad-

adventitiorum omnium proprietas filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus dumtaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cùm, quod regulare est, filius tantùm nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usumfructum: sed cùm sint quidam casus, quibus filio plena & solida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis testari posit non satis convenit. Casus unus jus tum erat, cùm Institutiones componerentur. Nam *in l. ult. C. de bon. quæ lib.* sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hæreditas aut legatum fideive commissum delatum sit, & pater filio consentire nolit, ut hæreditatem adeat, aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate patre invito id facere posit, & sibi hoc facto, quod relictum est, in totum acquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis, ut ne ususfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut sororis, ad quam una cum filio pater admittitur: postremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur, patre divortium faciente sine causa, *auth. excipitur. cum*
6 *2. seqq. de bon. quæ lib.* An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari? Sunt qui putant, permissum esse, & Triboniano hæc scribenti in mente non venisse *l. ult. §. ipsum autem. 5. vers. filiis autem. C. d. tit.* ubi Justinianus dumtaxat eo casu, quo apud patrem ususfructus est, filium de bonis adventitiis testari non permittit: inde enim à sensu contrario colligunt, in altera specie adventitiorum id ei licere. Probabilis sanè collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clarè exposuisset. Nam cùm hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani, nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac.* qua declarat, minimè sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse, filiisfam. in bonis adventitiis permittere testamenti factionem, sive cum consensu, sive sine consensu patris bona possideant, ac proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant; sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitutiones; perspicuè apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba §. *5. d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per eam, quam *in d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quàm in qua extat distinctio illa, cujus meminit, & ad quam se refert *in d. l. pen.* utrum scilicet filius bona possideat cum consensu, an sine consensu patris: illa distinctio extat in una, *d. l. ult.* nusquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expressè *in d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis, quæ possidet sine consensu patris: atqui horum plenam proprietatem filio *in d. l. ult.* concesserat, neque erat tunc alius casus, quo ususfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Ad hæc jubet citra filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam: nulla verò lege antiqua filiofam. testamentum facere permissum, præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus: neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex sola causa acquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem, nominatim illam ipsam, quam explicat *lib. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, nisi absurdissimè, antiquam appellare, quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper à se promulgatam, nec ullas suas ipsius leges antiquas, cùm nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. Novissimo jure etsi filiofam. quædam alia ejusdem generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt; nullibi tamen jus de iis testandi ei datum legimus. *Nov.* 117. permittitur filio de hujusmodi bonis quovis modo disponere: ac in Græco est διοικεῖν, quod testamenti factionem non comprehendit: & sine eo etiam apertissimum est eo loco intelligi tantùm dispositionem inter vivos & liberam horum bonorum administrationem; quippe cùm hæc dispositio ei tantùm permittatur, qui perfectæ ætatis est, hoc est, filiofam. majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur, cùm tamen minor 25. annis etiam curatorem habens, post annum decimum quartum testamentum facere posit, *l. 5. hoc tit.* At, inquies, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fus. Can. toll.* Respondeo, hanc propositionem nec perpetuo veram esse, de quo vide Everhard. *in Top.* & procedere tantùm in objecto præsupposita habilitate personæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concesso omnia concessa intelligantur, quæ patrifam. in re sua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitrio, permissa sunt. Pater hoc ex eo, quod

quod filiifam. patroni causarum, magistri liberalium artium, &c. etsi plenam proprietatem peculii quasi castrensis olim habebant, jus tamen de eo testandi ante Justinianum non habuerint, §. *ult. præc. tit.* Nimirum, ut dictum est in pr. qualitas filiifam. obstat, quominus testari posit: ut autem posit de castrensi & quasi castrensi peculio, non ex eo est, quod simpliciter plena ejus proprietas filio concessa; sed quia placuit id eum habere sub qualitate patrisfam. ut etiam de eo testari posset. Nihil movet, quod filius in hac specie adventitiorum hæredem ab intestato habet: nam & in altera specie, cùm nuda ejus est proprietas, habet. Potest ex lege hæredem habere, etsi sibi hæredem facere non potest; & in casu *Nov.* 22. *cap.* 26. ponendi sunt termini habiles filii emancipati: alioquin sequeretur, etiam de iis adventitiis filium testari posse, quorum ususfructus ad patrem pertinet. Postremo nullam admodum causam video, cur filiofam. testandi facultas in una specie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam sola ususfructus à proprietate separatio impedire non potest, quominus jus sit de proprietate testandi, *inf. de hær. inst. in pr. l. rectè dicimus.* 25. *de verb. sign.* Atque hæc etiam communis est interpp. sententia. Porro hoc constituto, filiumfam. de bonis adventitiis testamentum facere non posse, tractari tamen adhuc potest, an non saltem de his bonis codicillos facere posit, cùm hæredem in his bonis ab intestato habeat, quem onerari posse fideicommisso constat, §. *præterea.* 10. *inf. de fideicomm. hær.* Sed magis est, ut nec codicillos facere posit, propter regulam juris: *Qui non potest facere testamentum, nec potest codicillos, l.* 6. §. *pen. de jur. cod. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. Quem lex ei hæredem dedit, cum, omnino omnia bona, quæ post mortem relinqueret, habere voluit, & quasi addixit: cum vi ipsa non multum interest, hæredem sibi quis testamento instituat, an per fideicommissum alicui hæreditatem suam restitui jubeat. Planè mortis causa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendum esse existimarem, & quod alias patris consensu potest, *l. tam is.* 25. §. 1. *de mort. ca. don.* id ei hic licere etiam sine consensu patris, *argument. Nov.* 117. & eorum, quæ diximus in exegesi verborum hujus pr. *Quamvis parentes eis permiserint.* Diss. Anton. Fab. *decis.* 33. *er.* 6. & *seqq.* ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis causa filiofamil. concessam fuisse contendit, contra expressum textum in *l.* 7. §. *ult. de donat.* vid. Div. Guil. Mas. *lib.* 6. *sing. opin. cap.* 6. & *seq.* ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet suæ potestatis decesserit) *L. si filiusfam.* 19. *hoc tit.* Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, etsi postea testamenti factionem habere cœperit, §. *seq. leg.* 4. *eod. l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. posses. sec. tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l.* 1. *de reg. Cat. l. quod initio.* 29. *de reg. jur.* Interpretes communiter duos casus excipiunt, quibus filiusfam. rectè etiam de bonis adventitiis testetur, utique consentiente patre; si quid relinquat in pios usus; si liberos suos hæredes faciat: illic voluntatem filii sustineri favore piæ causæ, hic favore liberorum. Tiraquel. *de priv. piæ caus. cap.* 78. Clar. §. *testamentum. quæst.* 5. Tulden. *hic cap.* 11. Jac. Vervvey. *art. test. cap.* 4. *fac. cap.* 4. *de sepul. in* 6. Christin *vol.* 4. *decis.* 4. *num.* 6. ubi in casu posteriore nec consensum patris requirit. Moribus harum regionum libere omnes, qui modo ea ætate sunt, qua testamentum condi potest, de bonis maternis cæterisque adventitiis omnibus rectè testantur, neque consensu patris ad eam rem opus est. D. Elbert. Leonin. *lib.* 6. *emend. cap.* 3. *in fin.* Perez *C. qui test. fac. n.* 10. Groenevv. *de ll. abrog. hic*, & *ibi laudat.* quod & in Hispania obtinet, *leg.* 5. *Tauri*, & ibi Gomez atque in Germania quoque receptum, utique si liberi seorsum à patre habitent; Reusner. *par.* 2. *c.* 23. *n.* 26. *de testam.* De Gallia idem testatur Lud. Charond. *in memorabil.* In Frisia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. D. Joan. à Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 1. VINN. Quod de Germania ex Reusnero monet, nihil ad rem facit. Per separatam enim cœconomiam, quam hic Reusnerius intelligit, liberi exire intelliguntur patri potestate. Ergo ibi tunc non testantur tamquam filiifamilias de peculio adventitio, sed tanquam patresfamilias de pecunia & re sua. HEIN.

TEXTUS.

De impubere & furioso.

1. *Præterea testamentum facere non possunt impuberes; quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum*

rectè factum, neque ullum aliud negotium rectè gestum, postea furor interveniens perimit.

NOTÆ.

1. *Præterea*) *L.5. hoc tit. l.19. §.1. de capt. & postl.* adde & alios ex *l.8. 9. 10. & 11. D. hoc tit.*

Postea pubes, &c.) Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

Aliud negotium) Adeo ut ne matrimonium quidem furore superveniente solvatur, *l.8. de his qui sui vel al. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.*
2 *Testamentum à furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri. Et quid si de eo dubitetur?*
3 *Cur furor postea incidens, &c. testamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet?*
4 *Quando locus sit regulæ, quæ ab initio rectè constituta sunt, resolvi, cum in eum casum pervenerunt, unde incipere non possunt?*

QUia nullum eorum animi judicium est) Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus est duodecimus, *l.5. hoc tit.* Horum ait nullum esse animi judicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hæreditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Ne-
1 quaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve hæredibus reddunt; hujus verò reddere non possunt. Deinde testamenta non arbitrio alieno, non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potius, quàm cognati, cognati remotiores potius, quàm proximi, hæreditatem consequantur. Quin tutores, si hanc potestatem iis permittimus, semper operam dabunt, ut non alii, quàm à quibus lucrum sperant hæredes instituantur. Puberes autem testamenti factionem habere placuit statim à decimoquarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo consensum intervenire, *d. l. 5. hoc tit. l. Aurelio* 20. §. 1. *de lib. leg.*

Item furiosi) Furiosi quid à mente captis differant, docui *sup. tit de curat.* §. *sed &* 4. Nimirum furiosum quidem omnem & mente captum esse sive dementem; at contra non omnem mente captum esse & furiosum, cumque mente captus à furioso distinguitur, ut plerumque fit, eum intelligi, qui cum sana mente non sit, in quiete est, nec, ut furiosi solent, agitatur & fertur præceps. Cæterum nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis sit simpliciter, an ad dementiam accedat & furorem: constatque, quamvis furiosi tantùm hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere, *l. 2. l. Titia* 13. *in fin. de inoff. test.*

Quo furor intermissus est) Furiosus per id tempus, quo furor intermissus est, testamentum jure facere potest, *l.9. C. hoc tit.* quemadmodum & testis tempore intermissionis rectè adhibetur, *l. qui testamento* 20. §.4. *hoc tit.* Cæterum ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissioni perficiat: nam si cœpto testamento & necdum perfecto; furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi postea remisso denuo furore, id quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* Quid si proferatur testamentum conditum à furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur: pro testamento respondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet, cui assentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *lib. 7. cap.* 8. refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insaniæ testamento; quod à centumviris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis, quàm quid scripsisset, considerandum existimantibus*, add. Boer. *decis.* 23. *num.*81. Mynsf. 4. *obs. cent.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 2. *cap.*1. *num.* 7. Christin. *vol.* 4. *dec.* 4. *num.* 8. Diod. Tuld. *commen. hic, cap.* 3. Graff. §. *testamentum quæst.* 21.

Eo, quod ante fecerint, testamento valente) *In d. l. qui testamento* 20. §. 4. *hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, §§. *seqq. l. 6.* §.1. *l. is cui* 18. *eod.* Palam igitur est, his casibus unum tantùm tem-

tempus inspici testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatorem habuisse testamenti factionem, etsi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Jurisconsultus in *l.* 1. §. *exigit* 8. *de bon. poss. sec. tab.* ait, prætorem exigere, ut is, et cujus testamento bonorum possessio petitur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cùm faceret testamentum, & cùm moreretur, intelligere debemus, eum non hoc velle bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantùm tempore testamenti facti jus testandi habuerit, sed non dari, si habuerit tantùm tempore mortis, non etiam tempore conditi testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Sic autem jus est in mutatione, quæ salvo statu & fortunis testatoris contingit, cujusmodi sint superiores. Quod si qua mutatio postea inciderit, per quam capite testator minuatur: puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur, atque irritum fit, §. 4. *inf. quib. mod. test. inf. l.* 6. §. *irritum* 5. & *seqq. de injust. rupt. test.* & ratio manifesta est. Quippe his modis non tantùm amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personæ testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem. Furiosus verò & prodigus, etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quominus hæredem ex testamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas eximum sortiatur.

Neque aliud negotium rectè gestum) De matrimonio idem traditur, *l.* 8. *de his qui sui vel al. jur.* In cæteris quoque negotiis quin idem jus sit, dubitandum non est, sive rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo agit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: ve stipulanti aliquid promiserint, aut alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii: sed hoc à curatore exigiri potest. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum, qui ea quæ ab initio rectè atque utiliter constituta sunt, resolvi putaverunt, cùm in eum casum incidissent, à quo incipere non poterant, *l. existimo* 98. *l.* 2. *de verb. obl. l. in ambigui* 85. §. 1. *de reg. jur.* §. *ex contrario* 14. *inf. de legat.* sed hoc tantùm cum casus incidens impedit, quominus quod cœptum est, perfici atque ad finem suum perduci queat, ut evenit incidente capitis diminutione testatoris. Qua de re fortasis pluscula ad *d.* §. *ex contrario* 14.

TEXTUS.
De prodigo.

2. *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecerit, quàm interdictio bonorum suorum ei fat, ratum est.*

COMMENTARIUS.

QUi bona sua profundunt, nec modum, nec finem impensarum habentes prope à furiosis absunt. Planè enim quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, ut inquit Jurisconsultus, *l. his qui* 12. *in fin. de tut. dat. ab his*, quam ob causam placuit, hujusmodi hominibus bonorum administratione interdici: qua interdictione & testamenti factio ipsis adempta intelligitur: quippe qui non saniore judicio, quid de rebus suis post mortem fieri velint, statuturi creduntur, quàm eas tractarent, si libera earum administratio ipsis permitteretur, *l. cui* 18. *hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut malè Don. ad *leg.* 6. *de verb. obl. num.* 9. sed si velint, curatores accipiunt; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus, sed in hunc maximè finem, ne minores in contrahendo circumveniantur, quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit) *D. l. is cui* 18. Testamentum enim, quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet, qua quod factum est ante furorem. Imperator Leo *Nov.* 39. prodigo permittit τὰ συμφέροντα διοικεῖν, ea facere, quæ ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum ejus esse jubet, in quo mortis prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, si quædam non levia argumenta saniorum morum præcesserint, per *l.* 1. *de cur. fur.* Vide Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 3. Groenevv. *de ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod supra §. *furiosi* 3. *de curat.* asseruimus, prodigum, quod attinet rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum, qui ipso facto prodigus est, sed tunc demum, cùm ei bonorum administratio interdicta est: interdici autem non ipso jure, sed causa cognita decreto magistratus.

TEXTUS.
De surdo & muto.

3. *Item surdus & mutus non semper testamentum*

tum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tardè exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tardè loquitur. Sæpe enim etiam litterati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.

COMMENTARIUS.

OLim etsi quis mutus tantùm erat, aut surdus, testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter à Principe impetravisset, ut sibi testari liceret, *l.* 7. *hoc tit.* junct. *l. pen.* §. 1. *unde cogn.* cujus juris ratio significatur à Paulo *lib.* 3. *sent.* 4. quia neque mutus testes rogare potest; neque surdus audire testimonium perhibentes. Unde cùm nemo quicquam à Principe impetrare possit, nisi qui ei preces suas aut voce aut scripto potest exponere, sequitur, eos mutos, qui scribere nesciebant, omnino testari non potuisse. Justinianus, quod singulare & personale jus erat, jus commune fecit, & generaliter surdis omnibus, vel mutis testamentum facere permisit, (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius necesse non sit singulos id precibus impetrare, *l. discretis* 10. *C. hoc tit.* Sic verò ille constituit, ut si quis mutus & surdus simul sit, siquidem natura, is omnino testamentum facere non possit: sin casu, ut possit; si modo ante litteras didicerit; ut scripto voluntatem supremam exprimere queat. At si quis tantùm mutus sit, aut surdus tantùm, sive tales sint natura, sive morbo, his jure testari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut lingua. Quod ne muto quidem tantùm, qui litteras nesciat, testamenti factio hac constitutione permittitur, confirmat id, quod modo dicebamus, eum, qui talis sit, nec à Principe testandi licentiam obtinere posse. Illud in eadem constitutione absurdi est, quod Justinianus credidit, eum, qui surdus natus est, loqui posse; & articulatam vocem edere; cùm nihil tam certum sit, quàm ei, cui auditus à natura negatus est, & sermonis usum ablatum; nec esse naturaliter surdos, qui non iidem sint & muti. Quod etiam Plinius testatur *lib.* 10. *cap.* 69. Alex. Aphrodis. *problem.* 1. 138.

Qui omnino non exaudit, &c.) Hæc plana sunt. Notum enim est, eum, qui tardè, aut difficulter exaudit, non surdum, sed surdastrum dici, ὑποκωφον, subsurdum: & eos, qui graviter, aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos, sed blæsos, balbos, μογιλάλους appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους. Planè muti etiam illi habendi sunt, qui ἀσήμως loquuntur, hoc est: sine ulla certa significatione vocis, ἀνάφθρω φωνῇ *leg. mutum* 9. *de ædil. edict. l.* 7. *in fin. de supell. leg.*

Sed si quis post testamentum factum, &c.) Ob eamdem rationem, ob quam placere diximus testamentum furiosi, aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

TEXTUS.

De cæco.

4. *Cæcus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam lex Divi Justini patris nostri introduxit.*

COMMENTARIUS.

IN cæco nihil est, ob quod testamentum facere prohibeatur: nam testes accire ac rogare potest, & audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter & olim testamentum facere potuit. Paul. 3. *sent.* 4. & nunc quoque potest. Cæterum forma nunc accuratior prescripta, & quædam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus, evitetur, constituta sunt lege illa Justini, quam hic commemoratur, & extat *l. hac consultissima* 8. *C. hoc tit.* Sententia legis est, ut cæcus hæredem nuncupaturus (ineptum putavi monere, cæcum non aliter quàm per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem, qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiat, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis, aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse, deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scriptura accedat. 2. Adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet. 3. Quod is testis debeat esse tabularius publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio & subsignatio.

TEX-

TEXTUS.

De eo, qui est apud hostes.

5. Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

NOTÆ.

5. Quamvis redierit) *L. 8. h. t.* nam postliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem scripti in captivitate ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescunt, quia principium eorum jam in civitate constitutum erat, neque testamentum, quo confirmati sunt, *l. 12. §. 5. de capt. & postl.* simile est in *l. 25. eod.*

Ex lege Cornelia) Postliminii & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris servatur, passim *D. & C. eod.* v. §. 5. *sup. quib. mod. jus patr. pot.*

COMMENTARIUS.

1 *Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.*

2 *Hodie in orbe Christiano hujus §. usum non esse, præterquam secundum quosdam, si qui à Turcis, &c. capti fuerint.*

QUi *apud hostes est*) *L. 8. hoc tit.* Ratio manifesta est. Quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cùm testamentum facit; nec postliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, *l. 11. hoc tit. l. servus 31. de jur. fisc.* Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l. 19. §. 2. de capt. & postl.* testamenti factionem retinent, & illi, qui apud exteros legatione fungunt, *l. 11. in pr. & §. 1. hoc tit. & ib.* Cujac. *ibid.* Graff. §. *testam. qu. 25.* Vasq. 3. *contr. 93. n. 1.* VINN. Immo & capti in bellis civibus, *l. 21. §. 1. ff. de capt. & postl.* Hi enim non fiebant servi, sed proscribebantur, quod inventum Sullæ. Vellej. *lib. 11. 28.* HEIN.

Sed quod, dum in civitate, &c.) Testamentum ante captivitatem rectè factum, etsi reipsa irritum fit captivitate, fictione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fictio; postliminii, & legis Corneliæ, *l. 6. §. pen. de injust. rupt. test.* illa, si captus redierit, locum habet; hæc si in captivitate decesserit. Illa fingit retro in civitate testatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in *l. 9. C. de postl. rev.* inconsideratè tribuunt legi Corneliæ, quod est juris postliminii. Quærat autem aliquis, cur cùm postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur, ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivitatem, id nec postliminium habere potest. Non obstat, quod codicilli in captivitate scripti ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso, jure postliminii convalescant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est; nimirum ipsum testamentum, quo confirmati sunt, *l. in bello 12. §. codicilli 5. de capt. & postl.* Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reversos cum parentibus justos liberos esse, *l. Divi 25. d. t.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitimè contracto. Illud nullius momenti est, quod Aretinus monet, esse regulam, *media tempora non nocere, l. 6. §. 2. l. alien. 49. §. 1. de hær. inst. §. in extraneis 4. inf. de hær. qual.* ac proinde videri supervacuam fictionem juris postliminii ad testamenta conservanda. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet, non ad testatorem, cujus testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus, dum respondet, procedere regulam, si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, *d. l. 6. §. 2.* & statu non mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porro non in hac tantùm parte juris, sed etiam in cæteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur, *l. 5. §. 1. d. l. in bello 12. §. 1. l. retro 16. l. in omnibus 18. & passim, de capt. & postlimin. & C. eod. §. si ab hostibus 5. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *l. 6. §. pen. de injust. rupt. test.*

Ex lege Cornelia) *L. lege Cornelia 12. hoc tit.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit. Id est, fingit, eum qui apud hostes decessit eo tempore quo captus est decessisse, civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quo auctore lata sit, non liquet. Quod D. Vi-

Viglius putat latam esse primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum, conjectura est, nec satis probabilis. VINN. Immo probabilius est, legem hanc Corneliam non aliam esse ac illam Cornelii Sullæ testamentariam, cujus meminit Cic. *in Verr. lib.* 1. *cap.* 42. Et ita Hotommanno quoque videtur. Potuit ea lex & de postliminio aliquid sanxisse, adeoque fortassis culpa vacant Imperatores in *l.* 9. *C. de postlim. reversis*, ubi inconsiderate legi Corneliæ tribui ait Vinnius quod sit juris postliminii. Postliminii sanè jus non solum moribus, sed & legibus constitutum dicitur, *l.* 19. *ff. de capt. & postlim.* HEIN. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. usus est, nisi in iis, qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cùm, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *leg. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postlim.* nunc inter Christianos consuetudine generali invaluerit, ut bello capti servi hostium non fiant, sed liberi & cives maneant, ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt testari, *arg. l.* 13. *hoc tit.* Alc. *ad l. hostes* 118. *de verb. sign.* Duar. *ad tit. qui test. fac. pag.* 318. Graff. *de g.* 25. Zypæ. *not. jur. Belg. de testam.* Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 2. Nonnulli idem juris haberi etiam à Turcis captos existimant. Covar. *c. peccat. p.* 2. §. 11. *num.* 6. Cyprian. *Cens. Belg.* Groen. *de ll. abrog. hic.* Illud etiamnum observatur, quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, nam hostium numero habetur, *l. postliminium* 19. §. *transfugæ* 4. *de capt. & postlim.* Jac. Vervvey. *de test. c.* 4. Sande *ubi sup.*

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

D. Lib. 28. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 28. & 29. *Nov.* 115.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi, sive externi testamenti solemnitatis, comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumque habeatur, quàm intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possumus. Estque duplex; una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorumdam dumtaxat propria, & maximè parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, *l. inter cætera* 30. *hoc tit. de lib. & posth. inst. hær. vel exhær.* Existimaverit aliquando Hotomannus, inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque, *De institutione vel exhæredatione liberorum*. quod & Wesembecius tacitè secutus est. Verùm postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur. Cæterum si secundum priorem sententiam Hotomanni inscriptio concipiatur, non eo minus probaverit, quod ostendit ἐπιγραφὴ ejusdem argumenti in π˜. & *d. leg. inter cætera* 30. In præcepto quoque legis disjunctio est: *Pater filium, quem in potestate habet, aut hæredem instituto, aut nominatim exhæredato.* Exhæredare est, eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de solis suis hæredibus propriè dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. in suis* 11. *hoc tit.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in potestate erant, & sui hæredes, exhæredatio æquè necessaria, nec omissæ idem semper effectus, ritu quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti; quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde subjicit, quid ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris, qua veteris, qua novi, eoque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Jus vetus de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, suf-

Sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constituerit testamentum. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitatis fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredataeve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, si ita exhæredetur; Titius filius meus exhæres esto: sive ita: Filius meus exhæres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.

NOTÆ.

De exhæredatione) Exhæredatio est hæreditatis lege datæ ademptio: unde solis de suis hæredibus propriè dicitur, sed aliis per abusionem. Aliis hæreditas defertur tantùm, suis etiam datur. §. 2. *inf. de hær. qual.*

Non sufficit hæc observatio) In modo sc. testandi & solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem, de quo *sup. tit.* 10.

Vel exhæredem faciat) De quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta pertinent, præcipiendum fuit, *l.* 30. *ff. de lib. & post.*

Inutiliter testabitur) *D. l.* 30. Planè si filius patri superstes bonis paternis se abstineat, voluntas ex bona & æquo substinebitur, *l.* 17. *de injust. rupt.*

Vivo patre mortuus) *L.* 7. *hoc tit.* propter regulam Catonianam, *l.* 1. *de reg. Cat. l.* 29. *pen. de reg. jur.*

Non ita de filiabus, &c.) Diversi juris rationem indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt.*

Nominatim autem) V. *l.* 1. *l.* 2. & 3. *D. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Filio, qui in potestate est, præterito, testamentum jure civili prorsus inutile & nullius momenti esse: ac quatuor consectaria inde deducta,*

2 *Filia & nepotibus ex filio præteritis, jure antiquo testamentum substitisse, dato his jure accrescendi scriptis hæredibus.*

3 *Ad quam portionem hæ personæ præteritæ scriptis hæredibus accreverint?*

4 *An eas præteritas ad bonorum possessionem contra tabulas prætor admiserit?*

5 *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licet non nominatim neque jus accrescendi habuisse, neque à Prætore ad contra tab. bon. possessionem vocatos; modo cæteræ leges exhæredationis observatæ fuissent.*

6 *An testamentum, in quo filius præteritus est, prorsus inutile sit & jure Prætorio.*

7 *Filio præterito se abstinente Prætorem habere rationem testamenti, etiam cum extranei instituti sunt.*

REfertur hic differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus à patre necessario aut hæres instituendus aut exhæredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, *l. inter cætera.* 30. *hoc tit. l. filio.* 17. *de injust. rupt. test. & hoc text.* Huic autem juri consequens est, primum, quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit propter regulam Catonianam, quæ sic definit: *Quæ institutio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l.* 1. *de reg. Cat. l. pen. de reg. jur* §. *an servo.* 32. *inf. de legat.* & generaliter quod initio vitiosum est, non potest tractatu temporis convalescere, *l. quod initio.* 29. *de reg. jur.* §. 2. *de inut. stip.* 2. Per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea à patre legitimè factum est, *l.* 7. *h. t.* §. 2. & *pen. inf. quib. mod. test. inf.* 3. Non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum quamtumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque, ut oportet, exhæredati sunt, §. *eadem.* 12. *inf. de hær. ab int.* 4. Quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserit, nihilo tamen magis subsistere posit. Verum enim non est, quod Clar. §. *testamentum. q.* 43. *n.* 3. existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare posit. Imme Palma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, *l.* 3. *hoc tit.* judic.

junct. *leg. jus publicum.* 38. *de pact. cum simil.* Vid. tamen Ant. Fabr. *C. de suo de lib. præt. defin.* 6. Christin. *vol.* 4. *dec.* 19. *n.* 4.

Exhæredem eum nominatim facias) Non quævis exhæredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ ritè facta esset: non rite exhæredati pro præteritis habeantur, *l.* 8. §. 2. *cont. tab.* In ritu autem discrimen non faciebat sexus, aut gradus, nisi quod hoc propriè in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus. Cic. *lib.* 1. *de Orat. c.* 38. *Quem pater neque exhæredem scripsit nominatim.* VINN. Ex hoc loco pater, jam Ciceronis ævo ab usu quodammodo recessisse promiscuam illam exhæredandi prætereundique liberos libertatem, quæ olim ante & post XII. tabulas competebat. Vid. *l.* 11. *ff. de lib. & postum.* Liv. *lib.* 1. *cap.* 34. Adde. V. C. Schulting. *Jurisp. vet. antejustin. p.* 638. HEIN.

2 *Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus*, *c.* 38.) Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote nepteve ex filio (ex filia nati huc non pertinent, §. *ult. inf. eod.*) præteritis testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut, quasi & ipsi scripti scriptæve essent, numerum hæredum augerent, *l. ult. C. hoc tit.* Ulp. *tit.* 22. §. 12. 15. & 16. Accrescebant autem hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis auferebant; ut longè diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt; quod fit cum emolumento, cùm scilicet non petentium partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ; de quo, volente Deo,
3 tractabimus §. *si eadem.* 8. *inf. de legat.* Ad quam partem hæredibus institutis accreverint, docet Ulp. *d. t.* 22. §. *ex suis.* 14. *Scriptis* inquit, *hæredibus accrescunt, suis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam*; atque ita quoque Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. §. 1. Theoph. *hic.* Et notandum est, ita jus fuisse, non tantùm cùm soli aut sui aut extraneis scripti essent, sed etiam cùm permixtim. Finge, extraneum una cum filio æquis partibus hæredem institutum; hic filia, si præterita erat, singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei plurésque sui scripti fuerant, extraneis accrescebat ad dimidiam, suis ad virilem. Item si duo filii, unus extraneus, huic ad semissem, illis ad trientem: atque ita ex accidente eveniebat, ut plus consequeretur filia præterita quam filius, aut filii instituti; quod apertè ostendit locus Pauli 3. *sent.* 4. ubi ita scribit: *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus institutis si præterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si verò duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Cùm igitur filiabus & nepotibus ex filio
4 præteritis hoc remedio consultum fuerit jure civili, quæritur, an etiam eo omisso bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit prætor? Et D. Bachovius putat, magis esse, ut prætor eos excluserit: quod perspicuè falsum est. Etenim prætorem nihil aliud consideraſſe legimus, quàm an liberi præteriti essent, an exhæredati, summotisque exhæredatis, præteritos omnes, insuper habito discrimine sexus & gradus, admisisse, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de bon. poss. cont. tab.* junct. *l.* 2. *sec. tab.* Quod & Justinianus significat, §. *sed hæc.* 5. *inf. eod.* cùm ait, prætores in dandis bonorum possessionibus jus successionis ab intestato, quod liberi omnes sine discrimine sexus, aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, secutos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba sunt *Ex prætore autem habebat* (filia præterita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum*, & iterum paulo post: *Cùm enim per contra tabulas bonorum possessionem, vel jus accrescendi, semissem substantiæ filiæ præterita accipiebat*, *&c.* Ait autem nunc *semissem*, quia ante dixerat, constitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant, scriptis hæredibus accrescentes. At cur filius præteritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem subobscurè indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. test. Filia vel nepos*, inquit, *quia, cùm emancipantur, una emancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt.* Quorum verborum hic sensus est, mirandum non esse, si jus civile facilius præteriri filiam nepotemve ex filio patiatur, quàm filium: quippe filium arctiore necessitudine eo jure constringi cum patre, quàm filiam aut nepotem cum patre aut avo; id ex eo constare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumissionibus, hi una de potestate exeunt: videsis, quæ notavimus ad §. *præterea.* 6. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

Licebat inter cæteros hoc facere) Græci ἀορίστως hoc sc. modo, *Titius filius meus hæres esto: cæteri exhæredes sunto.* Gregor. Naz. in suo testamento, οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκληρονόμοι. Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæreda-

tæ-

tæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, ne à prætore contra tabulas ab bonorum possessionem vocarentur, *l.* 8. *cont. tab. in pr.* Tantum supererat, ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *de inoff. test. l. ult. C. hoc tit.* Cæteras leges exhæredationis. Ut purè fiat, *l.* 3. §. 1. *eod.* junct. *l. sed sub.* 18. *cont. tab.* ut simpliciter, non ex re certa, *l. cum quidam.* 19. *hoc tit.* ut ab omnibus gradibus, *d. l.* 3. §. 2. *& seqq. eod.* vid. D. Perez *in C. hoc t. n.* 9. *&* 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis, non rite exhæredationem factam & pro præteritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exhæredationem rite factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere quod causa exhæredationis testamento expressa non est, cujuscumque generis sint liberi exhæredati; ac proinde etiam prætoris beneficium hic cessare, solamque relinqui exhæredatis querelam inofficiosi. An verò id à Justiniano mutatum sit. *Nov.* 115. *cap.* 3. alibi disputabimus.

Si alius filius non extet.) Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius à plerisque respondetur, nullum exhæredatum esse, *l.* 1. *hoc. tit.* Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti si ex Seja natum dixerit, aliterve eum descripserit, vel cum convitio, *l.* 3. *pro. eod.* Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucidè designatur persona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. l. nominatim.* 34. *de cond. & dem.* Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est; quod præteritio filii testamentum infirmabat; quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur: at cæteri præteriti manente testamento scriptis hæredibus accrescebant, & quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro rite exhæredatis habebantur. Nondum me hinc arbire sinunt interpretes. Illud prius investigandum est, an ut testamentum, in quo filius est præteritus, nullum est jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio? Et video maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, atque in totum tam jure prætorio, quàm civili improbari, Cyn. Bald. Castr. *in l.* 2. *C. de bon. poss. cont. tab.* Clar. §. *testamentum. qu.* 43. *n.* 1. Gomez. 1. *var. res. c.* 11. *n.* 5. quam sententiam prolixè tuetur Ant. Fab. 9. *conj.* 14. *& decad.* 37. *err.* 5. *&* 6. Argumentum eorum præcipuum est, quod in casu proposito, etiam prætorio jure succedatur ab intestato, hoc est, filio præterito detur bonorum possessio, unde liberi. *l. ult. hoc. tit. l.* 1. §. *ult. si tab. test. null. ext.* quasi nec prætor hic nullas tabulas agnoscat. Sed verior est sententia Gloss. *in d. l.* 2. *C. cont. tab.* quam & Bart. *ibid.* probat; item D. Vigl. *hic.* Goveant. 1. *var. lect.* 5. Vas. 3. *controv. illust.* 100. *& lib.* 2. *de succ. creat.* §. 28. *num.* 138. *& seqq.* tale testamentum jure prætorio nullum non esse. Rationes hæ sunt. 1. Quoniam filius præteritus rectè petit bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. *de bon. poss. cont. tab.* §. 1. *inf. de bon. poss.* ut proinde necesse sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2. Quia scriptis in eo testamento hæredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, *l.* 2. *in pr. de bon. poss. sec. tab.* ubi prætor dicitur hunc ordinem servare, ut primo velit ad liberos præteritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas, mox si inde occupata non sit, judicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundum tabulas. 3. Quod in danda bonorum possessione secundum tabulas hoc tantùm prætor consideret, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, Ulp. *tit.* 28. §. *etiamsi.* 6. 4. Quia prætor vix majorem suorum quàm emancipatorum rationem habet: quod ex eo pater, quod etiam emancipatos institui aut exhæredari jubet, §. 3. *inf. eod.* & tamen si præteriti sint testamentum jure prætorio subsistit. 5. Huc fac. *l. posthumus.* 12. *in fin. pr. l. filio.* 17. *de injust. rupt. test. l.* 12. §. *de bon. poss. cont. tab.* Ad argumentum autem modo propositum commodè responderi potest, prætorem ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiam sit custos juris civilis, quod etiam sequatur, si quando potentius jus est ejus qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet, eo jure dici testamentum valere, quo etiam succeditur ab intestato, quàm bonorum possessionem secundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo nec simul omnibus prætor consuli, sed successivè: & quia prior ac potentior est conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum possessione contra tabulas, hos prius admittit: quod si illi decesserint, aut petere neglexerint, nihil absurdi se facturum putavit, si tunc scriptis hæredibus daret secundum tabulas. Quin & suos præteritos, qui jure civili 7
testamentum nullum dicere possunt, admittit ab intestato ex capite unde liberi, ut custos & administer juris civilis, *l. ult. hoc tit. l.* 1. §.

ult. unde liberi. Planè si filius præteritus ultro se bonis paternis abstineat, hic jam fatentur interpretes, prætorem hujus testamenti rationem habere, & scriptis in eo hæredibus dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, *l. filio.* 17. *de injust. rupt. test.* idque procedit ex sententia majoris partis, sive scripti sint, qui remoto filio rem ab intestato auferre possent, sive extranei, teste Claro. *d. qu.* 43. *n.* 3. Verissima sententia, sed à plerisque aut non intellecta, aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cætera, quæ disputavimus tum evidentissime *d. l.* 2. *in pr. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus scribit, prætorem velle, si bonorum possessio contra tabulas à liberis præteritis occupata non sit, eam secundum tabulas reverti ad hæredes scriptos, sine ulla qualitatis eorum distinctione. Ita verò est, Prætor ut simpliciter scriptis hæredibus bonorum possessionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non potest: sed sæpe accidit, ut ea sine re sit & inutilis; tum etiam in modo & effectu haud parum interest, extranei scripti sint, an qui amato filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est, bonorum possessionem secundum tabulas aut cum de re dari, hoc est, cum effectu, ut is, qui accepit, bona retineat, aut sine re, cùm alius jure civili evincere hæreditatem posit, Ulp. *tit.* 23. §. *si septem.* 5. *& tit.* 28. §. *ult.* Finge ergo, scriptum hæredem in petenda bonorum possessione prævertisse filium, qui præteritus erat, bonorum possessio, quam petens à prætore accepit, efficietur sine re, sive proximus ab intestato, sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet; quippe cujus jus potentius est, quàm hæredis scripti, etiam ipsi prætori. Et ideo ne res sit sine effectu, solet fere prætor differre secundum tabulas dare, *d. l.* 2. *sec. tab.* Finge, filium præteritum jure suo non uti, sed hæreditate patris abstinere; hìc quidem etiam extranei hæredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt: cæterum & hæc sine re futura est, si agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabunt ab intestato, Ulp. *d. tit.* 23. §. *si septem.* 5. Verum enim est, eo jure testamento nullum esse. Sed & prætorem existimo proximos hìc prælaturum ex edictis *Unde legitimi, & unde cognati.* Quapropter rarissimè & uno dumtaxat casu fit, ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nolent, quæ causa est, quod in hac disputatione conditio additur in *fin. pr. d. l. posthumus.* 12. *de injust. rup. test. si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.* Atque ad hunc ferme modum etiam differit D. Bachov. *in* §. *non tamen.* 6. *inf. quib. mod. test. inf.* Ant. Fab. parum hic sibi constat, ut videre est *lib.* 1. *conject.* 19. *& lib.* 9. *c.* 14.

TEXTUS.

De posthumis.

1. *Posthumi quoque liberi vel hæredes instituti debent, vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur, ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit impedimentò est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos verò posthumos, idest, filios & deinceps, placuit non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo,* Quicumque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.

NOTÆ.

1. *Posthumi*) Posthumi, vel potius postumi, ut scribendum docet Grot. *sparf. flor. sup. ad tit. qui test. tut. dar.* dicuntur, qui post mortem patris nascuntur, *l.* 6. *de inoff. test. l.* 3. §. 1. *de injust. rupt.* Plutarch. in *Coriol. & Syl.* Amm. Marcell. *lib.* 21. *Uxorem prægnantem reliquit, unde edita posthuma.*

Totum infirmatur.) Nec hoc mutatum *Nov.* 115. *c.* 3. ut falso existimat Pac. Igitur posthumi cujuscumque sexus aut gradus præteriti agnascendo rumpunt: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt, sed accrescunt scriptis: filius præteritus testamentum valere non patitur, *l.* 1. *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. l.* 30. *h. t.* Quod si posthumus præteritus vivo patre natus decesserit; datur scripto hæredi bonorum possessio secundùm tabulas. *l.* 12. *de injust. rupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in posthumis non distinguatur sexus & gradus quoad necessitatem exhæredandi?*

2 *Cur placeat posthumis præteritis testamentum ab initio valere?*

3 *Quam*

3 *Quam rationem habeat, quod filia posthuma inter cæteros non rectè exhæredabatur absque legato?*

4 *Quam item, quod nepotes posthumi etiam nominatim exhæredandi?*

DIctum est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt; sequitur de posthumis; quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit, quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in pr. de injust. rupt. test.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod posthumis præteritis, cujuscumque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat, cùm præterito filio superstite testamentum injustum sit & nullum, *l.* 1. *& d. l.* 3. §. 3. *de injust. rupt.* Secundum, quod posthumi omnes, sive masculi sive fœminæ; si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt, & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum §. *præc.* Tertium, quod posthumis filiabus inter cæteros exhæredatis, pater aliquid legare cogitur; jam natis non item. Quartum, quod posthumi masculi non tantùm primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti natis.

Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur.) In hoc cernitur differentia filii posthumi præteriti & jam nati, quia præteritus testamentum subsistere non patitur: item filiarum, nepotumque posthumorum & superstitum, qui præteriti testamentum non rumpunt, l. 8. §. 1. *de inju. test.* Cajus *lib.* 2. *t.* 3. §. 2. Cur verò sexus & gradus non æquè in posthumis distinguitur; ut in liberis natis, placetque non minus agnatione filiæ posthumæ præteritæ, aut nepotis quam filii, testamentum rumpi? Nimirum cùm benignè atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit; judicarunt consulti, testatorem vel ignorasse conceptionem vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriisse. Ad hæc incertum est, filius in utero sit, an filia.

Abortum fecerit.) Hinc petenda ratio, cur posthumo præterito placet testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest, ut non nascatur, abortum faciente muliere, ex qua sperabatur, *l.* 2. *C. de post. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis sit, haberi, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* Nullum enim hic incommodum sentit, cùm statim ut editus est, testamentum rumpat, & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur: tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu verò quis in utero est, propriè nondum homo vel animal est, *l.* 9. §. 1. *ad. l. Falc.* sed spes tantùm animantis, *l.* 2. *de mort. inf.* nec in potestate patris antequam nascatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus est, neque natus, neque procreatus videtur, quia numquam filius appellari potuit, *l. qui mortui.* 129. *de verb. signif.* Sed etsi mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, *l.* 3. *C. de post. hær.* quia liberi non sunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l.* 14. *de stat. hom.*

Sed fœminini quidem sexus personæ, &c. Quamquam ad necessitatem exhæredandi quod attinet, par omnium posthumorum conditio erat, nec sexus in posthumis distinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares posthumos & fœminas: nam illi omnes non nisi nominatim rectè exhæredabantur, hæ poterant & inter cæteros. At enim si inter cæteros exhæredatæ essent, non aliter rite exhæredatio facta intelligebatur, quàm si quid eis legatum fuisset, Ulp. *tit.* 22. §. *posthumus.* 21. Qua in re etiam 3
elucet insignis differentia inter exhæredationem posthumarum & filiarum superstitum: hæ enim & sine legato inter cæteros exhæredari poterant, illæ non poterant, ne, ut ait hic Imp. viderentur præteritæ per oblivionem. Quippe pro posthuma dici potest, generalem clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero, & ideo ignoratione potius præteriisse, quàm clausula illa, *inter cæteros*, voluisse exhæredari: uti semper benignè judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quod facultas fert. De filia autem superstite, quam natam pater novit, dubitari non potest, quin pater cogitaverit, & tacitè eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exheredatione; uti & de posthuma, cui inter cæteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præsumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modo dicta sunt, manifestum est, rectè judicare D. Cujacium ad *l.* 4. *hoc. tit.* de interpolatione principii, *l.* 3. *de injust. rupt.* & quod Ulp. scripserat, *Posthumi virilis se-*

sexus notatim exhæredandi sunt, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra §. *sed hæc*. 5. sic immutasse, *Posthumi per virilem sexum descendentes*.

Filios & deinceps) Certum est, verbo *deinceps* intelligi nepotes posthumos ex filio, & eos quidem solos, qui nati sui hæredes futuri sunt: nam alii testamentum non rumpunt, licet in potestate avi nascantur, puta quorum pater adhuc vivit, & in potestate patris sui est, §. *seq. l.* 13. *de injust. rupt.* Ait, *non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim*. Igitur nec si legatum adscriptum fuerit, valebit ne in nepote quidem exhæredatio, non nominatim, sed inter cæteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nascituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantùm nominatim, sed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & salvo testamento præterire: ejusdemque omnino conditionis erant, cujus & superstites filiæ, §. *præc.* Ulp. *d. tit.* 22. Nepotes autem posthumi utrisque meliores: quippe qui non modo non præteriri, sed nec
4 inter cæteros tuto poterant exhæredari. Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quàm eam, quæ modo dicta est, filiam posthumam à nata separari. Deinde notanda etiam differentia inter pohstumos nepotes & posthumas filias, quæ inter cæteros rectè exhæredabantur, utique legato honoratæ: cum nepotis posthumi exhæredatio nominatim facienda esset, nec sufficeret inter cæteros exhæredatos legatum adscripsisse. At enim inquies; cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit, nascituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ nascituræ? Jason apertè, & cum eo tacitè Viglius, fatentur, se hujus rei rationem ignorare: & sanè, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptioni de alia voluntate parentis, quasi hunc posthumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quàm per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesemb. maximè probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim posthumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de posthuma filia potius nascitura (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari solita erat) quàm de postumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulp. *d. tit.* 22. §. *nepotes*. 22. scribit, nepotes & pronepotes, cæterosque masculos posthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati exhæredandos: sed tutius tamen esse nominatim eos exhæredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias fere eadem vult esse conditione, *l.* 8. 1. *de injust. rupt.* posse & nepotes posthumos sicut filias posthumas exhæredari; cæterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse; VINN. Acutior est ratio hujus discriminis, quam adfert V. G. Schulting. ad Ulpian. *l. c. p.* 641. quod jus circa fæminas constitutum originem debeat rationibus Voconianis. HEIN.

Quicumque mihi filius.) Positum exempli causa: ne quis ex hoc loco colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cùm speciali nomine aut signo posthumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie posthumi, & præsertim post *Nov.* 115. *cap.* 3. exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

TEXTUS.

De quasi posthumis.

2. *Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet, quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos, neptisve, quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.*

NOTÆ.

2. *Quamvis nepos quoque*) §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* §. 2. *inf. de hær. qual.* & ideo firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus, si vivo filio nec capite minu-

to,

...o, avus decesserit, *l. 6. pr. de injust. rupt. l. ...*, *si tab. test.*

In ejus locum succedere.) Successio hæc velut quædam agnatio est, propterea quod successione in locum sui hæredes fiunt.

Lege Julia Velleja.) Cujus legis caput secundum, relatum in *d. l. 29. §. 30.* interpretati Cajus *d. l. 13.* & Justinianus *hic.* In casu *d. l. 29. §. pen.* qui ad neutrum caput legis secundum pertinet, Julianus quoque induxit, ne rumpatur testamentum, quasi duobus capitibus legis commistis; bellè Fabrot. *ad Theoph.*

Commentarius.

1. *Quasi posthumorum varia genera.*
2. *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant?*
3. *Cur plus tributum nepti quasi posthumæ, quàm filiæ aut nepoti, qui tempore testamenti avo proximus est?*
4. *Jus antiquum circa institutionem, & exhæredationem posthumorum.*
5. *Quid Gallus Aquilius circa nepotis posthumi institutionem introduxerit?*
6. *Quid lex Velleja permiserit non permissum jure antiquiore?*

Si cui religio est scribere *posthumus*, is per me licet sine H. scribat, *postumus*, cum Cujac. *l. 3. obs. 4. & in comment. ad l. Gallus ...*, *hoc t.* Illud tamen tenendum est, posthumos à veteribus propriè dici eos, qui post mortem patris nascuntur, testibus Ulp. *l. 3. §. 1. de injust. test.* Varron. *lib. 4.* Fest. *lib. 15.* Plutarchus quoque in Sylla scribit, posthumos à Romanis appellatos τὺς ὕστερον τῆς πατρὸς τελευτῆς γενομένους, uti & *in Coriolano.* Et eo Græcis interpretibus dicti κυοφορούμενοι, quod mortis parentum tempore in utero fuerunt. At post legem Juliam Vellejam, qua alii liberi, iique nati, vivo adhuc parente testatore, hæredes instituendi aut exhæredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar posthumorum, reperunt duo quodammodo esse posthumorum genera; unum eorum, qui verè & propriè posthumi sunt & dicuntur, videlicet qui nascuntur post mortem parentum: alterum sed impropriè & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum, si non sint instituti aut exhæredati, quos quasi postumos & posthumos Vellejanos appellare possumus. Sed & in his, qui post factum testamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima secundave manumissione in potestatem patrii revertitur, similitudo quædam agnationis suorum hæredum est, & præteriri instar posthumorum testamentum rumpunt, Ulp. *tit. 23. §. 2.* Cajus *lib. 2. tit. 3. §. 4. l. filio 23. hoc t.* junct. *§. 1. inf. quib. mod. test. inf.* Est & posthumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in *l. 15. de injust. rupt. test. l. qui bona 22. §. ult. de capt. & postlimin.* Ant. Fab. 10. *conj. 9. & 10.* ubi disputat, an hic posthumus & Vellejanus dici possit. Descriptum fere ad verbum hic locus est ex Cajo, *l. posthumor. 13. de injust. rupt. test.*

In sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo) Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, & ideo pertinent ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *d. l. 13.* sermo est, & scilicet qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus hæres obstat, quominus & ipsi jura sui hæredis habeant, illi inquam præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam agnasci propriè dici non possunt, qui ante testamentum nati sunt,) sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui hæredis sui hæredes fiunt; nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, quia in jus sui hæredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Vellejæ caput pertinent, *l. 29. §. 12. h. t.* hi secundum *d. l. 29. §. 13. l. 13. de injust. rupt.*

Quia filius gradus præcedit) Fieri potest non in persona filii, sed in persona nepotis, ut in avi potestate sit, nec tamen inter suos hæredes numeretur, eo quod pater eum in causa successionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus sui hæredis habeat, sufficit in potestate esse, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo eum in suo ordine antecedat, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* Et ideo nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & in eodem statu manente avus decesserit, *l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 7. unde lib.*

Sed si filius vivo eo moriatur) Filio de familia

lia sublato, statim nepos ex eo in locum & gradum ejus successit, atque in succedendo in familia avi jus sui hæredis quasi agnatione nanciscitur: quapropter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo posthumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino securè testari velit, necesse est etiam hunc nepotem similiter ut filium hæredem instituere vel exhæredare: alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori, aliave ratione de familia exiri, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

3 *Ita & nepotem neptemve ex filio*) Plus igitur tribuitur huic nepti, quàm filiæ, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *sup. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum est agi hic de nepte, quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illis sublati locum succedit instar posthumæ. Itaque quod juris erat in filia posthuma, ut præterita testamentum rumperet, id procedendum erat ad hanc neptem, quasi posthumum, simili conjectura pietatis, quippe quam, ut credi par est, hæredem avus fecisset, si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinuisset. Eademque ratio est, cur neptis hæc meliore etiam conditione sit, quàm nepos, qui tempore testamenti avo proximus est: quòd cùm non animadverteret D. Viglius, credidit, *in pr. h. t.* jus antiquum referri, quod postea lex Velleja abrogaverit, insigni & manifesto errore, illud quoque notandum, quod particula *nominatim*, quæ in propositione hujus comparationis exprimitur, non reperitur in redditione, uti nec in *d. l.* 13. *de injust. rupt.* Id quod consulto factum est, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exhæredatione, quod necessitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cùm neptis ex filio ascendens in locum patris utatur jure posthumæ, sufficere debet indefinitè eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia posthuma. Enim verò nepotem, quem posthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exheredandum esse arguunt, quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Julia Velleja provisum est) Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola *l. Gallus.* 29. §. *nunc de* 11. & *seqq. hoc tit.* quorum uno permissum fuit, institui posthumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui hæredis succedentes testamentum rumperent, in quo ipsi instituti essent, vel exhæredati, cujus posterioris capitis explicatio à Justiniano hoc loco tradita est verbis Caji in *l. posthumorum.* 15. *de injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis quid in re obscura sentiam. Cùm lege duodecim tabb. ita cautum esset: *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *l. verbis.* 120. *de verb. sign.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit, ac imperaverit, quid de re pecuniaque seu post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjecerat, neque hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat, §. *incertis.* 25. *de legat. inf.* Ulp. *tit* 22. §. 3. ubi & eamdem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habeatur, aut ut Theophilus loquitur §. *alienus.* 26. *inf. de legat.* ἐν τοῖς ἀκέρτοις προσώποις; propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit necne masculus an fœmina; unus, an plures nascituri. Et quamquam quod ad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cùm igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, & & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exhæredari possent: quod Cajus quodammodo significat *lib.* 2. *tit.* 3. §. 2. ubi de institutione & exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitimè conceptos pro natis haberi. In alieno posthumo nihil visum, cur à ratione juris veteris recederetur; quippe cujus institutio necessaria non est, cùm natus testamentum num-

numquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur,) Gallus Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat ostendens) posse etiam eos posthumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui hæredis avo nascerentur hæredes instituti sine fraude ejus juris, quo placebat, posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam, *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur; tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto, l. Gallus. 29. h. t.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive, eo modo, quo à Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*, quo temporis extremitatem significat, *l. 4. §. 1. de cond. & dem.* Hoc igitur modo consideratus, non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquiliam instituitur. Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cùm ut posthumos hæredes instituere liceret, eatenus tantum receptum esset, quatenus testamentorum favor & necessitas postulabat, eorum, qui vivo testatore nascuntur, institutio non debatur necessaria: quamvis enim & ipsi non eo minus testamentum rumpant; licebat tamen testatori aliud testamentum condere, et rei suæ de integro prospicere. Porro nec is posthumus, qui tempore testamenti alienus erat, pure poterat institui; hoc enim ut fieri posset, Gallus non induxerat, neque adeo inducere poterat salva ratione juris. Postremo neque nepotis, quem filius præcedebat, nati ante testamentum factum institutio efficiebat, quominus in patris remoti locum postea succedens testamentum rumperet: fortassis quia satis est non sufficere, institutum esse tamquam extraneum eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus. Tandem etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja; cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt, quorum primo permittitur eorum posthumorum institutio, qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam purè institui possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut exhæredati, *d. l. Gallus, 29. §. nunc de. 11. cum seqq. h. t.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l.* extant doctissimorum hominum, Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati *lib. 3. paradox. 2. & seqq.* Ant. Fab. *lib. 9. conj. per tot.* & multis *cap. lib. 10.* sed nostra hæc ut præluceant. Vinn. Obiter monere visum, hanc legem propriè non dici *Juliam Vellejam*, uti in hoc §. & apud Ulpian. *tit. 22. §. 19.* scriptum reperimus, sed *Juliam Vellejam. l. 10. §. 2. ff. de test. tut. l. 13. ff. de injust. rupt. irr.* Unde auctores sunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coss. quibus & SC. Vellejanum tribuitur. *l. 2. §. 1. ff. ad SC. Vell.* Add. laudat. Schulting. ad Ulpian. *l. c. p. 640.* Hein.

Textus.

De emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere neque exhæredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed prætor omnes tam fœminini sexus, quàm masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet; virilis sexus nominatim; fœminini verò inter cæteros: quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita, (ut diximus,) exhæredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

Commentarius.

1 *Emancipatos sub colore quodam suitatis à prætore vocati ad bonorum possessionem.*

2 *Prætorem in modo exhæredandi secutum distinctionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*

3 *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure prætorio fuerint, quàm non emancipatæ jure civili.*

Quia non sunt sui hæredes) Liberi emancipati exeunt è familia & potestate patris, §. *præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt; *l. pronuntiatio. 195. §. 2. de verb. sign.* Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter

familiam conservationem : denique pro alienis & extraneis jure civili habentur. *l. 6. §. 1. de bon. poss. l. 7. de cap. min. §. inf. de hær. qual. §. emancipati. 9. inf. de hæred. ab int.* Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi, vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

Prætor si hæredes non instituantur, exhæredari jubet) Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis diminutionem, hoc est, emancipationem, desierunt esse sui hæredes; tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minus natura liberi sunt & masculorum soboles, quod ex patre jus civile considerat, quàm non emancipati,) rescindit eorum capitis diminutionem *l. 6. §. 1. de bon. poss.* Et si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *l. 1. & passim de bon. poss. cont. tab.* & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem unde liberi. §. *emancipati. 9. infr. de hær. ab int. d. l. 6. §. 1.* Itaque cum effectu juris emancipati beneficio prætoris tantum consequantur quantum sui, (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l. 1. l. 2. de bon. poss.*) ideo ait, jubet prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhæreda-
1 ri. Et notandum, quod Jurisconsultus in *d. l. 6. §. 1. eod. tit.* ait, prætorem rescindere eorum capitis diminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis à prætore admitti quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione, quodammodo in integrum, & in pristinum statum restituuntur. *fac. l. 3. §. si mancipatus. 5. cont. tab. & ibi Glossa.*

Fœminini sexus inter cæteros) Cujac. Hotom. Wesemb. *& inter cæteros*, quod magis placet; quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. *tit. 22. §. mancipatos. 23. Masculos nominatim, fœminas vel in-*
2 *ter cæteros.* Voluit nimirum prætor, in modo exhæredandi servari differentiam, quam in sexu jus civile faciebat, & haud dubiè etiam quam idem jus faciebat in gradu, de quo *in pr. hujus tit.* Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas jure prætorio, quàm erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento ad certam dumtaxat portionem scriptis hæredibus jure civili accrescerent. Quod minimè absurdum est, licet id existimet D. Bachovius: siquidem filiæ, quæ in potestate erant, præteritæ, præter jus illud accrescendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ, (in quo erravit Bachovius, ut supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant. Quamquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quàm quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. præt.* & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eamdem bonorum possessionem plus accepisse, quàm acceptura fuissent, si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit) ita legendum, non *permittit. l. 7. C. comm. de succ. in Basil.* ἐπάγγελται (*eis prætor bon. possessionem contra tabul.*) Testamentum, in quo emancipatus præteritus est, & civili & prætorio jure subsistit: & ideo emancipato præterito, prætor non dat bonorum possessionem ab intestato unde liberi; sicut præterito, qui in potestate est: nam tale testamentum jure civili non consistit, sed rescindit testamentum patris data bonorum possessione contra tabulas, *l. 1. de legat. præst. cont. tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere possunt, nihilominus hoc etiam remedium à Prætore detur, dicemus suo loco *tit. de bon. poss. lib. 3.* Quod detur, satis argumenti est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum: est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, *l. 5. de injust. rupt. test.* de quo copiosius disseruimus *in pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque hæres instituendi vel exhæredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati verò à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhæredare ne-*

cess-

esse sit : cùm verò emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuerint.

NOTÆ.

4. *Ejusdem juris*) Extra nuptias quæsiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent, §. 9. *inf. de hær. ab int. Nov.* 89.

Neque jure civili, &c.) Non jure civili, quia desinunt esse sui hæredes : neque jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt ; *l.* 4. *si tab. test. l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *cont. tab.*

Extraneorum numero) Tantùm tertio loco ab intestato à Prætore admittuntur in ordine organorum, §. 13. *inf. de hæred. ab intest. l.* 1. §. 4. *unde cogn.*

Cùm verò emancipati, &c.) Scilicet vivo patre naturali, §. 20. *inf. d. t.* Hoc enim cautum, ne utriusque parentis exciderent successione, voluit prætor, eos jus naturale liberorum recuperare, *l.* 4. *si tab. test.*

COMMENTARIUS.

1 *Insignis error Hotomanni notatus.*

2 *Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvi.*

3 *Adoptatos, quamdiu sunt in familia adoptativa, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.*

4 *Emancipatos à patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.*

CUm adoptio æquè liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfamil. suorumque hæredum, ac natura naturalibus, *l.* 1. *passim, de adopt.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l.* 5. *C. de suis & leg. cum similib.* consequens omnino est, ut ipsi non minus, quàm liberi naturales hæredes institui debeant, aut exhæredari ; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod naturales habent, *l.* 2. *in pr. cont. tab.* Naturales autem liberos hìc intelligimus eos, qui ex justis nuptiis procreati sunt : sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. supr. de adopt.* Cæterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur : quippe quibus eadem jura per omnia data sunt, quæ habent ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d. l.* 2. *inf. de hær ab int. Nov.* 89. De his dictum §. *ultim. sup. de nupt.*

Secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus) Et igitur filii adoptivi nominatim exhæredandi, nepotes & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito, aut non rite exhæredato, testamentum ipso jure nullum est ; filia & nepote præteritis, firmum manet, sed præteriti institutis hæredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, secundum ea, quæ tradita sunt *initio hujus titul.* Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuisse filiæ adoptivæ, quàm naturalis ; quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *l.* 8. *in pr. de injust. rupt. test.* Alioqui certè vidisset, Ulpianum loqui eo loci, non de præteritione filiæ, quæ jam ante à testatore adoptata fuerat, quàm testamentum faceret ; verùm de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum : quæ cum utatur jure posthumæ, & in posthumis sexus non distinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 2. *sup. eod.* testamentum rumpit quasi agnatione sui hæredis.

Emancipati à patre adoptivo neque jure civili, &c.) Jura liberorum adoptivorum non diutius durant, quàm quamdiu constat adoptio; ea per emancipationem dissoluta, nullum amplius jus habent, sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo, sive jus civile spectes, quia desierunt esse sui hæredes : sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt, ut cesset ratio naturalis & æquitas edicti, *l.* 4. *unde liberi, l.* 1. §. *& sui.* 6. *l.* 3. §. 2. *cont. tab.* Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur, *hoc text. &* §. *eodem.* 12. *inf. de hær. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem unde liberi ab intestato, *l.* 1. §. *liberos.* 6. *d. l.* 4. *unde lib.* §. *minus ergo.* 11. *& d.* §. *eadem.* 12. *inf. de hær. ab int.*

Quamdiu sunt in adoptiva familia, extraneorum numero) Liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis ; sed huic interim intelliguntur esse extranei, non tantùm jure civili, verùm etiam eo jure, quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abunde eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis sarciant ; absurdum autem esse, unum atque eumdem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem qui in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili testamentum nullum dicere possunt, neque jure prætorio bonorum possessionem contra tabu-

las petere, neque quasi liberi ab intestato, §. *at hi.* 10. *cum seqq. inf. de hær. ab int. fac. l. ult. unde lib.* tantùm tertio ordine hoc casu admittuntur ut cognati, §. *admonendi.* 13. *d. tit.*

4 *Cùm emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt, &c.*) Quoniam emancipati à patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusque parentis successione fraudentur, voluit prætor, eos jus familiæ naturalis recuperare, *d. l.* 4. *unde lib.* hoc est, eo jure haberi, ac si à vero & naturali patre emancipati essent; inque eo statu semper mansissent, ut nisi hæredes instituti, aut exhæredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui à naturali parente in adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari sciverit, postea iterum à patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum est *d.* §. *at hi.* 10. *infr. de hær. quæ ab int. def.*

TEXTUS.

Jus novum.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra verò constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreationem simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis & in filiabus & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis sed etiam posthumis, introduxit; ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda & hæreditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.*

NOTÆ.

5. *Nostra constitutio*) *L.* 4. *C. h. t.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. *tabularum*) *L.* 14. *C. de legit. hær.* ubi hæc eadem iisdem fere verbis exponuntur.

Per virilem sexum) Quippe matri & avo materno in causa institutionis & exhæredationis liberi extranei sunt tam jure prætorio, quàm civili, *inf.* §. *ult.*

Ut omne) Tam filiæ & nepotes neptesque, quàm filii, & tam nascituri, quàm jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex sexu & gradu tam in suis *sup. in pr.* quàm emancipatis, *sup.* §. 3. tam in jam natis quàm in posthumis, §. 1. *sup.* Differentia autem inter suos & emancipatos non tollitur, hoc est, emancipati liberi non exæquantur suis, ut & ipsis præteritis testamentum jure non subsistat.

In utero constituti) Ut filiæ posthumæ non nominatim exhæredatæ agnascendo rumpant, licet, legatum acceperint: quod secus erat jure antiquo, §. 1. *sup.*

COMMENTARIUS.

1 *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis, & modum exhæredationis liberorum, ratione sexus.*

2 *Eorundem circa eadem exæquatio ratione graduum.*

3 *Sublatio discriminis, quod circa eadem erat in sexus inter posthumos.*

4 *Falli qui putant hoc* §. *tolli differentiam suorum & emancipatorum.*

5 *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Justinianus?*

HUc usque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat, *l. ult. C. h. t.* qua ille constitutione sustulit veterem in re, de qua disputamus, differentiam sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum, jussitque omnes, sive mares sint, sive fœminæ, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nascituri, æquabiliter vel institui vel exhæredari, sive de jure civili quæratur, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam affert, quæ motus, novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus fœminei.

Quia utraque persona simili naturæ officio) Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ funguntur. Et ideo constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Cæterum ut demus hoc verum esse, & utique hoc verum est, naturam utroque sexu ad conversationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non est, ut propter eam jus vetus tanquam iniquum mutari debue-

buerit sanè non ideo dicendus est naturam accusare, qui masculos à fœminis in successione parentum sive testamentaria sive ab intestato fecerint: alioqui & ipse naturæ auctor accusandus fuerit, qui filio superstite à successione patris excludit filium, *Num.* 27. *v.* 8. sunt enim & alia, maximeque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares esse in causa successionis, quàm fœminas; iniquum non est.

Et lege antiqua 12. *tab. omnes similiter*) Ratio altera, qua argumentando à successione ab intestato ad testamentariam novi sui juris æquitatem commendat. Notum autem est, leg. 11. tabb. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus, quàm filios ad hæreditatem intestati parentis vocare. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in potestate sunt, si filius suus hæres esse desiit, *l.* 1. §. 2. & 4. *de suis & legit.* §. 2. & 6. *inf. de hær. ab int.* & tamen distinctio inter sexum & gradum testamento facto est ex ratione ejusdem legis, *arg. l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. test.* & certe plus est everere testamentum, quàm jus succedendi ab intestato habere. Ait, *Quod & prætores postea secuti videntur*; scilicet in danda bonorum possessione ab intestato. Nam testamento facto filiabus inter cæteros exhæredatis contra tabulas bonorum possessionem nec prætor dedit, non magis quàm emancipatis aut filiabus posthumis, quibus inter cæteros exhæredatis legatum adscriptum erat, §. 1. & 3. *supr.* junct. *l.* 8. *in princ. cont. tab.*

Et in filiis & in filiabus & in cæteris, non solùm jam natis, sed etiam posthumis) His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæreditationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure recta est. Et primum exæquantur liberi in sexu, pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium, & civile) jubenturque tum filiæ, quàm filii, si hæredes non instituantur, nominatim, exhæredari: præteritis, aut non nominatim exhæredatis datur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod filii sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in potestatem sunt, præteritis, jus testamentum nullum dicendi, emancipatis evertendi per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus, quæ in potestate erant, præteritis testamentum non fuisse nullum, sed præteritas salvo testamento ad certam portionem accrevisse hæredibus scriptis, hic jam abrogatur, & testamentum jubetur esse inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuisse & inter cæteros filias hasce exhæredari, eo scilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret à juro accrescendi, & prætor à bonorum possessione contra tabulas, *l.* 8. *cont. tab.* Nullumque aliud remedium eis superesse præter unum querelæ inofficiosi, *arg. d. l.* 8. junct. §. *ult. inf. hoc tit.* Nunc enim post constitutionem Justiniani, etsi exhæredatæ sunt, dum tamen non nominatim, sed inter cæteros, testamentum jure civili non magis subsistit, quàm si filius inter cæteros exhæredatus sit: patebitque eis, ut prætericis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante querela inofficiosi testamenti, *d. l.* 8. §. 2. *cont. tab.* junct. §. 2. *inf. de inoff. test.* Denique & illud, quod prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter cæteros essent exhæredatæ: nunc enim tanquam præteritæ à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim prætor habuit, §. *emancipatos, sup. eod.* Secundo tollitur differentia gra- 2
duum, liberique secundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes & deinceps per virilem sexum descendentes filii, quod utriusque juris effectum. Ac proinde quemadmodum filii sui, ita & sui nepotes deinceps vel instituendi sunt, vel nominatim exhæredandi, iisque præteritis aut non nominatim exhæredatis perinde testamentum ipso jure nullum erit, ac si filius, qui in potestate est, præteritus aut non nominatim exhæredatus esset: cessatque jus vetus accrescendi, quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur, *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantùm clausula exhæredatos tanquam præteritos nunc agnoscit. Deinde ut filio emancipato non instituto, neque nominatim exhæredato, prætor dat bonorum possessionem contra tabulas; ita & natis ex eo, qua pater eos non præcedit, per *l.* 3. *in pr.* & §. *cont. tab.* Tertio tollitur diffe- 3
rentia inter natos & posthumos, & simul, quæ in sexu quoque erat inter ipsos posthumos, jubenturque & filiæ posthumæ & nepotes ex filio institui, aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati & posthumi masculi: idemque jus datur filiis & neptibus posthumis præteritis, vel non specialiter exhæredatis, quod posthumi masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri,

ri, §. 1. *sup. eod.* quo jure cùm nec prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l.* 8. *con. tab.* necessaria hoc casu erat posthumis fœminis querela inofficiosi testamenti, §. 2. *de inoff. test.* nunc autem & jure civili tamquam præteritæ rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hanc esse hujus loci sententiam, cum sequentia demonstrant, tum apertissimè *d. l. ult. ver. sancimus, & seq. C. hoc tit.*

4 *Ut omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.*) Hallucinatur Barth. *in auth. ex causa, C. hoc tit.* & cum eo fere interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth. nu.* 43. & Jul. Claro §. *testamentum. qu.* 42. *nu.* 2. tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorum & emancipatorum. Palam enim est his verbis, *ut omnes sive sui, sive emancipati, eumdem habeant effectum, quem filii sui vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verùm ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suæ ad suorum, & jus, quod illi habent jure civili, alii aliæve ad emancipationem, & jus, quod illi habent jure prætorio; ut sui suæve, præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertunt, alii aliæve adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus fere verbis ipse Justinianus utitur in *d. sua constitutione, vers. sancimus.* Thalelæus *ad l.* 1. §. 1. *comm. de man.* ibi, *in aliis pene omnibus nulla est inter liberos discretio.* Καλῶς εἶπε, τὸ σχεδὸν, ἐπαδὴ, οἱ μὲν ὑπεξούσιοι, præteriti γενόμενοι ἀφαιρέσει παντελῶς τὴν διαθήκην, οἱ δὲ emancipati, contra tabulas ἔχουσιν. Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi juris constitutionem simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Immo contra. Nam ut in causa intestati lex duodecim tab. non distinguebat sexum & gradum in suis, prætor non distinguebat in emancipatis; ita nunc similiter in causa testamenti eamdem vult servari simplicitatem jure civili in suis, jure honorario in emancipatis: Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hîc facta est à Justiniano. Et alioqui sequeretur, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum hæredum nancisci in familia avi: nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicuè falsa esse constat. Et demùm longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exæquasse apparet, ex *Nov.* 118. *c.* 1. quæ tamen exæquatio sic rectè accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quàm ut jure civili hæreditatem capere possint circa beneficium prætoris; non ut ipso jure, ut sui hæredes existant; sed ne fiant hæredes hæreditatem adeundo, sicut extranei; nec tamen hoc trahendum esse ad successionem testamentariam, inde colligo, quod testamentum ipso jure evertere majus aliquid sit, quàm ut non suis hæredibus præteritis concedi debeat.

Circa adoptivos certam induximus divisionem) *L. pen. C. de adopt.* Cujus sententia refertur §. 2. *sup. de adopt.* Et iterum plenius §. *sed ea.* 14. *inf. de hær. quæ ab intest.* Quid, quamobrem, hìc Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur, transibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi: unde quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum ut nec à prætore jure liberorum censerentur, sed agnatorum dumtaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo statu manent: cæterum hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus, ne legitimis aut scriptis hæredibus semel delata aut quæsita hæredibus auferretur, §. *at hi.* 10. *inf. de hær. ab int.* Unde cùm fieri posset, ut hic filius utriusque patris hæreditate excideret; patris naturalis, quod eo moriente adhuc esset familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi, si postea emanciparetur; huic incommodo à Justiniano occursum est, cautumque, ne liberi à patre naturali in adoptionem dati jus successionis, aliudve jus ullum in familia ejus amittant, neve transeant in potestatem patris adoptivi, extra quam si avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto, jam per se intelligitur ei, qui extraneum adoptaverit, nullam necessitatem imponi hunc vel instituendi vel exhæredandi, sive jus civile, sive prætorium consideres, sive etiam ex-

extraordinarium remedium querelæ inofficiosi; sed patri naturali, in cujus potestate maneat: qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituere vel nominatim exhæredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, §. *præc.* Hæc autem ad nos non pertinere, quibus adoptionum jura incognita, vid. *sup. de adopt.* Sed neque necessitatem exhæredandorum liberorum naturalium, si hæredes non instituantur, agnoscimus; quoniam suos hæredes non habemus; valetque in his regionibus testamentum ipso jure, etiamsi filius in eo præteritus sit: eique dumtaxat succurritur remedio querelæ inofficiosi. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. nov.* c. 5. Grot. *lib.* 2. *manud. c.* 18. de quo plura alibi.

Textus.

De testamento militis.

6. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exhæredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valeat, constitutionibus Principum cautum est.*

Notæ.

6. *Constitutionibus Principum*) Gordiani in *l.* 9. & Philippi in *l.* 10. *C. de test. mil.*

Commentarius.

An testamentum militis subjaceat querelæ inofficiosi.

Militibus jure militari testantibus non solùm remissæ sunt solemnitates illæ extraneæ, numeri testium, rogationis, obsignationis subscriptionis, contextus, quas cives omnes ante communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinent, liberorum scilicet vel institutio vel exhæredatio: placetque, præsertim militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exhæredationis, *l.* 9. *& l. seq. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulp. ait, militem silentio exhæredare, *l.* 12. *de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & circa expeditionis necessitatem si miles testamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque prætorio. Non obstat, quod scriptum est *l.* 9. *C. de inoff. test.* filios queri non posse de inofficioso testamento militis vel jure militari, vel civili facto. Nam ut de inofficioso agi possit, necesse est, ut testamentum recte factum sit, & jure subsistat: at testamentum jure communi factum non subsistat, in quo liberi præteriti sunt, aut si de emancipatis quæratur, necesse est, ut prætor eos non agnoscat; si de posthumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inf. de inoff. test.*

Non ignorans, an habeat liberos) Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet, & pro jure servatur, *l.* 1. *de test. mil. l.* 1. *C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cùm id nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi, quod omnino credendum est, si scivisset se habere liberos, eos ipsos, non alios sibi hæredes scripturus fuisset, *d. l.* 9. *& l. seq. C. eod. tit. l. si filiusfam.* 33. §. 2. *eod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. militis.* 16. §. 2. *de test. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta) Sequitur ergo, nec liberos suos scienter à patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec posthumum præteritum agnascendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exhæredatis perfugium? Nequaquam, *l. si.* 1 *instituta.* 27. §. 2. *de inoff. testam. l.* 9. *l. testamentum.* 24. *l. ult. C. eod.* Planè legitimam eos petere posse per condictionem ex lege, *arg. auth. Presbyteros. C. de Episc. & Cler.* Glossa & Cyn. *in d. l.* 9. tradiderunt. Hoc autem totum jus, cùm sit singulare & militum dumtaxat ex privilegio, nulla ratio est, quamobrem cum Clero §. *testamentum. q.* 40. *n.* 6. Grass. §. *testamentum. q.* 7. *n.* 3. & interp. vulgo dicamus sublatum esse. *Nov.* 115. *c.* 3. generalique constitutione etiam milites, & militaria testamenta contineri, hoc est, eos etiam jure militari testantes redigi ad condi-

tio-

tionem paganorum, quantum pertinet ad necessitatem institutionis & exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic post Lud. Roman. in *d. l.* 9. observavit, & tamdem re diligenter inspecta probat D. Tulden. *in c. de test. milit. num.* 6. item D. Perez *ibid. n.* 12. add. Vasq. *lib.* 3. de *succ. creat.* §. 24. *n.* 51.

TEXTUS.

De Testamento matris, aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare, sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris aut avi materni, & cæterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

NOTÆ.

7. *Silentium matris, &c. tantum facit*) Et hoc etiamsi mater ignoraverit se liberos habere. Sed hoc casu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ hic obtendi nequit, *l.* 27. §. *ult. & l. seq. de inoff. test.*

Sive de jure civili.) Quo jure soli sui hæredes præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati testamentum tollunt aut rumpunt §. 5. *sup.*

Edicto prætoris) Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem: non qui nec sui sunt, nec esse desierunt: *d.* §. 5. *l.* 1. *l.* 4. §. 2. *cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2 *Propter eamdem conditionem præteritos à matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse*
3 *Explicatus locus Pauli* l. 4. §. 2. cont. tab.
4 *Quodnam sit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. fit mentio?*

QUod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est; quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, §. 3. *inf. de hær. qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic, ut filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existit, uti bonorum patris est. Quapropter si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit, cùm suum ei non adimat, & ideo frustra etiam requiratur exhæredatio: immo nec propriè dici possit filium exhæredare, cùm exhæredare sit suam filio hæreditatem adimere; siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc, etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est. *l. si instituta.* 27. §. *ult. & l. seq. de inoff. test. facit. huc l.* 4. §. 2. *de bon poss. cont. tab. l. nulla.* 13. *de suis & legit. hær.*

Sive de jure civili) Quia, ut diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expressè exhæredes esse jussi sint, *l. in suis.* 11. *hoc t.* Quamobrem nec ad jus civile antiquum pertinent, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item dumtaxat, præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferebant *sup. pr. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt, §. *sed hæc.* 5. *sup. eod.*

Sive de edicto prætoris) Paulus *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos tantùm hæredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos hæredes non esse, & vel maximè, id edictum pertinet; utpote quorum causa principaliter comparatum est, §. 3. *sup. eod.* Verùm amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum istud non pertinere ad eos liberos non suos, qui & nunquam sui fuerunt: matrem autem, ut suos hæredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam à Cajo expressum videtur *l. nullæ.* 13. *de suis & legit. hær.* Nimirum

rum prætor, quo minimum à ratione juris civilis recederet, eum dumtaxat, qui ex masculis progeniti essent, rationem habuit, & jus suitatis, quod emancipatis abstulerat capitis diminutio rescissa ea restituit, *l. 6. §. 1. de bon. poss.* Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

Aliud eis adminiculum servatur) Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Quod remedium cum initio tantùm competeret liberis, qui eo, quod à patre exhæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare poterant, *l. 8. in pr. cont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhæredatis, sive, quod hic eamdem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit. 18.* quo loco simul discemus, id etiam parentibus iniquè exhæredatis, vel præteritis, nonnumquam & fratribus dari. Cætera quoque in eumdem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus disputari solent; veluti an adhuc post *Nov. 115. c. 3.* præteritio matris & per matrem ascendentium pro exhæredatione sit: an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum, tum quoad legata & cæteros articulos, quàm quoad institutionem: an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum, quod jure veteri substituisset, nunc fit nullum: aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam à novissimo Justinianeo, quoscumque interpretes sequare multa re ostendemus recedere.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.

Ratio dispositionis, & argumentum tituli.

DIctum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Et caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. *ante 34. inf. de legat.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere: quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quàm ut quis hæres institutus sit: utique extra necessitatem instituendi aut exhæredandi certas personas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid est, neque quemquam exhæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere ut dicat, *Lucius hæres esto, l. 1. §. 3. hoc tit.* Hæredem instituere est scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam 15. C. de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore Ulpian. *tit. 21.* Titulus hic noster tres partes continet, quarum in prima agitur de iis, qui hæredes institui possunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures instituti habere debeant ex ratione juris, aut voluntate defuncti: in tertia de forma seu modo instituendi atque iis, quæ institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

TEXTUS.

Qui possunt hæredes institui.

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quàm servos; & tam proprios, quàm alienos. Proprios autem olim quidem secundùm plurium sententias non aliter, quam cum libertate, recte instituere licebat. Hodie verò etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus à domina hæres instituitur, ut constitutione divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc sunt: Servum, adulterio maculatum, non jure testamento ma-

manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eumdem à domina collata hæredis institutio nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.*

NOTÆ.

Hæredes instituere) Scribere, vel nuncupare, *l.* 1. §. 1. *D. eod.* Est autem hæredis institutio caput & fundamentum testamenti, §. 34. *inf. de legat.* neque enim sine ea testamentum potest consistere, §. 2. *inf. de fid. hær.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l.* 15. *C. de testam.*

Quàm alienus) Si modo eorum servi sint, quos ipsos hæredes instituere possumus: nam ex persona dominis cum servis testamenti factio est, *d. l.* 31. Ulpian. *tit.* 22. §. 8. *l.* 12. §. 2. *de legat.* 1.

Sine libertate) Ita & *sup.* §. 2. *qui & ex quib. caus. man.* id est, omissa libertatis datione. Constitutio erat in *l. pen. C. de serv. nec hær.*

Non per innovationem) Quia jam olim idem quibusdam placuerat, ut mox subjicit. Quod autem obtinet, ex nova est Justiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum *d.* §. 2.

Adulterio maculatum) Apud Marcian. *l.* 48. *hoc tit.* unde hic locus descriptus, legitur *accusatum.* Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; nec obstat *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adult.* Græci quoque ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, non κατηγορούμενον. Et ad *l.* 1. *C. qui non poss. ad lib.* ὑποτοπεῖν τὰ ἐπὶ τῇ μοιχείᾳ, *suspectum, &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui olim & in quantum hæreditatem capere non potuerint?*
2 *Qui & in quantum hodie hæredes institui vetentur?*
3 *Institutionem servi alieni sustineri ex persona domini, proprii ex consequentia libertatis.*
4 *Quid juris in servo communi ab uno è dominis hærede instituto?*
5 *Quid in instituto à domino nudæ proprietatis?*
6 *Quam rationem habeat casus specialis hic relatus?*
7 *Quid si servus hæres institutus sit à fructuario?*

TAm liberos homines, quàm servos) Τεροολογία; nam dicendum potius erat, *tam servos, quàm liberos*, hoc est, non minus servos, quàm liberos; quomodo hoc expressit Cajus *l. non minus* 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur, quàm quod heredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscuè & sine exceptione? nequaquam. Nam primum illi soli ex hominibus liberis institui possunt, qui sunt cives Romani: peregrini non possunt, sive semper tales fuerint, sive per sententiæ severitatem ad peregrinitatem redacti sint, *l.* 6. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. fac. l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Peregrinorum numero erant & dedititii; erat & Latinus Junianus, nisi quod hic capere hæreditatem poterat, si mortis testatoris tempore civis Romanus factus esset, Ulp. *tit.* 22. §. 1. & 2. Cæterum Justinianus differentias libertinitatis sustulit, data libertinis omnibus civitate, §. *ult. sup. de libert.* Sed nec qui cives sunt, omnes institui aut olim poterant, aut nunc possunt. Lege Vaconia cautum erat, ne qui census esset, virginem, neve mulierem supra quadrantem suorum bonorum hæredes instituere. Cic. *Verrin.* 3. *de præt. urb. & in orat. pro Balb.* Dio. *lib.* 56. Gell. *lib.* 21. *c.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cœlibes, nisi qui genere essent proximi, quicquam ex testamento civis Romani capere. Ulpian. *d. tit.* §. 2. ita tamen, nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent: idem Ulp. *tit.* 17. Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quàm dimidiam partem eorum, quæ relicti erant; pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis testamento capere licebat, quàm relictorum partem decimam; idem Ulp. *tit.* 15. & *seq.* Hinc natæ cautiones illæ de instituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omnino quicquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibeantur, vid. *l. in tempus* 62. *l. qui non vult* 78. §. *ult. hoc tit. l. cum ei* 42. *l. si Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *l.* 11. *de vulg. & pup. subst. l.* 16. §. *si qui* 16. *ad senat. Treb. l.* 13. §. *ult. de jur. fisc. cum similib.* quæ nisi hinc lucem accipiant, intelligi non possunt. Postea pœnæ cœlibatus, orbitatis, & legis decimariæ sublatæ sunt, *l.* 1. & *l.* 2. *C. de infirm. pœn. cœlib.* Qui autem incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut se mutuo, aut propudiosam sobolem instituere possunt, *l.* 6. *C. de incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam, *l.* 13. *l.* 14. *de his quæ ut indign.* Add. D. Christin. *vol.* 1. *decis.* 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus quàm cæteri cives, non ab extraneis tantùm, sed etiam à patre, idque in solidum, hæredes institui potete-

terant, *l. Lucius* 45. *de vulg. & pup. l.* 16. §. 1. *de his quæ ut indign. l. ult. de jur. delib.* (vid. Palæoth. *de noth. spuriisq. fil. cap.* 35. *& seq.* & contra sentientes Alciat. 4. *parerg.* 5. Anton. Fab. *jurisp. tit.* 9. *pr.* 2. *ill.* 1.) ex constitutione Justiniani *Nov.* 89. *c.* 12. unde *auth. licet. C. de nat. liber.* unicam tantùm unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi: octo uncias; si soli superstites testatori parentes. Qua in re mitior Justinianus erga liberos naturales fuit quàm Constantinus, *l.* 1. *C. de natur. lib.* aut etiam Arcadius, & Honorius, *l.* 2. *C. eod.* vid. Grass. §. *institutio* 1. *quæst.* 7. Palæot. *d. loc.* Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi secundo plus relinquere, quám uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, *l. hac edictali* 6. *C. de sec. nupt.* Porro Principum Christianorum constitutionibus vetantur hæredes institui apostatæ, *l.* 3. *C. de apostat.* item hæretici, *l.* 4. *C. de hæret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non sunt, accipiendum esse arguit constitutio Justiniani *Nov.* 115. *c.* 3. ubi αἱρεσιοδοξίας ponit inter justas causas exhærodationis & exclusionis à successione ab intestato. Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest, etiam hæres rectè instituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accuratè tulerit.

Et tam proprios, quàm alienos) Cum servis ipsa servis non est testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas proventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sumetur institutio, si dominus civis Romanus est, & jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *l. minus* 31. *l. si paterfam.* 40. *hoc tit. l.* 10. *de acq. rer. dom.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, puta quia peregrinus est, aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo ejus erit, *arg. l. non minus* 31. *hoc tit. fac. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. *l. si filio* 55. §. 1. *de legat.* 2. Ulpian. *tit.* 22. §. *extraneis* 8. Vide tamen, quæ notavimus ad §. *extraneis* 4. *infr. de hær. qual. & diff.* In servo autem proprio institutio eadem ratione tenendi non potest, ut scilicet dicamus eam teneri ex persona domini: quippe qui ipse servor est, sed ut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est, ut simul consequatur libertatem.

Quàm non aliter, quàm cum libertate, hodie non sine libertate) Plerique veterum in ea sententia fuere, ut putarent servum proprium non aliter rectè hæredem institui, quàm cum libertate, non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere ob rationem, quam indicavimus *sup. qui & ex quib. ca. manum.* §. 2. Justinianus verò etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. pen. C. de nec. serv. hær.* quod cùm humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est, quippe qui hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscurè significat, velle se etiam, ut liber sit; cùm absque eo nec hæreditatem obtinere possit. Et cur, quod in servo proprio tutore sine libertate dato veteres admiserunt, ut hoc ipso, quod tutor datus est, libertas quoque ei imposita videatur, *l. quæro* 22. §. 2. *de test. tut.* §. 1. *sup. qui test. tut. dar.* non admittatur itidem in servo simpliciter hærede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus *d. l. pen.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l.* 10. §. *ult. de test. tut.* Cæterum quem testator hæredem instituit, eum vicissim majore prosequitur affectu atque honore, quàm quem liberis tutorem dat. Enimverò consequentiam legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, *d. l. pen.* §. *illo.* 2. quancumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l. servus* 76. *hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & ex d. constitutione Justiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest.

Quod non per innovationem) Supra tamen §. 2. *qui & ex quib. caus. man.* profitetur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem instituti posse, Ulp. *tit.* 22. §. 7. 12. & sententiæ illius abrogationem. VINN. Adeo verum videbatur, servum nisi libertatem plenam consequutum, institui non posse, ut nec servus, qui tantùm in bonis erat, institui posset, quamvis cum libertate. Manumissus enim testamento, liber, liber quidem fiebat, sed Latinus, adeoque nec hæres esse poterat, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrasset. Ulpian. *tit.* 22. §. 8. HEIN.

Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem) Servus proprius vel in solidum

dum est, sive unius domini proprius, vel pro parte, & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel nudatenus proprietate. Videamus ergo, an quod hìc constitutum est de servo proprio hærede instituto, etiam ad servum communem ab uno è dominis institutum, & ad eum quoque, in quo alius usumfructum habet, pertineat? De
4 communi servo ita jus vetus fuisse constat, ut si unus è dominis libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur, & socio accresceret, §. *ult. sup. de donat.* ac proinde socio quoque hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset: Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione habebant, videlicet ut liceret militi servum communem libertate donare, eo effectu, ut socius hoc casu partem suam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus esse commune omnium civium, *l. 1. pr. & §. 1. C. de comm. serv. man.* Post quam constitutionem certum est, servum communem, quem unus è dominis & liberum & hæredem esse jussit, & libertatem & hæreditatem consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno hærede instituto, non facta mentione libertatis. An dicemus & hic libertatem perinde pro adscripta haberi, ac si servus in solidum proprium hæres simpliciter institutus sit? arg. hujus loci? Et id quidem D. Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi possit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extensione in correctoriis, verba ipsa constitutionis *in fin.* §. 1. *& hoc moriturus dixerit*, extensionem istam non ferunt, ut bene observavit D. Bachovius. Et quia ratione partis, quam socius habet, servus alienus est, quidni quod responsum est de legato servo communi relicto, totum id ad socium pertinere? *L. rerum* 63. §. *si servo* 9. *pro soc. l. Plautus* 49. *in pr. ad leg. Falc.* idem dicimus de servo communi hærede simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videri institutum, & hæredem fieri? VINN. Rectè. Nam dum hæres institutus est servus communis hæreditatem totam acquirit domino socio: dum sine libertate institutus, servus ipse pro parte fit hæredis, qui in jus defuncti succedit. Fr. Balduino, Tribonianismum observanti in *l.* 63. §. 3. *ff. pro soc.* jam respondit Vir Clarissimus Schultingius ad Ulpianum *pag.* 637. HEIN. De servo, in quo testator nudam pro-
5 prietatem, alius usumfructum habet, ait hoc loco Justinianus, cum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationi juris, *l. rectè dicimus* 25. *de verb. sign.* Et ergo etiam hic servus à domino nudæ proprietatis hæres institutus, sive cum libertate, sive simpliciter, ex constitutione Justiniani & liber & hæres erit, *d. l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, §. *de iis* 4. *sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim praestare tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quandiu durat ususfructus; an verò pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si sequimur constitutionem *l.* 1. *C. comm. de man.* Hoc, si putamus, ad hunc servum etiam pertinere, quod pauco tempore post de communi servo constitutum est, *l.* 1. *C. de com. serv. man.*

Est tamen casus, &c.) Refertur hic ex *l. his verbis* 48. §. 2. *hoc tit.* casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, nec cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata. Hæc prohibetur, servum suum suspectum criminis ante finitam cognitionem manumittere: quod ideo provisum est, ne mancipium per manumissionem quæstioni subducatur, *l. prospexit* 12. *qui & a quib. man.* Cùm igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. At, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, fama & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantùm peragi poterant, *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adult.* ac proinde etiam in *d. l.* 48. §. 2. unde hæc sumpta sunt; eodem modo ut hic legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterii causatum.* Theophilus vertit, ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, *obnoxium*, *implicitum*, non dixit, κατηγορούμενον.

Alienus servus, in quo usumfructum, &c.) Igitur hic servus à fructuario hæres institutus, nec hæres nec liber erit, sed hæreditatem acquiret proprietario, ad instar servi planè alieni, §. *seq. vers. alienus quoque.* Et verò post mortem fructuarii finitur ususfructus, & consolidatur cum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jusserit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianeæ, *l.* 1. *vers. finem, C. comm. de man.* de servo à vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus

ſtus; quia, ut dictum eſt, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

TEXTUS.

Si ſervus hæres inſtitutus in eadem cauſa manſerit, vel non.

1. *Servus autem à domino ſuo hæredes inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſa manſerit, fit ex teſtamento liber, hæreſque ei neceſſarius. Si vero à vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſuo arbitrio adire hæreditatem poteſt, quia non fit hæres neceſſarius, cùm utrumque ex domini teſtamento non conſequatur. Quod ſi alienatus fuerit, juſſu novi domini adire hæreditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipſe alienatus neque liber, neque hæres eſſe poteſt, etiamſi cum libertate hæres inſtitutus fuerit: deſtitiſſe enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque ſervus hæres inſtitutus, ſi in eadem cauſa duraverit, juſſu ejus domini adire hæreditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus antequam adeat, debet juſſu novi domini adire. At manumiſſus eſt vivo teſtatore, vel mortuo, antequam adeat, ſuo arbitrio adire poteſt hæreditatem.*

NOTÆ.

1. *Deſtitiſſe à libertatis datione*) Quod ſi teſtator eum poſtea redemerit, reviviſcit libertas & inſtitutio, *l.* 9. §. 16. *l.* 50. *eod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam *l.* 23. §. *de lib. & poſth.* ſolùm procedere, cùm ſervus in eadem cauſa manet.

Juſſu novi domini) *L.* 62. §. 1. *de acq. hær.* 1. §. *ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi hæreditatem ſive bonorum poſſeſsionem cum domino ambulare Ulpian. ait.

COMMENTARIUS.

1 *Servo proprio hærede inſtituto, quis circa acquirendum hæreditatem inſtitutionis effectus? & num.* 2.

2 *Quid circa idem inſtitutio ſervo alieno?*

HOc conſtituto, non minus ſervos poſſe hæredes inſtitui, quàm homines liberos, porro nunc quæritur de effectu inſtitutionis ſervi circa acquiſitionem hæreditatis, primum in ſervo proprio, deinde & in alieno. In utroque autem ita diſtinguitur, ut referat, utrum in eadem conditione ſervus manſerit, an non manſerit, propterea quod vel manumiſſus ſit, vel alienatus. De ſervo proprio hærede inſtituto ait: *Siquidem in eadem cauſa manſerit, fit ex teſtamento liber hæreſque neceſſarius. In eadem cauſa*, hoc eſt, in eadem conditione ſervitutis, ut neque à domino poſt factum teſtamentum manumiſſus, neque alienatus fuerit. *Hæres neceſſarius*: ideo ſic dictus, quia ſive velit, ſive nolit, poſt mortem domini protinus liber & hæres ſit, §. 1. *inf. de hær. qual.* Quod cùm in eorum gratiam initio inſtitutum eſſet, qui cum ſolvendo non eſſent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes ſuos derivare, quàm ſuæ memoriæ reſervare malebant, §. 1. *ſup. qui ex quib. ca. man.* poſtea generaliter obtinuit, ut oſtendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubiè hæc eſt, quod cum honori teſtatoris nonnihil decedat, ſi repudietur ejus hæreditas, viſum ſit, id ſervo licere non debere, in quem teſtator ſimul cum hæreditate contulit inæſtimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex conſtitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta ſunt, ut neutrum ſeparatim ſervo adimi poſſit, neque libertas ſola, neque ſola hæreditas, *l.* 13. §. 1. *de lib. & poſthum. l.* 6. §. *ult. h. t.*

Quod ſi à vivo teſtatore manumiſſus, &c.) Caſus contrarius, quo ſcilicet ſervus proprius hæres inſtitutus in eadem conditione non manſit, duplex eſt, vel quia poſt factum teſtamentum manumiſſus eſt, vel quia alienus. Manumiſſus ſuo arbitratu hæreditatem adibit: quia non fit hæres neceſſarius, quia hæreditatem dumtaxat, non etiam libertatem ex teſtamento domini conſequitur, *l. antepen. hoc tit. l.* 6. §. 3. *eod.* Utique tamen probè facturus eſt, ſi pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut ſuſpiciat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber nec hæres fit, etiamſi cum libertate hæres fuerit inſtitutus: hoc enim ipſo quod alienatus eſt, mutata voluntas domini & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac ſi jam tempore teſtamenti facti alienus fuiſſet: ac proinde jubente novo domino hæreditatem acquiret, *l.* 9. §. *ſervus* 16. *l. ſervum* 50. *hoc tit. l. ſervo* 42. *de cond. & dem. l. quæſitum* 91. §. 3. *de legat.* Enimvero ſi teſtator eum poſtea redemerit, reviviſcit, ut ita dicam, libertas & inſtitutio, *d. l.* 9. §. 16. *d. l.* 50. *hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam *l.* 13. §. 1. *de lib. & poſthum.* tunc ſolum procedere, cum ſervus in eadem cauſa manet: nam ſi alienatus fuerit, neceſſe eſt fateri, inutilem eſſe libertatis dationem, quod & Viglius notat.

Alienus quoque ſervus) Supra dictum eſt, etiam

etiam ſervum alienum hæredem inſtitui poſſe: cæterum ſuſtineri inſtitutionem non ex perſona ſervi, ſed ex perſona domini, civis ſcilicet Romani, quaſi ille ipſe mediatè per ſervum inſtitutus videatur. Nimirum ut ſervi etiam hac in re dominis ſuis utiles eſſe poſſint, receptum eſt, ut perſona dominorum iis ad tempus accommodetur, cùm alioqui cum ſervis non ſit teſtamenti factio, *l. non minus* 31. *h. t. l. debitor.* 82. §. 2. *de legat.* 2. Nunc hic itidem de effectu iſtiuſmodi inſtitutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæſitum fuit de effectu inſtitutionis ſervi proprii.

Si in eadem cauſa, &c.) In alieno ſervo
3 hærede inſtituto iidem caſus diſtinguuntur, qui in proprio: nam ut manſit in eadem cauſa, & dominum ſuum hæredem facit, nempe ſi juſſu ejus adierit, §. 3. *ſup. per quas perſ.* aut non manſit, vel quia alienatus eſt, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in poteſtate eſt tempore aditionis, *l. Antiſtius* 62. §. 1. *de acq. hær. l.* 2. §. *ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* quo loco Juriſconſultus ait, hæreditatem ſive bonorum poſſeſsionem ambulare cum domino: vel quia manumiſſus eſt, quo caſu ſuo arbitrio hæreditatem adire eamque ſibi acquirere poteſt, Ulpian. *tit.* 22. §. 13. Et igitur licet peſona domini in hujuſmodi inſtitutionibus inſpiciatur, ut ſit cum ſervis teſtamenti factio; videtur tamen ſimul & perſonæ ſervi ratio haberi, *fac. l. debitor* 82. §. 2. *de legat.* 2. *l.* 5. *de ſerv. legat. l. ſi paterfam.* 4. *hoc tit.* Illud notandum eſt, ſervum alienum cum libertate fruſtra hæredem inſtitui in tantum, ut etſi is poſtea teſtatoris eſſe cœperit, nihilo magis liber aut hæres fiat, *l. ſi alienum* 49. *hoc tit.*

TEXTUS.

De ſervo hæreditario.

2. *Servus etiam alienus poſt domini mortem rectè hæres inſtituitur: quia & cum hæreditariis ſervis teſtamentis factio eſt. Nondum enim adita hæreditas perſonæ vicem ſuſtinet, non hæredis futuri, ſed defuncti, cum etiam ejus, qui in utero eſt, ſervus rectè hæres inſtituitur.*

NOTÆ.

2. *Poſt domini mortem*) Non ita, *Stichus poſt mortem Titii domini ſui hæres mihi eſto*, ut malè Th. ſed ita, *Stichus ſervus Titii defuncti hæres mihi eſto.*

Nondum adita hæreditas perſonæ vicem) Ratio dubitandi, quia tempore facti teſtamenti ſervus nullius eſt, *l.* 64. *hoc tit.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas perſonæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur, *l.* 31. §. 1. *eod. l.* 33. *l.* 62. *de acq. rerum domin. inf. de ſtip. ſerv. in pr.*

Non hæredis futuri, ſed defuncti) *Dd. loc. cum ſimil.* Immo non defuncti, ſed hæredis futuri, *l.* 14. *de nov.* Solve: hæreditas qua jacens conſiderata defunctum repræſentat, ut actus ex perſona ejus vires capiat, *l.* 52. *h. t. l.* 33. §. *ult. de acq. rer. dom.* adita verò videtur retro repræſentaſſe perſonam hæredis, cui ſoli eventu inſpecto acquiritur, *d. pr. in fin. de ſtip. ſerv.* fac. *l.* 73. §. 1. *de verb. obl. l.* 28. §. *ult. l.* 35. *de ſtip. ſerv.*

Ejus, qui in utero eſt, ſervus) Hoc eamdem planè rationem habet, *l.* 64. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Diverſa conſideratione rectè dici, jacentem hæreditatem repræſentare & perſonam defuncti & perſonam hæredis.*

2 *Cum ſervus poſthumi alieni hæres inſtitui potuerit, ipſe poſthumus alienus non potuerit?*

CUm ſervi alieni inſtitutio, ut dictum eſt, ſuſtineatur ex perſona domini, quæſitum eſt, an ſervus alienus rectè hæres inſtituatur etiam poſt mortem domini, hoc eſt, ſervus hæreditarius? Dubitandi cauſa ex eo, quod in propoſita perſona domini, qui nullus eſt tempore facti teſtamenti, *l. ejus ſervum* 64. *hoc tit.* ſervo accommodari non poſsit. Placuit tamen nihilominus, rectè hunc ſervum hæredem inſtitui, quaſi per interpoſitam hæreditatem à defuncto adhnc, ut ita dicam, perſonetur: quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantiſper fictione juris haberi, *l. non minus* 31. §. 1. *hoc tit. l. hæreditas* 34. *l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom. l.* 13. §. 2. *ad. l. Aquil. l.* 15. *de inter. in jur. l.* 9. *C. depoſ. cum ſimil.*

Non hæredes futuri, ſed defuncti) Hoc totidem quoque verbis traditur *d. l.* 34. *de acq. rer. dom.* alibi ſimpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, *d. l.* 31. *h. t. & inf. de ſtip. ſerv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra ſcriptum legimus, hæreditatem interim ſuſtinere perſonam hæredis, *l. novat.* 24. *in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur. Siquidem qui poſtea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto ſucceſsiſſe intelligitur, ſive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis poſtea adita, & cum tempo-

re

mortis continuatur, *l. hæres.* 54. *de acq. hær. l. omnis.* 138. *l. omnia.* 193. *de reg. jur.* Sunt qui putant, non satis inter veteres hac re convenisse, inter quos & D. Hotomanus est. Nolim ego temere eo decurrere. Videamus, an non utrumque rectè dici possit, hæreditatem repræsentare & personam hæredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis repræsentari rectè dicitur: hac enim consideratione servus hæreditarius rectè stipulatur hæredi futuro, *l. si ex re* 28. §. *ult. servus.* 35. *de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *l. interdum.* 73. §. 1. *de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, et per hoc etiam hæredi postea facto, *inf. de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud, quo servus hæreditarius hæres instituitur, nondum jacentis hæreditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest: & incertum est, quis, qui scriptus est, unquam hæres extitutus sit: idque Cajus significat *l. in eo.* 33. §. 1. *de acquir. rer. dom.* cùm ait, quoties servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus *in l. servus.* 52. *hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, qua jacens conservata defunctum repræsentat; adita, retro videtur repræsentasse personam hæredis.

Cum etiam ejus, qui in utero est, servus) Confirmat quod de institutione servi alieni post mortem domini dixerat, exemplo servi, cujus dominus in utero est, sive servi posthumi alieni; nam & hunc servum ait rectè hæredem institui. Javolenus contra, hoc ex illo probat, *l. ejus servum.* 54. *hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris, utique veteris, quo ne posthumus alienus hæres institui non potest, *infr. de bon. poss. in pr.* Hoc enim positum consequens omnino esse videtur, nec servum hujus posthumi rectè hæredem institui, cum, ut jam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta est. Sed animadvertendum est, servum hìc dici alienum, qui in utero est respectu habito ad causam, quo iis natus & hæres factus erit: institutionem verò vires capere non ex persona domini, qui in utero est, sed defuncti, cum quo testatoris, testamenti factionem fuisse, etiamsi non hærede scripto non sit *l. servus.* 52. *hoc tit.* Ad hæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum, in cujus potestate est tempore facti testamenti, hæredem faciat; nam alieno eo novus dominus hæres fit: manumissus ipse ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus, qui capere non potest, institutus est, *l. servus.* 82. *de acq. hær.* atque hinc clarissimè patet, verum esse quod diximus *sub* §. *præc.* in his servorum institutionibus etiam servorum, qui instituuntur, personam spectari.

TEXTUS.

De servo plurium.

3. *Servum autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres unicuique dominorum, cujus jussu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem.*

NOTÆ.

3. *Ab extraneo.*) Ab uno ex dominis institutus acquirit cæteris per *l.* 63. §. 8. *pro soc. l.* 49. *ad leg. Falc.*

COMMENTARIUS.

DE servo communi hærede instituto ab uno ex dominis legitimus in explicatione principii hujus tit. sub fine: hìc agitur de servo plurium qui hæres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirere, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hæreditatem adeundo nihil agere; de quo *sub* §. 3. *sup. per quas pers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte, quàm dominica, hæredem faciet: cæterum sociis postea non jubentibus, adire, tacito jure partes eis accrescent, *l. servus.* 67. *de acq. hær.* add. *l. ult. de vulg. & pup. l. si servus.* 50. *de legat.* 1. §. *ult. inf. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio) Hoc additum, quia, ut jam sæpe diximus, quos ipsos hæredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *l. non minus.* 31. *hoc tit.* Exceptio, quod servi eorum, qui non absolutè incapaces sunt, sed κατά τι dumtaxat, cujusmodi olim erant fœminæ, orbi, cœlibes, vid. *sup. pr.* institui ab eo, ex cujus testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum jussu hæreditatem adeant, aliena-

ti

ti novum dominum hæredem faciant, manumissi ipsi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum sit, *l. si servus.* 82. *de acq. hær. fac. l. si Titio.* 55. §. 1. *de legat.* 2.

TEXTUS.

De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

NOTÆ.

Usque in infinitum) Εἰς ἀπέραντον. Th. Sententia est, certum numerum hæredum instituendorum nemini præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti.

COMMENTARIUS.

USque in infinitum) Εἰς ἀπέραντον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredem numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur, *l. qui restituere.* 68. §. 1. *de rei vind. l.* 4. §. 2. *de in lit. jur.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quod ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbirrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt. Talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos. Vid. Gomez 1. *var. resol.* 2. *n.* 2. Planè illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, rempub. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, & valere hujusmodi institutionem, quando permissum est rempub. aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot exteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius verò *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvisium* scribit, palam esse, nec hæredem institui, nec percipere Rempub. posse. Ab eo jure postea interdum recessum: confer Ulpian. *tit.* 22. §. 5. & *tit.* 24. §. 26. *l.* 2. *l. senatus.* 20. *de reb. dub. l. omnibus.* 26. *ad sen. Treb. l. civitatibus.* 122. *de legat.* 1. *l.* 12. *C. hoc tit.* VINN. Poterat respublica institui jure gentium. Et talis hæreditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Vocatii Moschi, exsulis relicta Massilienſibus. Tac. *Ann. l.* 4. *cap.* 43. Pertinuit itaque hæc prohibitio ad municipia, quæ jure civili tenebantur, non ad civitates ἀνομούμενας. Præclara sunt quæ in hanc rem disserit amicissimus olim collega Nic. Hier. Gund. *Diss. de principe hærede cap.* 3. §. 2. *seq.* HEIN.

TEXTUS.

De divisione hæreditatis.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab unci usque ad assem, ut puta hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ essem efficiunt, quot testator voluerit: & si unum tantùm qui ex semisse verbi gratia hæredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testamento spectatur. Et è contrario potest quis in quantumcumque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem videre.*

NOTÆ.

5. *In duodecim uncias*) Hæc solemnis hæredis distributio, *l.* 13. §. 1. *b. t.* quia perfectus est numerum duodenarius. Diod. Sic. *eclog.* 40. Galen. *d. cui an. pec. not.* & τελειότατος σύμβολον. Hermias in *Phæd.* Plat. τῶν ἀριθμῶν μυστικώτατος Aristid. περὶ μυς. Cujac. ad *d. l.* 13. Duar. 2. *disp.* 36. Fabr. *ad Theoph.*

Non semper duodecim uncias) Non est necesse ut semper distributio fiat in 12. uncias: potest testator vel in plures vel in paucioris uncias hæreditatem dividere, *d. l.* 13. §. 2. 3. & *ult. l.* 18. *eod. l.* 13. *C. de lib.* & *p.* Paul. 3. *sent.* 4. Potest & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias &c. *l.* 2. 2. §. 7. *de collat. l.* 76. *de acq. hæ.*

Unum ex semisse) Vel ex una aliqua parte hæreditatis. Idemque est, si quis institutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac si rei mentio facta non esset, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *b. t. l.* 41. *in fin. vulg.* & *pup.* in cohæredem habeat indefinitum aut ex parte hæreditatis scriptum, tunc enim legatarii loco est, *l.* 13. *C. hoc tit.*

Ex parte testatus) *L.* 7. *de reg. ju.* Ex postea tamen vi ipsa pro parte quis intestatus fuerit potest, rescisso vid. pro parte testamento *l.* 15. *in. fin l.* 24. *de inoff. test.*

Nisi sit miles) Miles etiam ab initio pro parte tantùm testatus decedere potest, *l. pen.* §. 1. *de castr. pec. l.* 6. *l.* 19. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* quippe qui hìc duorum velut hominum personam sustineat, *l.* 17. §. 1. *eod.* Igitur si miles unum tantùm v. g. ex semisse hæredem scripserit, quantum ad alterum semissem intestatus decessisse intelligitur, & locus fiet legitimis hæredibus, *l.* 19. *l.* 37. *de test. mil.* & ita etiam in specie, *l.* 6. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Assis, ejusque partium usus, quàm frequens & quibus in rebus fuerit?*
2 *Licere testatori in quot voluerit partes hæreditatem distribuere.*
3 *Quod unus tantùm, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re institutus, omnium bonorum hæres fiat, magis esse ex subtilitate juris, quàm ex defuncti voluntate.*
4 *Quam rationem habeat quod jus civile non patitur eumdem testato & intestato decedere?*
5 *An testator possit prohibere jus accrescendi?*
6 *In militaribus testamentis regulæ superiori non esse locum.*
7 *Quantum mores hodierni dissideant à jure civili Romanorum?*

SEquitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili scilicet, & solemni distributione, earumque partìum nomina indicare, quo ea in numero haberent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in *l. si servum.* 50. §. *ult. hoc tit.*

In duodecim uncias, quæ assis appellatione.) As in re numeraria est minimus æris nummus. Hinc illa, ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cùm sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi; solidum, id est, totum quid sive integrum significat, constans ex duodecim unciis, & nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, *l. pen. qui satisd. cogn.* in assem vindicare, *l. post emancipationem.* 40. §. 1. *de legat.* 3. Hæres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.* 7. *ad Attic. epist.* 2. *edit. Victor.* & alia plura ejusdem generis. Scribit Volus. Metianus *lib. de ponderib. in pr.* necessariam cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solùm propter institutionem plurium hæredum, sed etiam propter innumera alia. Etenim assis ejusque partium & omnino numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantùm in hæreditatibus, ponderibus aut mensura; verùm etiam in divisione corporum, veluti fundi, *l.* 8. *de rei vind. l. minor.* 39. §. 2. *de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, §. *si quis una.* 9. *inf. de fideic. hær.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, besses, &c. ut videre est *l.* 7. §. *quæ autem* 10. *in fin. l. Titium.* 47. §. 4. *de adm. tut. l. liberto.* 21. §. 4. *de ann. legat. l.* 3. §. *ult. ad leg. Falc. l. creditor.* 102. §. *ult. de solut. l. eos* 26. §. 1. *C. de usur.* Sed & astrologi res omnes revocant ad duodecim partes, menses, horas, signa, latitudinem signorum: quod notat Cujac. *ad l.* 13. *hoc tit.* Causam usus hujus numeri, quæ à Jurisperitis tradita non est, Duarenus *lib.* 2. *disp.* 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commodè dividatur; καὶ γὰρ ἡμισυήχει, καὶ δίμοιρον καὶ τέταρτον, ἕκτον τε καὶ δωδέκατον. Locus Galeni integer refertur à Duareno.

Habent hæ partes propria nomina.) Refert jam propria nomina partium assis, contentus initium fecisse ab uncia, cum Ulpiano *d. l.* 50. §. *ult. hoc tit.* licet & ipsa uncia in partes minutiores dividi possit, veluti in duas semuncias, in tres duellas sive binas sextulas, in quatuor sicilicos; in sex sextulas: in 24. scriptula; de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis simul notas partium proponit, Varro *lib.* 4. *de ling. Lat. sub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat Volus. Metian. *de ponderib.* sed melius Salmas. *de mod. usur. pag.* 251. illud sciendum est, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l.* 2. §. *si duo* 7. *de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. *videamus.* 8. *inf. eod.* in sex sextas, *l. situ.* 76. *de acq. hær.*

Quos testator voluerit) Licet solemnis & usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat: potest tamen paterfam. eam distributionem non sequi, atque in tot partes unciasve hæreditatem distribuere, in quot voluerit, sive in plures, sive in pauciores, *l.* 13. §. 1. 2. 3. & *ult. hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres hæredes scripserit singulos ex quincunce, rata est patrisfam. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Et si duos tantùm: unum ex trien-

triente, alterum ex quadrante, hæredes scripserit. Videbitur in partes septem hæreditatem divisisse, *d. l.* 13. §. *ult. l. Sabinus.* 18. *eod. l.* 13. *in pr. de lib. & posth.* Atque hac eadem ratione defenditur quod rescriptum est in *l.* 3. *C. de test. mil.* militem, quia filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia instituisset, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres partes videri voluisse hæreditatem dividere: non autem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere; quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures, sive pauciores partes testator fecerit; tacito jure in duodecim semper hæreditas resolvitur, *d. l.* 12. §. 1. *hoc. tit.* VINN. Non absona videtur viri doctissimi A. A. Pagenstecheri conjectura *in Aphor. jur. hoc tit.* §. 109. hanc assis distributionem arcessentis à ritu testandi per æs & libram: saltim as videtur datus pro asse hæreditatis. Eo verò quum notus as hæreditatis emeretur: posses inde & rationem reddere antiqui axiomatis: *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere.* HEIN.

Si unus ex semisse, totus as in semisse) Quando unus tantùm hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si toto asse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. Cæterum magis, ut opinor,
3 ex subtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim testato partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quàm ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantùm non dato cohærede ex parte aliqua scripturus est, quàm ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres singuli ex uncia scripti sunt, commodissimè dicitur, arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse: quod secus est, si unum tantùm institutum proponat in quadrante sive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamentis paganorum, *l.* 3. *C. de test. mil.* hoc tamen casu diversum jus esse propter de regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, & uno tantùm hærede in certa assis parte instituto à pagano, hanc partem reliquas ad se trahere; si à milite, residuum hæredes ab intestato laturos, rectè judicavit D. Viglius: quod & in Græcis Institutionibus disertè expressum est, & tantùm non etiam in *l. quærebatur.* 19. *de test. mil.* Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo: perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l. Cohæredi.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit; successionis universi juris, cujusmodi est hæreditas, & acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahitur rei mentio, & hæredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurrit, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. *si duo*, 13. *hoc tit.* Sed & hoc secus se habet in testamento militis: quoniam & ipsum est ex subtilitate juris, atque ex vi superioris regulæ, quæ ad militaria testamenta non pertinet, *l.* 6. *de test. mil.*

Ex parte testatus, ex parte intestatus) Jus nostrum non patitur, inquit Pomponius eundem in paganis testato & intestato decessisse, *l.* 7. *de reg. jur.* quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tamquam ajentia & negantia, & ideo eidem inesse, aut de eodem subjecto verè pronuntiari non possint, ex regula logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest, unum atque eundem in totum aut secundum eamdem partem & testatum & intestatum decessisse: at nihil prohibet ex oppositionis quominus dicamus, eundem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Verum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio, ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici successionis genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Et hoc est, quod scribit M. Tullius *lib.* 2. *de invent. cap.* 21. *unius pecuniæ plures dissimilibus de causis hæredes esse non posse; nec unquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege hæres esset.* Cujus rei hanc rationem affert Gomez 1. *resol.* 3. *n.* 3. & 10. *n.* 27. quod absurdum sit, per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eumdem per fictionem, quæ naturam imitatur, §. *minorem.* 4. *sup. de adopt.* l. 5. *de acceptil.* repræsentari, vid. & D. Hotom. *hic.* Ego autem arbitror, naturaliter in *d. l.* 7. *de reg. jur.* positum esse, pro eo quod recepti pas-

passim moris erat, ut & alibi interdum, *l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. ult. locat.* Et sic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex naturæ hæc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* Id est, lex consuetudinis generalis deducta ab aliqua ratione naturali, *l. 14. de stat. hom.* Nam regula ista è solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porro Regula descendit, quamquam non tamquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente, pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll. l. liber homo. 59. §. 3. hoc tit.* Planè illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hæreditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hæredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l. 13. in fin. l. circa. 24. & l. seq. §. 1. de inoff. test.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facto decessit, hæreditas ex testamento adita fuerit; ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet, *per l. pen. §. 2. de castr. pec.* Et igitur si quis solus ex certa parte institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expressè prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l. 4. qui test. fac. l. pen. §. 2. de castr. pec.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo. §. de legat. 1.* ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento & simul ab intestato. Alterum ergo dicamus necesse est, vel cum Bart. *in l. 9. §. si duo. 13. hoc tit. & in l. si quis. 29. ad SC. Treb.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere hæredi scripto, vid. Gomez 1. *resol. 10. n. 10. & seq.* vel, rato manente testamento, prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere hæredi instituto. Quæ sententia rationi juris magis consentanea est, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, perspicuè patet, & numero etiam suffragiorum vincit, testibus Vigl. *hic* Clar. §. *testamentum, q. 74.* Christin. *vol. 4. decis. 11. n. 6.* Non obstat huic sententiæ, quod Ulpianus *in l. 9. §. si duo. 13. hoc tit.* scribit, & Vasquius *lib. 1. de succ. creat. §. 3. num. 6.* objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissimè refragetur: quippe qua clausula non hoc Jurisconsultus significat, si testator prohibuerit reliquam hæreditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem, aut partes eas relinquendas legitimis successoribus: sed quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec res nec partes nominatæ essent, *d. l. 9. §. si duo. 13. & l. seq.* in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tamen ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex facto. 35. in pr. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de hær. inst.* & à qua non abhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut hæres ille partes reliquas, accrescere testator noluit, tamquam ex fideicommisso teneantur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur *l. 7. l. 17. & l. si quis. 29. ad sen. Treb. & §. 3. inf. quib. mod. test. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet: quoniam favet voluntati morientium, salva ratione juris: eoque accommodari potest clausula *in d. l. 9. §. si duo. 13.* de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster: sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris, manifestè facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas testator scriptum hæredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro penitus incognita est: quòd cùm nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine conctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo ea proposuisset.

Nisi sit miles, cujus sola voluntas) Quæcumque subtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis

6 eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra *tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet, eumdem ex parte testato & intestato decedere: & ideo de paganis tantùm eam concepit Pompon. *l.* 7. *de reg. jur.* Igitur si miles, verbi causa, unum ex fundo hæredem scripserit, non detrahitur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, & locus fit legitimis hæredibus, *l.* 6. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* Quod & tunc obtinere credimus, quando unum hæredem scripsit ex parte aliqua hæreditatis, *per l. quærebatur.* 16. *d. tit.* Sed etsi plures hæredes instituerit & unus omiserit hæreditatem, pars omissa ad alios non redebit, sed deferetur hæredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. si duobus.* 37. *eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore hæredem miles instituere possit, ut quo tempore hæres scriptus non est, intestati hæreditas deferatur, *l.* 15. §. 4. *l. miles ita* 41. *in pr. eod.* vid. Duar. *ad tit. de test. mil. cap.* 4. Sich. *ad*
7 *l.* 1. 2. *&* 3. *C. eod.* In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani D. Grot. 2. *man. cap.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *num.* 48. *& seqq. & decis.* 312. *& vol.* 4. *decis.* 10 *num.* 3. Zypæ. *not. jur. Belg. de testam. in pr.* Unde quæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi? Et quidem ubi unus tantùm ex re certa vel parte aliqua hæreditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet hæredi scripto, quàm jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis, sed ad hæredes ab intestato pertinebit, *arg. l.* 6. *l. quærebatur.* 19. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* idque etiam fatentur Christin. *decis.* 312. & Gudelin. *d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubiè censuerunt, si plures quidem scripti sint, sed ex partibus inæqualibus; idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Rom. accretionem impedit inter collegatarios. De quo sub §. *si eadem.* 8. *inf. de legat.* Ego idem dixerim, etsi singulis singulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti singuli ex quarta bonorum parte; videlicet partem vacantem hic non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimos hæredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt, aut in eadem partem hæreditatis vocati, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consuetudinario cæteris accrescere debere, quàm si ex verisimilibus saltem conjecturis appareat, eam fuisse voluntatem defuncti; cujus rei probatio cohæredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti pro parte omissa intestati, aut exitum intestati passi, plus ad eos redeat, quàm eis datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie veteres secuti sunt in testatore milite, *l. si duobus.* 37. *de test. milit.* cui non obstat *l.* 1. *C. eod.* quia ibi ex parte hæres institutus proponitur, qui & ipsi militi ab intestato successurus erat; nimirum frater militis: & ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit: quia pro ea parte miles intestatus decessit. Cæterum contraria sententia prævaluit hac ratione, quasi jus accrescendi proposito non descendat ex potestate juris, sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola conjunctione æstimetur. D. Grot. 2. *manuduct. c.* 23. Gudelin. *d. c.* 5. Christin. *d. decis.* 51. *n.* 48. ac plerisque persuasum fuit, etiam olim in testamento militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant, id obtinuisse: nisi hæredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, *arg. l.* 1. *C. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumptionem fuisse; quod miles uti voluerit jure communi. Qui perspicuus error est: nec veterum hanc sententiam fuisse apparet ex *d. l.* 37. Nam posito, quod jus accrescendi ideo in militis testamento cessat, quia militi concessum, ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere; etiam ubi jure communi id permissum est, idem est dicendum, vid. Ant. Fab. *dec.* 72. *err.* 5. *&* 6. Don. *in d. l.* 1. *C. de test. milit.* Duar. *d. cap.* 4. Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 15. *num.* 110. *& lib.* 3. *de succ. creat.* §. 24. *n.* 41. *& multis seqq.*

TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum.

Si testator assem non diviserit, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit.

6. *Si plures instituantur hæredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si no-*

nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte hæres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent. Si verò totus aut completus sit ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte hæres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

Notæ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex æquis*) *L. 9. §. 12. h. t.* fac. *l. 19. §. ult. de leg. 1.* Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantùm personæ potestate fungi, v. g. si testator ita dixerit, *Titius hæres esto, Sejus & Mævius hæredes sunto.* Aut si, *Titius & fratris mei filii hæredes sunto.* Hic conjuncti unum semissem, Titius alterum habebit; *l. 15. pr. l. 59. §. 2. hoc tit. l. 34. de leg. 1. l. un. §. 10. C. de cad. toll.* nisi celeritatis gratia conjunctio facta doceatur, *l. 66. h. t.*

Si verò totus as completus) *L. 17. pr. §. 3. & 4. eod.* Breviter, qui sine parte scriptus est, vacantem portionem vel alium assem occupat, *l. ult. sec. tab.*

In dimidiam partem) Id est, in semissem reducta ratione ad solemnem assis distributionem: alius in alterum assem; eadem enim proportio est.

Commentarius.

1 *Inter institutos sine partibus pariter hæreditatem dividi, etiamsi testamento non facto inæqualiter fuissent successuri.*

2 *Quantum, expleto dupondio, qui sine parte scriptus est, habere debeat?*

3 *Perperam Hotomannum* in l. 17. §. ult. hoc tit. *pro triente substituere tentassem.*

4 *Quæ in re error Hotomanni maximè conspicuus.*

Intelleximus, quid juris sit, si unus tantùm hæres scriptus proponatur: nimirum eum & solum hæredem fore, atque ex toto asse, non tantùm si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verùm etiam si ex parte dumtaxat hæreditatis, atque adeo, si ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. 1. & 2. *seqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus institutis, quasque in portiones singuli vocati intelligantur? Distinguendi autem, ut ex progressu apparet, tres articuli. Primus est, si plures instituti sint sine definitione partium: alter, si quidam ex certis partibus hæreditatis instituti, si quidam indefinitè seu sine partibus, tertius, si omnes partibus expressis.

Nullis partibus nominatis ex æquis partibus.) Hic primus articulus est, qui omni caret scrupulo propter evidentiam voluntatis testatoris, qui, si institutos voluisset impariter succedere, partes utique expressisset, *l. 9. §. hæredes 12. hoc tit.* qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata *l. 19. §. ult. de legat. 1.* Quin etiam eam- 1
dem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem sequimur, etsi qui sine partibus instituti sunt, non facto testamento in stirpes aut portionibus inæqualibus, ab intestato fuissent successuri: quia testamento facto, jam non jure proximitatis aut repræsentationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex judicio & voluntate defuncti, cui legitimæ successioni per testamentum suum derogare voluisse credendus est, nisi ex conjecturis contrarium elici possit. Ita post alios Wesemb. *hic, & in parat. eod. n. 6.* Mantic. *de conject. ultim. vol. lib. 4. tit. 11. n. 11.* Ilud in universum tenendum, si conjuncti & disjuncti commixti sint, conjunctos unius personæ potestate fungi, *l. planè 34. de legat. 1. l. un. §. his ita 10. vers. sin verò, C. de cad. toll.* veluti in hac institutione: *Titius hæres esto: Sejus & Mævius hæres sunto*; semissem Titius & tantum solus feret, quantum duo conjuncti Sejus & Mævius, *l. liber homo 50. §. 2. hoc tit.* Conjuncti etiam, & vel maximè sunt, qui nomine collectivo instituuntur, *l. 13. in pr. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* de cujus conjunctionis potestate Mantic. *d. loc. num. 12. & 2. seqq.* Vasq. *lib. 3. de succ. prog. §. 21. num. 33.*

Partibus in quorumdam personis expressis.) Hic articulus secundus est, & complectitur tres casus: nam partes adscriptæ aut non exæquant assem, aut exæquant, aut superant: duo priores hic tractantur; tertius §. 8. Primum quod attinet, ait, si partibus in quorumdam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod superest, eum vel eos, quibus pars apposita non est, habituros, verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium sine parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *l. item quod 17. in pr. eod.* atque omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatæ assem exæquent sive expleant; de quo sic breviter hic Imperator: *Si totus as comple-*

pletus sit, ii qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nimirum cum asse expleto alius sine parte hæres scriptus est, hic, quid ad nullam residuam asis partem restringi potest indefinitè scripti institutio, verisimile est, testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hæreditatem distribuere. Et consequenter ergo qui sine parte scriptus est, in alium illum assem veniet aut si plures omnes in eumdem, *d. l.* 17. §. 3. & 4. vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Justinianus, venient indefinitè scripti in semissem; eadem enim utrobique proportio est. Similiter si quis du-
2 pondium distribuerit, & tertium sine parte hæredem scripserit; ad tripondium transitum fecisse intelligitur: & ideo qui sine parte institutus est; in tertium assem veniet, sive re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* eaque mens est Jurisconsulti *in d. l.* 17. §. *ult.* cum ait, distributo dupondio sine parte scriptum non in alium assem, sed in trientem venire, non in alium assem oppositum dupondio ad assem prius revocato, sive qui distributione testatoris ad solemnem unius asis rationem redacta efficiat semissem totius hæreditatis, ut ille solus tantum capiat, quantum alii omnes, uti fit, cum quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie tractaverat, §. 3. & 4. sed in eam partem dumtaxat, qua ratione ad unum assem revocata, efficiat illius asis trientem, atque in distributione testatoris sive in tripondio uni asi sive 12. tantùm unciis ἀναλόγως respondeat. Non est igitur ferenda Francisci Hotomanni confidentia, qui locum istum Jurisconsulti mendosum esse contendens pro *trientem* reponi vult *tressem*, vel *tripondium*; quasi Jurisconsultus ita scripsisset: *Qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem, sed in tressem venit.* Quæ oratio manifestè aut in totum falsa est, aut implicat contradictionem. Falsa, si tressem accipimus pro tribus asibus conjunctim sive pro unciis 36. in quas tota hæreditas divisa proponitur: sic enim foret, ut totum ferret solus, qui sine parte scriptus est. Contradictionem habet, si eadem vox accipiatur discretim pro asse tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, non venit in alium assem*, apertè contraria est illa: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, venit in tressem*, si hoc in tressem venire, in novum, in alium, in tertium assem venire. Quid est verò, quod Hotomannum impulit, ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormen quamdam sententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam senior, suamque ope defendere conatus est, *lib.* 8. *obs. c.* 2. Putavit Hotomannus, quemadmodum asse completo, is, qui sine parte nominatus est, in alterum esse venit, reque ad unum assem revocata aufert semissem, simili modo, impleto dupondio, eum, qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semissem ferre deberet nec rationem pati, ut hic tantùm trientem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cùm huic opinioni suæ videret obstare d. locum Ulpiani scriptum manifestissimè in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit, ut pro *in trientem venit*, sustituerit *in tressem venit.* Quæ verba, si Hotomanno credimus, significabunt, aufert proportione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quàm hæc Hotomanni opinio: nec nihilum proficit mutata lectione: quippe cùm in tressem venire duobus tantùm modis quis dici possit, & iis, quos paulo ante indicavi, miror, virum alias acutissimum non potuisse videre harum rerum minimè obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quæque discerpitur, eo minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hæreditatis: ac proinde si hæreditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in quæstione proposita, cum exhausto dupondio aliquis sine parte hæres scribitur, non potest nec debet, is, cui pars adscripta non est, tantum ex toto, hoc est, ex hæreditate consequi, quantum is, qui asse solùm exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hæreditas divisa est solummodo in uncias 24. Quid enim tam manifestum est, quàm minores esse uncias in tripondio, quàm in dupondio atque in hoc iterum minores, quàm in asse, omninoque ratione ad assem solemnem reducta, unam unciam proportione respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Sumamus exempla facillima, & prope puerilia cum Hotomanno. *Primus ex* 12. *unciis hæres esto. Secundus hæres esto.* Hic secundus sine parte institutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim unciis. Secundus item ex* 12. *unciis hæredes sunto. Tertius quoque hæres esto.* Hic tertius itidem habebit 12. uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant, quantum casus priori: illic enim singulæ semunciam, hic binas solùm sextulas sive tertiam unciæ partem valent. Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maximè conspicuus est.

est. Is in proposita specie Tertio sine parte scripto initio nihil, Primo & Secundo singulis partis suæ dimidiam detrahit, id est, uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cùm Tertius 12. Primus & Secundus singuli 6. tantùm uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad assem revocat, ut Primo item & Secundo singulis partis suæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id est, ternæ unciæ detrahantur, Tertio senæ, ut unum hic semissem solus; alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minimè ferendum est. Nam cum Tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur, quàm duo illi, in quorum persona partes expressæ sunt, & vocetur in partem partibus expresis æqualem, æqualem quoque detractionem cum cæteris pati debet: ideoque in proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in singularum portionibus detractiones fiunt. Prima fit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciæ 4. altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut as relinquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio est, cum dupondio superato, aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato, sed expleto tantùm: itaque ut illic in id, quod tertio asi deest, sine parte scriptus vocatur, *l. Sabinus* 18. *eod.* ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet: add. Anton. Fabr. 5. *conj.* 20. Bachov. *in Tertul. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 4.

TEXTUS.

Si pars vacet, aut exuperet.

7. *Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit; veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacitè pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti portionibus sint, tacitè singulis decrescere; ut si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset.*

NOTÆ.

7. *Ex quartis partibus*) Id est, singuli ex quadrante, seu tribus unciis. Et ita quoque, quod mox sequitur, *ex tertiis partibus*) id est, ex trientibus sive unciis quatuor.

COMMENTARIUS.

HIc locus pertinet ad articulum tertium, cùm hæredes omnes instituti sunt ex tertiis partibus. In hoc articulo si testator solemnem asis distributionem secutus, non pauciores, neque plures partes sive uncias fecerit, quàm duodecim: nihil est, de quo dubitari posit. Tantùm si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat? Placuit autem, adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, sed pro rata ejus partis, quæ cuique adscripta est. *l.* 13. §. 2. *& seqq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.) Hoc est, si tres instituti sint singuli ex quadrante sive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem.* Id est, quadrantem reliquum, sive tres uncias, quæ asi desunt. *Pro hæreditatis parte.* Hoc clarius apparet, cùm adscriptæ sunt partes inæquales; veluti si testator ita dixerit, *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse hæres sunto.* Hic enim ex tribus unciis, quæ asi explendo desunt, una Titio, duæ accrescunt Mævio, *d. l.* 13. §. 3. perinde ac si ille ex triente: hic ex besse scriptus esset. Accrescunt autem partes residuæ singulis necessario & eadem ratione, qua uni hæredi ex parte scripto reliqua hæreditas accrescit; quia scilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex testamento, partim ab intestato succedatur.

Si quatuor ex tertiis partibus, &c.) Hoc est, si quatuor instituti sint, singuli ex triente sive ex unciis quatuor. *Tacitè singulis decrescere.* Pro parte item hæreditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis, Primus ex sententia veterum habebit hæreditatis bessem, Secundus trientem, *d. l.* 13. §. *sed si* 4. *hoc tit.* Et ἀναλόγως, si primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. scripti sint; portio Primi major erit sesquuplo vel epitrito, quàm Secundi: à qua tamen Veterum sententia videtur recessisse Justinianus, *l. cum quæstio* 23. *C. de legat.* nisi dicamus cum Donell. *lib.* 6. *comm. c.* 22. interesse, utrum asse sive duodecim unciis Primo relictis, mox semis aut sex unciæ Secundo relinquantur simpliciter, an sex unciæ aut dimidia nominatim ejusdem rei aut totius quod relictum est. Et hoc posteriore casu locum dumtaxat esse constitutioni Justi-

ſtiniani, qui & initio ſpeciem ita proponit; priore non item. In quo Donello aſſentior: nam prior caſus, de quo nulla inter veteres diſſenſio, Juſtiniani deciſione non indigebat. Illud addo, poſſe & aliam rationem in re propoſita iniri, ut progreſſus fiat ad dupondium, & ſingulis pro portione hæreditaria accreſcat, quod dupondio deeſt. Sed & tot partes, quot à teſtatore factæ ſunt, in diviſione ſervari poſſunt, ut ſinguli ſuas ferant, *l.* 15. §. *ult. l. ſi ita* 47. §. 1. *leg. ex unciis* 87. *hoc tit.* VINN. Conſtitutio Juſtiniani binas tractat ſpecies: Priore ponitur, Titium fundum Cornelianum uni legaſſe in ſolidum, deinde alteri partem ejuſdem dimidiam. Hic Sabiniani ſequendam putabant proportionem geometricam, *l.* 80. *ff. de leg.* 1. *l.* 13. *ff. de lib. & poſthum. l.* 47. *ff. de hær. inſtituend.* Proculiani autem præferebant proportionem arithmeticam. Hinc illi priori legatario beſſem, alteri trientem; hi utrique partes æquales adjudicabant. Quorum ſententiam probat Juſtinianus. Poſterior ſpecies ponit, Titium fundum Cornelianum bis legaſſe uni, deinde ſemel alteri, vel eumdem fundum primum Mævio ſeparatim, deinde Mævio & Sempronio conjunctim legaſſe; hìc denuo quidam priori beſſem, poſteriori trientem; alii utrique partes æquales adjudicabant, ob eaſdem rationes. Horum ſententiam Juſtinianus confirmat. Merill. *in l. Deciſ. c.* 29. *p.* 372. Nullo modo ergo hæc conſtitutio adverſatur doctrinæ hujus §. in quo non de legato, ſed de aſſe hæreditario quæſtio eſt. HEIN.

TEXTUS.

Sed plures unciæ, quàm duodecim, diſtributæ ſunt.

8. *Et ſi plures unciæ, quàm duodecim diſtributæ ſint, is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt, habebit. Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit. Quæ omnes partes ad aſſem poſteà revocatur, quamvis ſint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1 *Caſus aliquot hìc omiſsi recenſentur.*

RECtiùs hic §. ſubjectus foret §. 5. propter convenientiam propoſitorum in utroque caſuum, qui ad eumdem articulum, atque ex tribus, in quos præſens diſputatio diviſa eſt; ad ſecundum pertinent, nempe cùm quidam definitè, quidam indefinitè ſcripti ſunt, ut in explicatione noſtra illic videre licet.

Quod dupondio deeſt) Eadem ratio eſt in ſecundo aſſe, quæ in primo: & ideo quemadmodum aſſe, non expleto, is, qui ſine parte ſcriptus eſt, vocatur in id, quod deeſt aſsi, ita ſi teſtator ſuperato aſſe, dupondio tamen non expleto, ſine parte hæredem ſcripſerit, is quod ex dupondio deeſt, habebit, ad quem teſtator aſſem excedens tranſire intelligitur, *l.* 18. *hoc tit.* Quamobrem ſi ita ſcripſerit, *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *hæredes ſunto. Tertius hæres eſto.* Hic tertius item octo uncias, quot dupondio deſunt, feret. Eadem ratione, ſi ita ſcripſerit, *Primus ex ſex; ſecundus ex octo hæredes ſunto. Tertius hæres eſto.* Tertius decem quæ ſuperſunt in dupondio habebit, *l. ex unciis* 87. *hoc tit.* Quod ſi partes, uti fit, ad unum aſſem revocamus, in priori ſpecie, ſinguli trientem, in poſteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius ſine parte ſcriptus quicuncem feret.

Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit) Expletus videtur dixiſſe pro *ſuperatus*: neque enim hìc de expleto aſſe aut dupondio quæritur, ſed de ſuperato; qui caſus ab illo diverſus eſt: quamquam utriuſque eadem ratio, *l.* 17. §. *ult. eod.* & tam is, qui, aſſe aut dupondio expleto: alium ſine parte hæredem fecit, ad dupondium vel tripondium creditur tranſiiſſe, quàm is, qui id fecit aſſe aut dupondio jam ſuperato; ut quemadmodum hic ſine parte ſcriptus in id, quod dupondio aut tripondio deeſt, vocatus intelligitur, ita illic in novum, hoc eſt, ſecundum aut tertium aſſem. Sunt & alii caſus, qui ad inſtitutam diſputationem pertinent, à Triboniano omiſsi, & fortaſsis de induſtria: velut 1. ſi quis ſolus inſtitutus ſit, non ſimpliciter aut ex parte hæreditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo: quam inſtitutionem valere placet, quaſi mentio fundi facta non eſſet, & inſtitutum bonorum omnium hæreditatem conſequi, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l. cohæredi* 42. *in fin. de vulg. & pup.* de qua dixi §. 5. *ſup. eod.* 2. Si plures inſtituti omnes item ex re certa: atque hoc caſu ſimiliter mentio rei & partium quoque nominatarum poteſtate legis detrahitur, etiam tunc cùm ex partibus rei inæqualibus inſtituti ſunt, nisi aliud ſuadeat manifeſta voluntas teſtatoris: tunc enim partium expreſsio valebit ad rerum diviſionem, ut officio judicis familiæ erciſcundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus aſsignavit teſtator, hæreditas ſingulis adjudicetur, *l.* 9. §. *ſi duo* 13. *l.* 10. junct. *l. ex facto* 35. *in pr. eod.* 3. Si plures inſtituti, eorum-

rumque quidam ex re certa, quidam simpliciter aut ex parte hæreditatis. Hoc casu placuit, solos hæredes fieri, qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti sunt, ex re singulari scriptos legatariorum loco esse, *l.* 13. *C. eod.* Cur verò tam variè? Nimirum ideo, quia ubi soli sunt instituti ex re certa, hìc si testamentum subsistere volumus, atque ex eo, quod utique testator voluit, deferri hæreditatem, necessario detrahenda est rei mentio, cùm hæc simul stare non possint, hæredem esse, hoc est, universi juris successorem, & rem tantùm obtinere singularem. At verò cùm concurrunt cum his alii rectè hæredes scripti vel indefinitè, vel ex certa parte hæreditatis, nulla necessitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures scripti sunt, detrahamus, cùm rem illam habere possint, tamquam ex legato, idque salva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per cohæredes simpliciter vel ex parte scriptos sustinetur. Planè si hæredes universitatis defecerint, quod adire hæreditatem noluerint, aut ante mortui sint; tunc ex communi opinione Doctorum in *d.l.* 13. idem per omnia erit, ac si instituti ex re singulari ab initio soli fuissent: quamvis nonnulli hanc sententiam non aliter admittant, quàm si cohæredes defecerunt vivo adhuc testatore, quos sequitur Bachovius hìc, vid. Gomez 1. *resol.* 10. *num.* 13. Grass. §. *institutio q.* 22. *n.* 3.

TEXTUS.

De modis instituendi.

9. *Hæres & purè & sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest; veluti*, post quinquennium, quàm moriar; *vel*, *ex* Calendis illis, *vel* usque ad Calendas illas hæres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse: ac si purè hæres institutus esset.*

NOTÆ.

9. *Sub conditione*) *V. C. Titius hæres esto, si Mæviam uxorem duxerit*) Hìc institutio in pendenti est, & si quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si purè facta esset institutio: si conditio defecerit, insticutio evanescit, deferturque hæreditas ab intestato, *l.* 26. *de cond. inst.* fac. *l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.) Ratio est, quia regula, quæ vetat, eumdem in paganis testato & intestato decedere, etiam in spatio temporis locum habet, *l.* 41. *de test. mil. l.* 8. *C. eod.* ubi quod traditur, est ex prærogativa privilegii militaris. Cessat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, *l.* 75. *de cond. & dem.*

Usque ad Calendas) Occurrit hìc etiam specialis ratio, quia juri nostro non convenit temporalem hæredem habere, *l.* 7. §. 10. *de minor. l.* 88. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Captatoria institutio quæ veteribus dicta?*
2 *Suos hæredes omnes sub alia conditione institui non posse, quàm quæ in eorum sit potestate.*
3 *Diem certum institutioni appositum, sive ut terminum à quo, sive ut terminum ad quem, pro supervacuo haberi.*
4 *Cur dies certus institutioni adjectus ut terminus à quo non suspendat institutionem, similiter ut adjecta conditio.*
5 *Moribus hodiernis hujusmodi subtilitates insuper haberi.*
6 *In testamentis diem omnem incertum conditionem facere.*
7 *An si cui bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem ejus alius hæres institutus, legatum valeat?*

HIc se nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo hæredes instituendi, deque iis, quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: sed non omnia quæ eo pertinent Imp. tangit, contentus, quæ præcipua sunt, de conditione & die adjectis quædam indicasse. Ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, isque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis sive directis, an inflexis, nihil referat, *l.* 15. *C. de test. & ibi* DD. Deinde ita fieri debere, ut de persona hæredis certo constare possit, vel ex nomine, vel ex indubitabili signo: alioqui vitiari institutionem, *l.* 9. *in pr.* junct. §. *si quis.* 8. *& seq. in tempus.* 62. §. 1. *hoc tit. l.* 4. *c. eod.* Item inutilem esse institutionem, si testator non certo consilio hæredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum institutio, quæ 1
in alienam voluntatem confertur, veluti si quis dixerit, *Quos Titius voluerit, hæredes sunto. l. illa institutio.* 42. *l. si quis.* 68. *eod.* tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hæredita-

tis causa, cùm testator suam hæreditatem tamquam in hamo defert, ut allectet alienam: puta hoc modo, *Qua ex parte Titius me hæredem faciet, ex eadem mihi hæres esto*, *l. captatorias.* 70. *cum l. seq. eod. l. captatoriæ.* 64. *de legat.* 1. cujusmodi institutiones etiam in testamentis militum improbantur, *l.* 11. *C. de test. mil.* Hoc autem modo concepta institutio valet, *Qua ex parte Titius me hæredem fecit, ex eadem hæres esto.* Quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, *l. illæ autem.* 71. *l. Clemens.* 81. §. 1. *hoc. tit.* Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias.* 70. *eod.* Valent itaque haud dubiæ & mutuæ conjugum institutiones, D. Tulden. *in c. de test. mil. n.* 9. ubi obiter refellit Jo. Dechkerum hanc sententiam oppugnantem *lib.* 1. *dissert.* 7. De captatoria institutione eleganter Menoch. *consil.* 408. Ant. Fab. *c. suo de hær. inst. defin.* 11. post Cujac. 16. *abs.* 11. Duar. *c.* 3. *hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus. VINN. Sed reliquorum omnium industriam superavit Vir Illustris, Corn. van Bynkersh. *de captator. instit.* quæ dissertatio inter reliqua ejus opuscula habetur. HEIN.

Sub conditione institui potest.) Conditio est adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aut fieri volumus, suspenditur: eaque vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur, & pro non scripta habetur, de qua mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atque existente conditione vires capiat, perindeque habeatur ac si purè facta esset: deficiente evanescat; & hæreditas deferatur ab intestato. Solius persona filiifam. excipitur, qui vetatur sub alia conditione hæres institui, quàm quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exhæredetur, ne, si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.* 4. 5. 6. *l. jam dubitari.* 86. *hoc tit. l.* 15. *l. ultim. de cond. inst.* Tantumdem nunc dicendum de cæteris liberis, qui in potestate sunt & sui hæredes, postquam hi omnes filiofam. exæquati, §. 5. *sup. tit.* Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus esse, ut si suus hæres in incertum eventum institutus sit, institutio non vitietur, sed potestate juris detrahatur conditio usque ad portionem legitimam, quæ gravari prohibeatur ulla dispositione moram aliudve onus afferente, *per l. quoniam* 42. *C. de inoff. test.* Non enim animadvertunt, agi isto loco non de liberis institutis, sed exhæredatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cùm in *l. omni modo.* 30. *& l. seq. C. eod.* jussisset cessare querelam inofficiosi, si quid liberis, omnino relictum esset, supplerique, si minus relictum, quod legitimæ deest, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur; nisi aut tota legitima portio relicta esset, aut si minus, adjecta clausula, ut si quid deesset, id boni viri arbitratu repleretur, in *d. l. quoniam* 42. Quæ mox sequitur, superiores sanctiones temperat, easque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissimè voluit & titulo institutionis legitimam relinqui, *Nov.* 115. *c.* 3. de quo plura *tit.* 18.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest) Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore, &c.* quibus verbis tacitè innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & quæ hìc traduntur, non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est. Dies aut est certus, aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus: cùm certum est & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni forte apponi potest; vel ut terminus à quo, veluti, *Post quinquennium, quàm moriar hæres esto*, vel ut terminus ad quem, veluti, *Usque ad quinquennium hæres esto.* Neutro autem modo apponitur utiliter. Et hoc est, quod Imp. ait, hæredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse, non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies ut vitiosè adjectus rejiciatur & habeatur pro non scripto: ita enim se statum explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse, ac si purè istitutio facta sit. Breviter Jurisconsultus, *l. hæreditas.* 34. *hoc tit. Hæreditas* inquit, *ex die* vel *ad diem non rectè datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio.* Quod dies tollitur, benevolentiæ est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio; ex regula, qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere, proposita & à nobis exposita §. *hæreditas.* 5. *sup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantùm, verùm etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, *l. miles ita* 41. *in pr. de test. mil.* Peculiaris quoquè ratio est, cum dies adjicitur tamquàm terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem hæredem habere, sed is, qui semel hæres extitit, semper hæres maneat necesse est, *l.* 7. §. *sed quod* 10. *de minoribus, l. ei qui*

88. *hoc tit.* De altero illo quæsierit aliquis, cur cum hæres ex certo die instituitur, non æquè placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat, nullum interim hæredem esse, ac cum quis instituitur sub conditione, & quid intersit, ita scribam, *Titius post quinquennium hæres esto*, an, *Titius hæres esto, si uxorem duxerit*? Hoc interest. Conditionis ea est vis ac natura, ut actum omnem, cui adjicitur, jurisque effectum suspendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, existente perinde habeatur, ac si ab initio res sine conditione gesta esset, *l.* 8. *de per. & comm. rei vend. l.* 11. §. 4. *qui pot. in pign.* Proinde cum hæres sub conditione institutus est, in pendenti est tota dispositio testatoris, & siquidem defecerit conditio, nulla dispositio facta intelligitur, statimque defertur hæreditas ab intestato; si extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est, purè dispositum intelligatur, *l. si pupillus* 26. *de cond. inst.* Dies verò certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod numquam suspendit vim aut effectum juris; tantùm ad hoc utiliter rei alicui, veluti legato aut stipulationi adjicitur, ut remoretur executionem, §. 2. *inf. de ref. de verb. obl. l. cedere diem.* 213. *de verb. sign. l.* 17. *de reg. jur. l. si dies.* 21. *quand. dies legat.* Quod si ergo hæres ex certo tempore institutus ante id tempus hæres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suam naturam suspenso juris effectu, ideoque statim potius admittendus, præsertim cùm certum sit, diem exiturum esse, quod secus est in conditione. Ita post Jacob. de Aret. Bart. & Bald. disputat Gomez. 1. *resol.* 2. *n.* 8. Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita, ut conditio, existens retrotrahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi & continuari cum tempore mortis testatoris quam tamen continuationem jus requirit, *l. hæres.* 54. *de acq. hær. l. omnis.* 138. *de reg. jur.* nisi toto inter. medio tempore subducto: nam si id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim hæres sit; sed causæ intestati interim locum facimus: quod juris ratio non patitur. Nostri & Gallorum mores hujusmodi subtilitates aversantur: sed ubi receptum est, ut unicuique pro portione bonorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quisque hæredem facere potest, & ex certo tempore, ut aut post tempus, aut antequam dies veniat, intestati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum solummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum; *l.* 15. §. 4. *l. miles.* 41. *in pr. de test. mil.* vid. notat. *sub.* §. *hæreditas.* 5. *sup. eod.* Hæc dicta sunto de die certo. Dies incertus, aut prorsus & simpliciter talis est, cùm scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit, *Titius hæres esto, cùm consulatum inierit; cùm uxorem duxerit*, aut secundum quid, cùm alterutrum incertum est, & vel ignoratur, an venturus sit dumtaxat; veluti si ita scriptum sit, *Titius, cum erit annorum quatuordecim, hæres esto*: vel tantùm quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit, l. dies* 75. *de cond. & dem.* Cujus definitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahitur, sed suspendit dispositionem, ita & dies incertus, atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit, & quando; vel etiam unum illud, an sit venturus; dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l. si dies.* 21. *& l. seq. quand. dies leg.* At si certum sit, exiturum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres esto, cùm Sempronius morietur*, diem pro conditione esse; quia fieri potest, ut hæres scriptus ante Sempronium moriatur; quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur, *Hæres meus, cùm morietur, Titio decem dato, l.* 1. §. *de cond. & dem. l.* 4. *in pr. quando dies leg.* Si verò ipsi hæredi adscriptus sit, veluti, *Titius, cùm morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribatur, facit *d. l.* 4. §. 1. *l. hæres meus.* 79. *in pr. de cond. & dem.* & ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc hærede omnimodo extiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam: quæ & communis interpp. sententia est in *l.* 9. *C. hoc tit.* teste Gomez. 1. *resol.* 2. *n.* 11. Illud appertè falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale legatum, *Titio, cum morietur, decem do, lego*, conditionale esse, contra textus expressos, *in d. l. hæres meus.* 5. 79. *de cond. & dem. & in d. l.* 4. §. 1. *quan. dies leg. ced.* Singularis casus institutionis ex die incerto est, cùm quis instituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. in tempus.* 62. *h. t.* qui tamen casus à doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpli-

citèr incapaces ſunt, ſed ſecundum quid; quales ſunt orbi, cœlibes; quos proculdubio hæredes inſtituere licet, cùm liberos ſuſceperint, cùm uxores duxerint. Angelo abſurdum non videtur etiam deportatum ſic inſtitui, cum reſtitutus erit. Utique rectè idem Angelus reſponſum iſtud Juriſconſulti in *d. l. in tempus.* 62. ſic temperandum exiſtimat, ut locum habeat cùm incapacitas eſt ex parte inſtituti dumtaxat, non etiam ſimul ex parte teſtatoris: nam ſpurium hoc modo, *cum capere poterit*, à patre
7 inſtitui non poſſe. De illo quæſitum eſt, ſi, verbi gratia, uxori bonorum omnium uſusfructus legatus ſit, & poſt mortem ejus Titius hæres inſtitutus, an legatum valeat? multis viſum eſt, tale legatum eſſe inutile, quoniam dies uſusfructus legati non prius cedit, quàm hæreditas adita ſit, *l. un.* §. 2. *quando dies uſufr. leg. ced. l.* 2. & 3. *quand. dies legat. l. un.* §. *libertatib.* 6. *C. de cad. toll.* in propoſito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione eſt; poteſt confirmari legatum uſusfructus adita poſt mortem uxoris hæreditate, quia uſusfructus morte extinguitur. Pluribus tamen viſum eſt valere, quibus aſſentior. Etenim in caſu propoſito inſtitutio hæredis conditionalis non eſt, ſed purè in proprietate facta ex mente teſtatoris intelligi debet; utpote qui legatum purè deberi voluit, nec credendus eſt elegiſſe viam, per quam diſpoſitio ejus evertatur, contra *l. Gallus* 29. §. 1. *de lib. & poſt. l.* 3. *de teſt. mil.* Poterit itaque hæres inſtitutus ſtatim hæreditatem adire, eamque tranſmittere, quia mortis tempus adjectum non eſt ad infringendam inſtitutionem, ſed ne hæres interim turbet uxorem in uſufructu. Quid ſi hæres inſtitutus adire vivente uxore nolit? Poſſe eam in caſu propoſito de facto uti & frui Baldus reſpondit *in l. extraneum.* 9. *C. hoc tit.* Sed tutius eſt, ut judicis officium ſuper hoc imploret, vide Covar. 2. *var. reſ.* c. 2. *num.* 5. Gail. 2. *obſ.* 143. *n.* 2. Graff. §. *legatum. qu.* 23. *n.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 5. *n.* 21. Jo. del Caſtill. *tract. de uſufr. c.* 8. *n.* 23. & *ſeq.* D. Jac. Coren. *conſil.* 15.

TEXTUS.

De conditione impoſsibili.

10. *Impoſsibilis conditio in inſtitutionibus & legatis, nec non in fideicommiſsis, & libertatibus, pro non ſcripta habetur.*

NOTÆ.

10. *Impoſsibilis conditio*) Cui ſimilis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l.* 14. & *ſeq. de cond. inſt.* perplexa tamen, ἄπορος, vitiat inſtitutionem *l.* 16. *eod.* VINN. Aſt propriè conditio impoſsibilis conditio non eſt, quia actum non ſuſpendit ab incerto eventu: immo potius eventus eſt certiſsimus. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem* ἄπορον, *aut difficilem propter perſonæ cui appoſita eſt, qualitatem, &c. pro impoſsibili non haberi.*

2 *Ultimas voluntates appoſitione conditionis impoſsibilis non vitiari; conventiones contra: & cur tam variè.*

3 *Diſpoſitionem hujus* §. *auctore Grotio, non convenire moribus noſtris.*

4 *Conditioni impoſsibili ſimilem eſſe eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non ſcripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpoſsibilis conditio eſt, definitore Juſtiniano, cui natura impedimento eſt, quo minus exiſtat; veluti, *Si digito cœlum tetigeris,* §. *ſi impoſsibilis.* 11. *infr. de inut. ſtip.* Sed & quæ facta natura, & per ſe poſsibilia ſunt, poſſunt caſu aut adjectione temporis fieri impoſsibilia; veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, ſunt δυνατα, at exigere pecuniam à ſe, monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδυνατα. Sive autem per ſe conditio impoſsibilis ſit, ſive propter circumſtantiam aliquam, hoc jure utimur, ut ſub tali conditione facta inſtitutio non vitietur, ſed evaneſcat conditio & pro non ſcripta habeatur, *l.* 1. *l.* 6. *l. mulier.* 20. *de cond. inſt.* niſi forte conditio ſit ἄπορος ſive talis, quæ efficiat, ut ipſa inſtitutio impoſsibilis, aut potius perplexa, atque inexplicabilis ſit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat: cujuſmodi conditio inſtitutionem vitiat, *l. ſi Titius.* 16. *de cond. inſt.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommiſſo, conditio impoſsibilis pro non ſcripta eſt. *l.* 12. §. 1. *l. ab omnibus.* 104. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 5. §. 4. *quamd. dies leg.* generaliter enim quicquid in teſtamento ſcriptum impoſsibile eſt, placet nullam vim habere. *leg. ſi Mævia.* 45. *hoc tit. l.* 3. *de condit. & dem.* Planè conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter perſonæ, cui appoſita eſt, qualitatem aliamve cauſam videantur impoſsibilis; ſed niſi conditioni pareatur, relictum in teſ-

testamento non capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione, *Si hæredi millies dederit.* Hic non detrahetur conditio, sed inutilis erit datio libertatis ut responsum est à Paulo *l.* 4. §. 1. *de statu lib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore, is cui libertas datur, vivere vix possit, veluti si servo quatuor annos nato libertas detur, cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya *lib.* 2. *obs. jur. cap.* 11. Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus: quippe quæ nullius momenti sunt, & in totum vitiantur apposita conditione impossibili, §. *si impossibilis* 11. *inf. de inut. stip. l.* 7. *de verb. obl. l. non solum* 31. *de obl. & act.* ubi etiam diversi juris indicatur ratio: nimirum quia manifestum est, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil egi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis, serio agere & non ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum est, sed mendum potius ei excidisse, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur, & tollitur à lege, ne id hæredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene rectèque constituta everantur, *arg. l.* 2. *de cond. instit.* D. Grotio videtur, hanc interpretationem minus convenire moribus nostris: nam cùm in his regionibus omnem supremam dispositionem interpretamur secundum id, quod proprius vero sit sensisse testatorem, nobis hujusmodi institutionem potius pro ridicula & nullam habendam esse, ut etiam ipsi Romani in cæteris causis id intellexerunt, dempta ultima voluntate. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam interpretes vulgo ut speciem impossibili subjiciunt, & appellant impossibilem de jure. Ea est, quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, bonis legibus, aut moribus. Nam ut bene & piè Papinianus noster in *l. filius* 15. *de cond. inst. Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiam quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, *l. conditio* 14. *de cond. inst.* veluti, *Si ab hostibus patrem suum non redemerit; Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit.* Paulus scribit hujusmodi conditiones remittendas esse, *l.* 9. *d. tit.* quod effectu juris eodem recidit: rapitur enim semper hæreditas legatumve perinde, ac si adjectæ non essent. Plane filius, qui in potestate est, sub tali conditione hæres scriptus, testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, *d. l.* 15. *eod.* quod etiam ad cæteros suos hæredes nunc transferendum est per ea, quæ *sup.* §. *præc.* Pacta quoque & stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, ut juris esse diximus, cùm his apponitur conditio impossibilis de facto, *l. generaliter* 26. *l. stipulatio* 61. *de verb. obl. l.* 4. *c. de inut. stip.*

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, ut puta,* si illud & illud factum fuerit, *omnibus parendum est: si separatim, veluti,* si illud, aut illud factum erit, *cuilibet conditioni obtemperare satis est.*

COMMENTARIUS.

DOcent nos Dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras esse oportere, si ea vera esse ponatur; totam autem falsam esse, si vel una pars falsa sit. Cui conveniens est, quod hìc scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptæ sint, omnibus parendum esse, ut scilicet verificetur tota enuntiatio, & institutio purificetur: quod & Paulus tradidit, *l.* 5. *de cond. inst.* & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, *l. si quis* 129. *de verb. obl.* Ait, *omnibus parendum est.* Parere, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus, & propriè hæc enuntiantur de ea conditione, quæ posita est in nostra potestate, quam quoties volumus, implere possumus, non numquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ positæ sunt in eventu, ut *in l.* 2. *de cond. & dem.* Et sic quod hìc traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis, omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones, quæ ex casu pendent, copulatas pertinere, sciendum est, nec sufficere ad delationem hæreditatis, unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cùm non minus in hanc speciem, quàm in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utique ex æquo conveniat ratio Pauli in *d. l.* 5. *de cond. inst.* quod plures conditiones conjunctim scriptæ

unius

unius loco habeantur; ideoque merito à reliquis interpretibus notatus est Accursius, quod putaverit, ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim appositis sufficere extitisse unam; *arg. l. si plures* 17. *eod. tit.* quæ huc non pertinet, sed loquitur de pluribus institutionibus factis sub diversis conditionibus, repetita scilicet ejusdem institutione in diversa parte testamenti, D. Vigl. *hic.*

Si separatim, cuilibet, &c.) *D. l.* 5. *de cond. inst. d. l. si quis* 129. *de verb. obl* & ratio est, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta est; unde regula juris Pontificii, *In alternativis sufficit alterum adimpleri, reg.* 70. *in* 6. Cujacius legit *cui libet*, voce divulsa, id est cui placet. Theoph. οἱ ἀιρεύλεται. Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimodo impleri oportere: quæ autem in potestatem nostram conferuntur; etiam tunc pro impletis haberi, cùm per alium stat, quominus impleantur, veluti si quis ita institutus sit: *Si Sejam uxorem duxerit*, & ea nolit nubere, *l.* 5. §. *item si* 5. *quand. dies leg. l. jur.* 24. *de cond. & dem. l. in jure* 161. *de reg. jur.* & ibi doctissimè Pet. Fabr.

TEXTUS.

De his, quos numquam testator vidit.

12. *Ii, quos numquam testator vidit, hæredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans, qui essent, hæredes instituerit, ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.*

COMMENTARIUS.

1 *Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti hæredis institutionem non desiderari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.*

ETiam qui nobis ignoti sunt, hæredes à nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum* 9. *C. hoc tit. l. quidem* 46. *eod.* Poterat duplex hìc esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris, certaque persona instituti, Ult. *tit.* 22. §. 3. tum quod eos fere hæredes instituere solemus, quorum merita affectionem nostram provocaverunt, *l.* 9. *pro soc.* Verùm enimverò ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est, incertum ejus consilium incertave instituti persona dici nequit; licet circa accidentia personæ: puta nomen, faciem, incertitudo sit: & potest quis etiam erga ignotum ita affectus esse, ut optime ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem, ut in exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

Peregrinantes) Peregrini, non peregrinantes, hæredes institui vetantur, *l.* 1. *C. hoc tit.* Notissima autem est inter hæc duo differentia, peregrini enim civibus opponuntur. Jam verò Romani privato jure constituerunt, ne quisquam, qui civis non sit, jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est, peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur, studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbesve videant opulentas, cùm hi cives esse non desinant, nulla ratio est, cur non à suis domi hæredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit *peregrinatos*, de lectione divisa: quomodo in omnibus quoque libris manuscriptis legi testatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit; aitque, cum ista lectione consentire & Theophilum; qui tamen nomine reprehenditur à Bachovio quasi lectori imponat, cùm etiam Theophilus habeat; ἐπὶ ξένης διάγοντα. Verùm si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cùm Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐπὶ ξένης διάγοντα, hæredem institutum, sed liberos ex fratre, cùm peregre ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est, ut hæredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamentum appellamus: nam & id testamentum dicitur in quo relictis tantùm legatis, nulla hæredis institutio facta est. Joan. del Castillo Sotomayor *tract. de usufr. c.* 60. Quin etiam secundum quarumdam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium &c. quod tamen ita passim accipitur, ut hæres institutus sit, pro legatario tantùm habeatur. D. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. Nov. c.* D. Christin. *vol. decis.* 247. *num.* 8. & *dec.* 305. *num.* 17. & *seqq.*

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 25. & 26.

Ratio ordinis, simul quam variè verbum substitutionis à nostris usurpetur?
Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.
Nomine substitutionis simpliciter posito, intelligi directam: quæ & perfectius definitur.
Vulgatæ divisiones substitutionis notantur: ostenditurque, commodissime eam dividi in duo genera dumtaxat.
Summa eorum, quæ hoc tit. explicantur.

POstquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta rectè ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus, disseret, quibus modis testamenta rectè ab tio ordinata postea infirmentur. Cæterum m testatori permissum sit, non tantùm hæ- lem testamento instituere, sed etiam in lo- n deficientis hæredis instituti alios hæredes stituere, ut primo gradu deficiente saltem secundo hæredem testamentarium habeat; nunquam & cùm sibi fecit, simul alii tes- mentum & hæredem facere, hanc partem, e substitutiones continet, prius exequen- n putavit. Quid in genere sit substitutio, vix mmodè una generali definitione explicari est: utuntur enim ea voce juris actores non cùm cùm loquuntur de institutione secundi redis, verùm etiam cùm de secunda datio- legati, *l. 6. C. de legat.* item cùm agunt de icommissis tum hæreditatis tum rerum fin- arum, ut videre est *in l. cohæredi.* 41. §. 1. *tit. de vulg. & pup. l. cum proponebatur.* 64. *cùm pater.* 77. §. *tec. l. Tit.* 1. 87. §. 2. *de at.* 2. *l. hæredes.* 57. §. 1. & 2. *ad Sen. Tre-* *l.* 14. *C. de fideic. l.* 6. *C. de inteſt. & subst.* que hinc vulgo substitutio dividitur in di- ctam & fideicommissariam. Directa est, quæ verbis directis & civilibus; vel hæredem redi substituendo, veluti, *Titius hæres esto: Titius hæres non erit, Sejus hæres esto*, vel le- tarium legatario; veluti, *Titio fundum Cor- nanum do, lego: Si Titius fundum, quem ei ovi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, le- . ut hæredibus.* 50. *de legat.* 2. Nam hæc quo- directa substitutio est, & ideo legatum ag- cente primo legatario evanescit, *l. 6. C. egat.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis ariis, cùm scilicet testator vel hæredem itutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri restituat; vel legatarium, aut fideicommissarium, ut restituant, quod iis relictum est. Fideicommissariæ substitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis istis omnibus, quos modo allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ, *in l.* 7. *l.* 15. *hoc tit. l.* 5. *l.* 7. *C. de impub. & al. subst. l.* 14. *C. de fideicom.* §. *pen. inf. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam, acccipiatur saltem ut generis πρὸς ἕν, & eo pertineat, ut varium vocis usum, quem in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum est, nomen sub- 3
stitutionis simpliciter positum in usu juris (sive propriè sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur; unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l.* 6. §. *Titius* 5. *ad sen. Treb. l. tutores* 39. §. 3. *de adm. tut. l. cùm pater* 77. §. *volo* 13. *de legat.* 2. cum similibus, quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longè remotum occupavit circa finem hujus libri; *in Pand. lib.* 36. cùm de substitutionibus agatur *lib.* 28. Igitur, quod ad propositum attinet, si quæratur, quid sit substitutio, ea sic licet definiatur: Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta institutio; vel brevius & simplicius, est secundi hæredis institutio, *l.* 1. *l. ex facto* 43. §. *Luc.* 2. *in fin. hoc tit.* Nam omnem substitutum veteres secundum hæredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperiatur, habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis: & quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam & in locum primi hæredis deficientis rectè dicatur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur post primas. VINN. Non usquequaque vera est hæc Vinnii observatio. Qui enim substituti substitutis, si subinde vocati hæredes tertii, quarti, quinti: non secundi. Hinc *tertiorum hæredum* meminit Sueton. in *Claud. cap.* 6. HEIN. Species substitutionis alii plures, alii pauciores 4
faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam,

quam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capti: breviloquam, quàm alii melius reciprocam, cùm hæredes instituti invicem substituuntur: compendiosam, quæ verborum hoc compendio, *Quandocumque decesserit*, comprehendit plures substitutionum species, plures casus & tempora: veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si forte filius mente captus sit, etiam exemplaris; postremo militaris quoque privilegiata, si miles sit, qui substituit, Gomez. 1. *resol.* 7. & 8. Grass. §. *substitutio. q.* 3. *q.* 51. & *multis seqq.* Sichard. *in l.* 8. *C. hoc tit.* Ant. Merend. 4. *cont.* 6. Duarenus autem ad hunc *t. cap.* & Soar. ad Gomez. 1. *resol.* 3. ponunt hasce quatuor, vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longè rectius nostro quidem judicio. Vigl. Mynf. Hotom. *hic.* Donel. 6. *com.* 23. duas dumtaxat species statuunt, vulgarem, & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, & species revocant. Etenim si genera substitutionum à casuum differentiis distinguenda sunt, plura poni non debent quàm duo; sicut nec plures sunt casus, in quos fit substitutio, quàm hi duo, unus, si institutus hæres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis, alter, si hæres erit, qui secundus, & proprius pupillaris, *l.* 4. *l. Lucius* 25. *b. t. l.* 8. *C. eod.* potestque substitutio exemplaris, quam vocant, ἀναλογῶς referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quasi pupillaris, de qua agitur §. 1. *tit. seq.* Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant conceptas semper in primum vel secundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quàm generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio propriè substitutio est; pupillaris non tam substitutio, quàm institutio prima, utpote per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tamquam ab ipso primo loco institutus. Ant. Merend. 4. *cont.* 6. *n.* 12. & 13. Obtinuit tamen, ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l.* 2. *in fin. hoc tit.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, §. *liberis* 5. *tit. seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut offenderent. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sanè & parcè pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nullis substitutioni adscriptis, substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris à vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscuè omnibus hæredibus à quovis testatore fieri potest. Quid ea sit jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

TEXTUS.

De pluribus gradibus hæredum.

Potest autem quis testamento suo plures gradus hæredum facere; ut puta, si ille hæres non erit, ille hæres esto. *Et deinceps in quantum velit testator, substituere potest: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit.*

NOTÆ.

Substitutione) Substitutio est secundi vel ulterioris hæredis institutio, *l.* 1. *hoc tit.* Est autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis à quovis testatore fieri potest in hunc casum, si prior gradu institutus hæres non erit: altera pupillaris, quæ à parentibus fit liberis impuberibus, quos in potestate habent, in casu contrarium, si filius institutus hæres erit, sed intra pubertatem decesserit: ad quam speciem ἀναλογῶς referri potest & illa mente capti, de qua §. 1. *tit. seq.* Fideicommissariæ substitutiones huc non pertinent; de quibus in *tit.* 23.

Novissimo loco in subsidium) Defunctorum interest, ut habeant successores, *l.* 6. *de interd. in jur. fac.*

COMMENTARIUS.

1 *Substitutionem in codicillis factam sustinere vim fideicommissi.*

2 *Gradus hæredum non ex scripturæ ordine, sed ex successionis serie, quam testator fecit, æstimari.*

3 *Conditionem hanc*, si hæres non erit, *continere & casum impotentiæ & voluntatis:*

an uno horum expresso contineatur & alter?

4 *Conditionem*, si hæres non erit, *diversimodè accipi pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti.*

5 *Suum hæredem, accepto vulgariter substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui hæredis.*

6 *Substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum impotentiæ, sed noluntatis & abstinentiæ.*

In testamento) Rectè *in testamento*, ut & Marcian. *l. potest* 36. *eod.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui hæres non potest, ita nec substitui; siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet, §. *pen. inf. de codicill. l. quod per manus* 10. *de jur. eod.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæredes legitimi rogati videantur, hæreditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non doctorum tantùm auctoritate, verùm etiam legum, *l. Scævola* 86. *ad Sen. Trebell. l. illud* 13. §. 1. *de jur. eod. l. ult.* §. 1. *C. eod.* Atque hanc eandem etiam, cùm in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Viglius, & pro axiomate quodam esse jubet, multarum quæstionum arbitro.

Plures gradus hæredum) Hoc est, plures hæredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio, & ita deinceps, *l.* 2. §. *defertur* 4. *de bon. poss. sec. tab.* In qua dinumeratione non scripturæ ordo, sed successionis spectari debet; ut ecce, in hac formula, *Titius hæres esto, si Sejus hæres non erit; Sejus hæres esto.* Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, gradu & ordine delatæ hæreditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, *l. si ita* 28. *de hær. inst. l.* 2. §. *pen. & ult. hoc tit.* Nec verò etiam cohæredis adjectio gradum facit, sed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideo simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus à testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul hæredes esse, *l. cum in testamento* 37. *de hær. inst.* nec substitutio locus est, quamdiu admitti potest prior hæres institutus, *l.* 3. *l. quamdiu* 69. *de acq. hær.* Idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga hæredes à testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu institutos esse apparet, quàm substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit, quàm ad hos hæreditatem suam pervenire.

Si hæres non erit) Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed sæpe uno verbo substituendi significat, ut si testator ita dicat, *Titio Mævium substituo*, aut pluribus institutis ita, *eosque invicem substituo.* Casus autem iste, *Si hæres non erit*, generalis est, continens in se & casum noluntatis, ut loquuntur, *si hæres esse nolit*; & impotentiæ *si non potuerit hæres esse, fac. l. si quis* 56. *solut. matr.* Uterque casus speciatim exprimitur *l.* 3. *C. de hær. inst.* Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti, *si mortuus sit, si deportatus.* Quorum omnium cùm sit diversa ratio, non facile admittendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez. 1. *var. resol.* 3. *n.* 10. refert & probat, uno casu speciali expresso, aut noluntatis dumtaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione supplendum esse; & perinde habendum, ac si uterque expressus esset: & manifestè obstat huic sententiæ *l.* 10. *de lib. & post.* Sanè non dixerim, eum, qui expressè & specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis & similium, mirum non est; quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, *l. Gallus* 29. §. *& quid* 5. *d. tit.* Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in quo placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum; & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *tit. seq.* quamquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quàm specialis constitutio D. Marci *l.* 4. *hoc tit.* add. Cujac. *ad d. l.* 10. *de lib. & post.* Duar. *c.* 9. *hoc tit.* Porro conditio hæc, *Si hæres non erit*, pro diversa qualitate hæredum personæque instituti & ipsa diversimodè accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat si neque ibi hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede, qui alieno juri subjectus est eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, §. *ult. inf. eod.* ubi hac de re latius æque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se

paterna hæreditate abstinuerit, si cum effectu hæres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existit, & ideo non esse sine hærede dicitur; qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet, *l. cum quasi* 30. §. *sed & si* 10. *de fideicom. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in specie *l. ult. de acq. hær.* tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum. *Si filius mihi hæres non erit*; ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustra ei substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo proculdubio continetur etiam
5 casus noluntatis. Ac dicendum omnino videtur suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum necessitatem istam ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacitè remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili; per *l.* 12. *de cond. inst. l. jam dubitari* 86. *de hær. inst.* Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, *arg. d. l.* 12. & *l.* 16. *de lib. & post.* Grass. §. *substitutio. quæst.* 3. *num.* 3. sed hoc nullo modo admitti potest; alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita; quæ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium *arg. l. un.* §. 5. & §. *cum autem* 13. *C. de cad. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cùm desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C. de his qui ante ap. tab. hær. transm.* nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas d. lege Theodosii comprehensas. Et verò, quod omnino considerandum, in persona sui hæredis duæ hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse, & suum esse, quarum hac salva, aut saltem vulnerata tantùm, illa tolli potest, uti factum videmus edicto prætoris, quo manente suitate data est abstinendi potestas. Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum noluntatis & abstinentiæ dumtaxat; utique si filius patri superstes fuerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui quasi agnascendo testamentum rumpant; dubium non est, quin substitutioni locus sit, Zas. *tract. subst. cap.* 1. *in quarto effectu.* Gomez. 1. *resol.* 3. *n.* 15. 16. & 24. Bachov. *in Treutl. vol. disp.* 11. *thes.* 7. Christin. *vol.* 5. *decis.* 16. *num.* 4. D. Jo. à Sande *lib.* 4. *tit.* 3. Illud quoque mihi planè persuadeo, abstinente filio suo hærede, substitutum hæredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hæreditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto*; quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui substitutum non ipso jure hæredem fieri, sed à prætore tantùm ad bona admitti contendit, *decad.* 32. *err.* 7.

Novissimo loco servum necessarium) Qui omnino legitimas successiones impedire atque in omnem casum sibi vult prospicere, ne intestati exitum faciat; is poterit in defectum priorum servum suum postremo loco instituere hæredem necessarium, quòd illi quoque facere solent, quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntariis hæredibus, modis omnibus à se avertant, & quod in alios non potuerunt, in servos tandem transferant, §. 4. *infr. de hær. qual.* Quid si servus non loco novissimo, sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Jo. Fabro, defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem, dando ei substitutum in eum casum, quo hæres non esset, utique si substitutus hæreditatem adire paratus sit, *arg. l.* 12. *de cond. inst.*

TEXTUS.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.*

COMMENTARIUS.

COmplures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæredes instituti. Prior species variatur quatuor modis;

dis; nam & singuli singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus hoc loco, & apud Marcianum, *l. potest* 36. §. 1. *eod.* omissus est forte de industria, quia eadem illius quæ primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut antea primo gradu instituti defecerint, quotumque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur; hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur, *Octavius & Novius hæredes sunto, si non erunt, Decius esto.* is utique apertè significat, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quàm si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum disertè quoque traditum est *l.* 4. *C. de impub. & al. subst.* Quare vix est, ut credam, apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. d. tit.*

Vel invicem ipsi) *L. cum testamento* 37. §. 1. *de hær. inst.* Hæc est substitutio, quam Modestinus reciprocam vocat, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Papinianus mutuam, *l. cum proponebatur* 64. *de legat.* 2. exemplum extat apud Suetonium *in Tiberio, c. ult.* Doctores vulgo appellant breviloquàm vocabulo non satis rei conveniente; neque enim ex verborum brevitate æstimatur, sed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, ut superius diximus, & pupillari quoque convenit; *d. l.* 4. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sint.

2. *Et si ex disparibus partibus hæredes scripti invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: & ita divus Pius rescripsit.*

NOTÆ.

2. *Ex disparibus partibus*) Species: *Octavius ex uncia hæres esto, Nonius ex besse, Decius ex quadrante; eosque invicem substituo.* Hic repudiante Decio, dividetur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, *l.* 24. *eod.* Male exemplum posuit Theoph. in duobus hæredibus invicem substitutis: verum tamen est quod dicit, & male carpitur à Pac.

D. Pius rescripsit) *L.* 1. *Cod. eod.* congruunt *l.* 5. *& d. l.* 24. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos ex substitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodo hæc regula temperanda? num.* 2.

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutione feret: si plures pluribus eodem modo substitutis, singuli ex partibus æqualibus hæredes erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui substitutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit, quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator hæredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hæreditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hæreditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l.* 5. *l. si plures* 24. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. & hoc text.* Optima sanè ratione: neque enim verisimile est, testatorem pluris eos fecisse in gradu secundo, quàm in primo; cùm substitueret, quàm cùm institueret: ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione; qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta à substitutis repetita esse intelliguntur, *l. licet Imp.* 74. *de legat.* 1. & clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit, aut par utrobique ratio, *arg. l.* 14. *de legat.* 1. *l.* 1. *C. de impub. & al. sub.* Ant. Fab. *C. suo tit.* 7. *defin.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 13. *n.* 7.

Invicem substituerit) In duobus hæredibus invicem substitutis huic quæstioni locus esse non potest : siquidem uno ex duobus deficiente, alterum semper, quod reliquum est habere oportet, & in solidum hæredem fieri. Sed minimum tres institutos, eosque invicem substitutos ponamus necesse est, verbi causa, uti Ulpianus speciem proponit, *d. l.* 24. *hoc tit.* si unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes, qui ex besse institutus est, unam partem, qui scriptus ex uncia. Manifestum igitur est, male omnino Theophilum hunc locum interpretatum esse, dum in duobus institutis invicemque substitutis exemplum posuit.

Quas in institutione expressit) Ulp. *d. l.* 24. hoc sic temperat, *nisi alia mens fuerit testatoris.*

a Quibus verbis interpretes denotari & excipi putant etiam casum quo non simpliciter & tribus verbis omnes invicem substituuntur, aut quidem sub appellatione hæredum alicui ex cohæredibus, puta hoc modo, *Si Titius hæres non erit, quisquis erit ; ex parte quoque Titii esto*, aut, *Cæteri, quos primo loco scripsi, sunto*: sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante hæredes sunto. Si Titius hæres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii hæredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est æquales non hæreditarias partes habebunt : idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cujuscumque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas, sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *arg. l. nonnumquam.* 25. *ad sen. Treb. l. si hæredes.* 124. *de legat.* 1. *l. si communis.* 37. *de stip. serv.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l.* 24. *hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est, si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. quotiens* 23. *ad sen. Treb. Gloss. in l.* 1. *C. de imp. & al. subst.* Gomez. 1. *res.* 5. *n.* 20. D. Tulden. *comm. hic cap.* 2. Christin. *vol.* 4. *dec.* 13. *n.* 7.

TEXTUS.

Si cohæredi substituto alius substituatur.

3. *Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, Divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.*

NOTÆ.

3. *Sed si instituto hæredi*) Species : *Primus & Secundus hæredes sunto : Si P. hæres non erit, S. hæres esto : si S. hæres non erit, Tertius hæres esto.* Verius est, in utramque partem hic Tertium substitutum esse, *l.* 27. *l.* 41. *eod.* ex quo jure hæc regula fiat : *Substitutus substituto intelligatur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione) Id est sine distinctione mortis & scripturæ, ut nihil interfit, prior substitutus post institutum, an ante decesserit; nihil quoque utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea hoc modo: *Primus & Sec. hæredes sunto : si S. hæres non erit, Tertius hæres esto. Si P. hæres non erit, S. hæres esto, l.* 41. *pr. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *An in specie hic proposita utraque pars defecta jure substitutionis ad sec. substitutum pertineat?*
2 *Scævola cum Papiniano conciliatur.*

SI paterfamilias Titio & Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, & Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere : quippe cùm verba illa, *Si Titius hæres non erit*, generalia sint, & utrumque casum complectantur sive hæres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione. Cæterum hæc species huc non pertinet. Et male Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantùm quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expressè substitutus non est, & nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantùm substitutum jure substitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. si Titius.* 27. *l. cohæredi.* 41. *in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat : *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione ad utramque partem) Si scilicet

cet neuter hæres extiterit. Videamus primum de partibus : deinde explicabimus, quid illud sit, quod ait, sine distinctione. De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis tamquam ad substitutum utrique. Nam si, verbi causa, Mævius, cui Titius cohæres & substitutus datus est, ante Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio, ad utramque quidem partem sine dubio admittitur, sed ideo ad partem quoque Mævii dixerit aliquis, non quod huic quoque substitutus intelligatur; sed quia vel deficientis Mævii pars Titio cohæredi, cui Sempronius substitutus jam prius accrevit, vel quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verum prius illud nullo modo dici potest, quia deficientium portiones non accrescunt aliis, quàm qui ex sua parte hæredes extiterunt, *l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll.* unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, *l. si Titio.* 33. *in fin. de usufruct.* Quod si Titium hæredem extitisse ponimus, expiravit substitutio, *l. 5. C. de impub. & al. subst.* Posterius teste Viglio visum est nonnullis veterum interpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex recentioribus Lancelloto Polito, qui, etsi dicatur Sempronius in utramque partem in specie proposita substitutus, neutiquam tamen dici posse contendit, revera substitutum esse Mævio. Sed merito DD. communiter, quos & Viglius sequitur, hoc improbant. Quæ enim potest esse dubitandi ratio, si dicamus, partem Mævii accrescere Sempronio, cui etiam accresceret, etsi Titius Mævio substitutus non esset? Et igitur aut frustra & ineptè talis casus proponitur, quo Titius cohæredi substitutus est, aut hoc operabitur substitutio Titii, ut Titio substitutus etiam ei, cui Titius substitutus est, tacitè substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis apertè docet hoc loco Justinianus, cum ait, substitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex substitutione, de qua sola hic disputatur, & quia, ut disertè ait Jurisconsultus in *d. l.* 27. *hoc tit.* in utramque partem substitutus intelligitur. Sed quid refert, ex substitutione an jure accrescendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Cajum quoque hæredem institutum, hic jam Sempronio proderit, jure substitutionis, deferri portionem Mævii, ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accrescendi. Illud non animadverto, quomodo huc applicari posit, quod præterea Bachovius notat, jus accrescendi sequi hæredem ejus, qui portionem suam agnovit, quamtumvis ante decesserit, quàm ipsi quicquam accresceret; substitutionem autem ad hæredem non transmitti *l. 9. de suis & leg. l. totiens.* 81. *de acq. hær.* Quid autem illud est, quod ait Imp. *sine distinctione admitti*? Nimirum hoc explicandum ex responso Papiani, *l. cohæredi.* 41. *in pr. hoc tit.* Primum nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea, veluti in hoc exemplo, *Titius & Mævius hæredes sunto : si Titius non erit, Sempronius esto; Si Mævius non erit, Titius esto*, Secundo nihil interesse utrum prior substitutus post institutum, an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola, *l. qui habebat.* 47. *eod.* Species, quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi; qui filium & filiam impuberes habebat, instituto filio hærede filiam exhæredavit, & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit : filia, si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem. Et respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hæreditatem filii ad uxorem & sororem testatoris jure substitutionis non pertinere. Accursius, quem bona pars DD. sequitur, ait, Scævolam sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiæ; sic enim ille locum legit : *cùm filii pubes prior decesserit.* Et quia sciebat, apud alios legi *impubes*, (quomodo textus quoque Pisanus & Noricus habent) notat, *olim impubes, nunc pubes.* Sed in tali casu non debebat Jurisconsultus distinguere, cùm nec si post institutum substitutus jam pubes & hæres factus decesserit, ex secunda substitutione quisquam admitti posit. Bachovius putat in pupillari substitutione diversum jus esse, aut saltem in specie, *d. l.* 47. ubi pupillo non cohæres substituitur, sed filia exhæredata, eamdem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substituti substitutæ videantur etiam substituti instituto. Atque idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut substitutum habeat, *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.* Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur, cur non simpliciter Jurisconsultus respondet, hæreditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi compositorum socordiæ adscribendum, quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cùm rescripto Impp. Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævola

la utitur, sublata esset, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis, Scævolam respondisse de duabus hæreditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

TEXTUS.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto substitutus fuerit.

4. *Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus hæredem scripserit; & si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hæreditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba*, Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, accipiuntur*: Si neque ipse hæres eric, neque alium hæredem effecerit: *in eo verò, quem patrem familias arbitratur, illud significant*, si hæreditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi constituit.*

NOTÆ.

In partem admittitur) Th. τὸ ἥμισυ λαμβάνει, rectè, pars enim ἁπλῶς posita dimidiam significat, *l.* 43. *de usuf. l.* 164. §. 1. *de verb. sign.* In specie *d. l.* 40. Sempronius cohæres servo substitutus fuit: & ideo unum semissem Sempronius habet ex institutione, alter semis inter eum & dominum servi instituti dividitur: add. quæ ibi not. Gothofr.

Subjectum esse testator scit) Et hoc casu in totum excluderetur substitutus, *l.* 7. *de acq. hær.* sed in proposito propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris, media via electa est, ut alias sæpe.

Tiberius Cæsar) Ponpon. *l.* 41. *de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1 *Si filius fam. hæres institutus sit, eique, si hæres non esset, substitutus datus, utrum repudiante filio, pater, an substitutus admittendus?*

2 *Pleræque aliæ quæstiones, quæ hic tractari solitæ, obiter excussæ & definitæ.*

3 *Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hæreditas ex æquo dividenda, an sic, ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat ferat?*

IN explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in persona patris famil. significare, si nec ipse hæres erit, nec alium hæredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse hæres non erit, vel ei, cujus juri subjectus est, hæreditatem non acquisierit. Et igitur si paterfam. hæres institutus in eum casum substitutum accepit, *Si hæres non erit*, isque vel in eodem statu manens sibi hæreditatem acquisierit, vel mutata ante testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem hæredem fecerit, in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfam. hæredes instituti & in casum, quo hæredes non erunt, substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris sibi hæreditatem acquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem hæredes fecerint, substitutus itidem in totum repellitur, *l. si paterfam.* 40. *de hær. inst. l.* 7. *de acq. hær. l.* 5. *C. de imp. & al. subst. & hoc text.* Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem hæredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfam. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, *d. l.* 40. *& seq. de hær. inst. & hoc.* §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cùm magis sequendum id, quod in veritate est, quàm quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse eum hæredem instituens, quem ignorabat dominum habere. Quæsitum est, si filiusfam. hæres institutus, eique hac conditione, si hæres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio, pater, an substitutus admittendus. Duarenus *in comm. ad hunc tit. c.* 10. pro patre respondet: Viglius *ad hunc* §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cùm ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio, existit conditio substitutionis, quæ in extraneo hærede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse hæres erit, neque eum, cujus in potestate est, hæredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l.* 3. *C. de hær. inst.* Ad hæc si cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus? Constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *l.* 2. §. *si duo.*

8. *de*

t. *de bon. poss. sec. tab.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Justinianus, *l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* filio repudiante, jus adeundi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondemus, constitutionem istam ut exorbitantem cancellis suis continendam, neque extendendam esse in præjudicium ejus, qui venit ex testatoris expresso judicio, substituti videlicet: quem utique magis testator dilexit, quàm patrem, cujus contemplatione institutio facta non præsumitur, sed amore filii dumtaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Justinianus, non evertere; & vulgatum est, provisionem hominis facere, ut cesset provisio legis; adeoque non dubito, quin etsi cæres filio pater datus esset, nihilominus tamen, filio repudiante, à substituto excludetur, *d. l.* 2. §. *si duo.* 8. *sec. tab.* Aliud argumentum ducit Duar. á conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quàm adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem hæredem faciat, *arg. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* junct. *d. l. si intersam.* 40. *de hær. inst. & hoc nostro* §. Verum in hoc manifestè errat: nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hæreditatem filio delatam aditre possit; non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet, ubi testator ipse alium hæredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet alius à testatore non vocatur: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac tectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut uter per servum aut filium hæredes existere possunt, aut hi illos hæredes facere, quàm eundo: repudiando autem nequaquam, *l. de acq. hær. l.* 3. *C. de hær. inst. & hoc text.* & ioqui etiam quivis hæres istitutus hæreditatem recusans adire dici posset eos, qui ab instato veniunt hæres facere, & cohæres cohæredem, atque ita fieret, ut fere semper exuderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Papian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l.* 13. §. 3. *de acq. hær.* Hoc tum non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum hæredem fieri; sed repudiationem filii non obstare, quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus. Si pater & filius una eademque persona censentur, *l. ult. C. de imp. & al. subst.* nihil referre debet, utrum filius ipse hæres institutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in se retorqueri posse, hoc modo: Si pater & filius una persona censentur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verùm hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *de hær. inst.* Ita cum Viglio sentiunt, & Salic. *in d. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Polit. *de vulg. subst.* Fachin. 4. *cont.* 63. Ant. Fab. *decis.* 33. *err.* 7. Don. 6. *comm.* 24. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 7. dissentiunt cum Duareno Bart. *in l.* 1. *hoc tit.* Glos. Cyn. Cast. *in d. l. ult.* Merend. 4. *cont.* 8. Grass. §. *substitutio. q.* 9. *num.* 4. Solent & aliæ quæstiones hoc loco agitari; quas obiter excutiemus, nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accuratè. Prima est, utrum indigno aliquo hærede instituto, eique substituto dato in casum, quo hæres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hæreditatem indigno auferat, an locus sit substituto? Ego cum Duar. *d. cap.* 10. & DD. comm. Grass. *d. qu.* 9. *n.* 8. pro fisco contra substitutum responderem, per *text. in l. cum quidam.* 12. & *jus regulare t. tit. de his quæ ut indign.* neque pœna instituti hæredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l. si sequens.* 15. *de Senat. Silan.* Non idem juris est in institutione planè incapacis, puta deportati, nam talis institutio cùm pro non scripta habeatur. *l.* 1. *C. de hær. inst.* testamentum à substitutione exordium capiet, *arg. l.* 3. §. *ult. de lib. & post.* Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra causam substitutionis hæreditas non adita transmittitur. Jure veteri sui hæredes potestate nudæ existentiæ hæreditatem transmittebant in hæredes quoscumque, *l.* 3. *C. de jur. del. l.* 8. *C. de suis & leg. hær.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi à parentibus hæreditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. C. de his qui ant. apert. tab.* Est item & tertium genus trãsmissariorum, in quos non hæreditas, sed jus deliberandi transfertur ex lege Justiniani *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. del.* Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus hæres, qui in casum, quo hæres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis parentis immiscuisset aut abstinuisset, mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hæredi-

ta-

tatem transmittat ad successores suos, an admitendus potius substitutus. Et communis quidem sententia est, substitutum admittendum excluso transmissario sive hærede instituti, quoniam substitutio vulgaris perimat jus suitatis. Sed hoc perspicuè falsum est, ut ostendimus *sup. in not. sub fin. pr. eod.* ubi plenissimè probavimus, jus suitatis in proposito salvum manere, licet necessitas remissa intelligatur, neque substitutionem vulgarem in suo hærede operari in casum impotentiæ, sed abstinentiæ dumtaxat. Insignis verò error est Jo. Deckheri *lib.* 1. *Differt.* 14. *n.* 43. asserentis, ideo per vulgarem substitutionem tolli transmissionem, quæ ex jure suitatis est, quia suus hæres institutus non aliter ex testamento hæres fit, quàm si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos hæredes tam ex testamento, quàm ab intestato statim atque ipso jure hæredes existere, §. 2. *inf. de hær. qual.l.* 1. §. *qui sunt* 7. *si quis omiss. ca. test. l.* 3. *C. de jur. delib.* vid. Ant. Fab. *dec.* 34. *err.* 4. Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii, *d. l. unic. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem per *l.unic.* §.*cum autem* 13. *C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod ante sui hæredes soli & simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Justinianus disertè extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas. Duar. *d. c.* 10. Ant. Fab. *d. err.* 4. estque hæc sententia etiam communiter recepta. Graff. *d. quæst.* 9. *num.* 3. neque Jo. Deckerus, *ubi supr.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Justiniani *d. l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarium Justinianeum, cum Salic. *in d. leg.* 19. Ant. Rip. *in l.* 1. *hoc tit.* Zas. *tract. subst. cap.* 1. *in tertio effect. ver. tertia species.* Polit. *de vulg. subst. num.* 92. *& seqq.* Anton. Fab. *d. decis. err.* 5. Deckher. *d. differt. num.* 44. neque enim nova & exorbitans constitutio facilè extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet & provisionem hominis & simul voluntatem legis; potestque locus Justiniani *d. l. unic.* §. 1. junct. §. *cum autem* 13. *C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commodè referri & restringi ad duas priores species transmissionis, ut propriè verba Imperatoris accipiantur, & de his solis, qui ipsam hæreditatem transmittunt. Diss. *hic.* Duar. *d. c.* 10. & DD. comm. Gomez. 1. *res.* 3. *num.* 25. Graff. *d. quæst.* 9. *num.* 3. Christin. *vol.* 4. *dec.* 17. *num.* 2. Fachin. 4. *cont.* 62. Postremo quæritur, quid juris sit, si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit. Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convalescere substitutionem, *arg. l. ex contractu* 44. *de re jud. l.* 1. §. *antepen. l.* 2. §. *si bonorum* 10. *ad senat. Tertyll.* Gloss. Salyc. Cyn. & alii *in l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* & hanc sequuntur Anton. Fab. 3. *conject.* 4. Don. 6. *com.* 24. Sed contraria de jure verior videtur, *per d. l.* 5. & textus perspicuos *in leg. ult. de success. edict. l.* 7. §. *sed quod Papinian.* 10. *& ibi* Cujac. & Paul. Bus. *de minoribus.* Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zas. *tract. subst. cap.* 1. *vers. secundo limitate.* Duar. *d. cap.* 10. Ant. Merend. 4. *controv.* 9. Bachov. *in Treutl. volum.* 2. *disput.* 11. *thes.* 7. Perez. *ad tit. C. de imp. & aliis subst. num.* 7. Utrum autem excluso substituto hæreditas ad legitimum successorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ an fisco locus fiat, quod Cujacio, Busio, in medio relinquimus. Nunc ad institutum redeamus.

Mævius in partem admittitur) Non exprimit in quotam: & ita quoque simpliciter scriptum est in *l. & hoc* 41. *de hær. inst.* hæreditatem dividi inter dominum instituti & substitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hæreditatis dominus, dimidiam item substitutus ferat, an ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat, ut Gloss. & DD. communiter voluerunt? Non ambigo, quin ex æquo. Quo modo hunc locum & Theophilus interpretatus est. Et interpretandum est vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, *l. nomen* 164. §. 1. *de verb. sign. l. etiam* 45. *de usuf.* Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio? Quinimmo si partes inæquales faciendæ, substituto potius favendum erat, cui & verba & voluntas testatoris suffragantur, quàm domino, qui mera tantùm ratione juris nititur, & de quo testator cogitare non potuit, cum eum institueret, quem ingenuum putabat. Obstat tamen huic sententiæ *d. l. si paterfam.* 40. *de hær. inst.* ubi Julianus in hac ipsa specie aliam partitionem facit, & duos vult semissis fieri, ita ut alter semis inter dominum & substitutum æquis portionibus dividatur; cumque de altero semisse nihil definiat, eum dominum plerique assignaverunt. D. Cujacius existimat pro *alter semis*, ut in extremo *d. l.* 40 legitur, le-

legendum *at*, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus 1. *disput.* 2. scribit, se in veteri exemplari ita legisse *in pr. d. l. eique, si hæres non esset, Sempronium cohæredem substituerit.* Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mirè juvant. Ait enim Julianus: *Igitur in hoc casu duo semisses fient.* Cur, ait, *in hoc casu*, nisi ut significet, se talem casum proposuisse, cui conveniret hæc divisio? nempe quando servo, qui liber putabatur, cohæres substitutus est, in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu à Juliano proposito de uno semisse ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi: de altero poterat; & hunc, Julianus ait, dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et merito, quia in hunc tantùm semissem erat substitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes sentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut quod ipse addit, intelligunt, in re ipsa consentientes. Planè si manifestè appareat, testatorem per eum, quem opinionis errore liberum esse credens hæredem instituit, ad alium quemquam hæreditatem pertinere noluisse, conditio substitutionis extitit, & soli defertur hæreditas substituto, *l.* 3. *C. de hær. inst.* VINN. Cui non dictus Hylas? Me tamen nec cum Cujacio nec cum Alciato facere fateor. Rem paucis dicam. In illa *l.* 40. *ff. de hær. inst.* manifesto sunt duæ species. Prior hæc est: Paterfamilias instituerat Titium servum, quem ingenuum putaverat, eique substituerat Sempronium. Titio jussu domini adeunte, quærebatur, an Sempronius esset in partem admittendus? & respondit Julianus: *Potest dici, Sempronium in partem hæreditatis* (puta dimidiam, quæ quota non expressa ordinariè intelligitur, *l.* 164. §. 1. *ff. de V. S. l.* 43. *ff. de usufr.*) *admitti.* Addita ratione, pergit Julianus: *Quæ adjectio ad EOS pertinet? qui patresfamilias hæredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur* IN HOC CASU *semisses fient, ita ut alter* SEMIS *inter eum, qui dominus instituti hæredis fuerit, & substitutum æquis portionibus dividatur.* Et hæc manifesto est altera species. Paterfamilias instituerat Titium, nunc ingenuum, sed postea deductum in servitutem, substituto ei Mævio. Quærebatur, Titio jussu domini adeunte, an & hic substitutus in partem admittendus sit? Respondit, admittendum: sed non in dimidiam, sed in quadrantem. Domini enim Titii ideo hic melior videbatur conditio, quod non, ceu in priore casu, testator circa hæredis statum erraverat. Simile quid in mentem venit Marco Lyklamæ in *Membranis*, & Osvv. Hilligero in *Donnel. enucleat.* De Parthenio, & utrum is Tiberii an Titi servus fuerit, elegans, & erudita est διάσκεψις in Gundlingianis *Tom. 6. part.* 30. *art.* 3. *p.* 445. *sequ.* HEIN.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

D. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 26.

Unde hæc substitutio dicatur pupillaris, & quo adspectu substitutio. Simul argumentum tituli.

SEquitur directæ substitutionis species altera, quæ à subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa promiscuè quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur, qui cùm impubes sit, in potestate patris esse desiit, *l. pupillus* 139. *de verb. sign.* tamen quia vis omnis testamenti, & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, rectè hoc respectu pupillaris vocatus. Prior illa vulgaris, ut bene observavit D. Viglius, verè substitutio est, sive secunda institutio, qua testator in casum, quo primo gradu institutus hæres futurus non est, alium sibi hæredem facit; ac proinde per quam succeditur ipsi testatori. Hæc autem non tam substitutio est, quàm institutio prima: quippe per quam non ei, qui testamentum fecit, & gradu secundo succeditur, sed pupillo, cui testamentum factum est, & gradu primo, perinde ac si ipse pupillus sibi hæredem fecisset. Quod evidentius apparet in substitutione exhæredati. Quamobrem merito Hotomannus à Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem propriè censet esse substitutionem. Cur verò, cùm pupillaris propriè substitutio non sit, eo tamen nomi-

ne à veteribus appelletur, dixi præcedente titulo, nempe sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater sibi prius, deinde secundo loco filio hæredem instituere debet, & non testamento filii incipere, *l. 2. in fin. hoc tit.* Porro substitutio pupillaris, ut genus πρὸς ἓν, dividi potest in propriam seu veram, & quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit; propria fit liberis impuberibus, si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur; quasi, seu exemplaris fit mente captis, si hæredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum quæ hoc tit. traduntur, hæc est. In principio docetur, qui quibus pupillariter, & qua forma substituant? quis hujus rei effectus? & unde illud manarit? Inde agitur de substitutione quasi pupillari, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis repetitur: dein parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hinc jam amplius, quibus pupillariter substitui possit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac postremò sequuntur contraria.

TEXTUS.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solùm ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres: sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint; sit eis aliquis hæres: veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit; sive hæres erit, & prius moriatur; quàm in suam tutelam venerit, *id est, antequam pubes factus sit:* tunc Sejus hæres esto. *Quo casu, siquidem non exteterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si vero extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipse sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

NOTÆ.

Quos in potestate) Et ideo nec mater liberis suis, nec pater filio emancipato pupillariter substituere potest, *l. 2. hoc tit.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in potestate habet, nisi ex formula legis Vellejæ; *Si filius me vivo suus hæres esse desierit, &c. d. l. 2.* Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse, *l. 41. §. 2. eod.*

Veluti si quis) Formula gemellæ substitutionis. Verùm ex D. Marci constitutione substitutio simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso fit, in utrumque casum facta intelligitur, *l. 4. hoc tit.* fac. *l. 2. & l. 4. C. eod.* Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacite contineret, quæsitum in Curiano judicio, de quo Cic. multis locis, & Quintil. 7. *c.* 7.

Sive hæres erit, &c.) Hæc est conditio substitutionis pupillaris, & casus secundus dicitur.

Si non extiterit) Quod etiam tunc accidere intelligendum est, cum impubes patri superstes hæreditate paterna abstinet: ne nudum nomen hæredis noceat substituto, *arg. l. 67. pr. de rit. nupt. l. 68. de l. 1.* Non rectè igitur Theoph. *hic.*

Si extiterit hæres) Hic casus propter utilitatem pupilli extitisse intelligitur, etiamsi bonis paternis se abstineat, *l. 12. h. t. l. 42. de acq. hær. l. 28. de reb. auct. jud.* & hoc est, quod vulgo Interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares, fac. *l. 44. de re jud. l. 41. de acq. hær.*

Ipsi filio fit hæres) Non tantùm in bonis, quæ à patre obvenerunt, sed etiam quæ aliunde, *l. 10. §. 5. h. t.* exclusis filiis legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, *l. 8. §. de inof. test. c. 1. x. de testam. in 6.*

Moribus institutum) Ita & Ulp. *l. 2. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omnino.*

2 *Nepoti, licet in potestate constituto, quem pater antecedit, pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Vellejæ.*

3 *Utrum, ut valeat substitutio pupillaris, necesse fit, liberos in potestate esse, & cùm fit substitutio, & cùm pater moritur; an satis sit, tales esse tempore mortis?*

4 *Exponitur locus Ulpiani* in l. 2. in fin. pr. hoc tit.

5 *Vulgari casu expresso, etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris apertè refragetur.*

6 *An ex converso, expresso casu pupillaris, contineatur & vulgaris?*

7 *Responsum Javoleni expositum* in l. pater. f. 28. de reb. auct. jud.

8 *Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur?*

Quan-

9 *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem, hæres ei fiat pupillariter substitutus?*

10 *Per substitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*

11 *Excludi matrem à substituto pupillari etiam quoad legitimam.*

12 *Ostenditur idem juris esse & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*

13 *Cui pupillo expedire visum sit, testamentarium à patre hæredem accipere?*

Liberis impuberibus) *L. 2. in pr. eod.* puberibus in tantùm non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, §. *pen. inf. eod.* Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine hujus §. dicetur.

In potestate) Etenim patriæ hoc datum potestati est: & ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, *d. l. 2. in pr.* multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie *l. si mater* 33. *eod.* pupillares tabullæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minimè concludendum est, posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si hæres erit, sed in primum, si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia substitutio facta filio, dum adhuc esset in ætate pupillari: deinde quia substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut rectè monet, atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. *ad African.* Consilium hoc prudentum fuit, à quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur. *l. cum ex filio* 39. *hoc tit.* add. Duar. *ad hunc tit. cap.* 14. Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui hæredes sint testatori: nam si, verbi causa, pater nepotem antecedat, non poterit avus hic nepoti pupillariter substituere, quia post mortem avi recasurus est in potestatem patris sui, *d. l. 2. in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, testamentum facere non possit, aut hæredem ex testamento habere: sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Planè ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, *d. l. 2. in pr.* ut sic avus testetur: *Filius hæres esto. Si filius me vivo suus hæres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, hæres esto. Si nepos hæres erit, & intra pubertatem decedat, Sejus hæres esto.* Quæ nepotis institutio fit ex secundo cap. legis Vellejæ, *l. Gallus* 29. §. *sequenti* 13. *de lib. & post.* De illo quæritur, utrum, ut substitutio pupillaris valeat, necesse sit liberos in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio, & quo pater moritur, an verò tales esse sufficiat saltem tempore mortis? Accurs. Bart. *in d. l.* 2. & vulgo Interpp. Grass. §. *substitutio, quæst.* 23. *num.* 5. sufficere credunt, qualitatem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulti superioris ævi, Polit. Zas. Govean. *in d. l.* 2. Vigl. *hic, num.* 7. Covar. *in cap.* Raynut. *de testam.* §. 5. *num.* 2. Duar. *comm. ad hunc tit. cap.* 14. Don. *6. comm.* 25. contra, utrumque tempus spectandum contendunt, tam id, quo fit substitutio, quàm quo testator moritur; quibus assentior. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cùm qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, *l. si alienum* 49. §. 1. *de hær. inst.* §. *in extraneis* 4. *infr. de hær. qual.* tritumque est, quod ab initio non consistit, ex post facto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in *l. cohæredi* 41. §. *hoc tit.* Verba sunt: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris sit irrita.* Quibus verbis Jurisconsultus apertè significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo oporteat impuberes esse in familia; hoc autem tempus non aliud intelligi potest aut debet, quàm id, quo fit substitutio. Pro contrariæ sententiæ firmamento adducitur *d. l. 2. in fin. pr.* ubi sic Ulpian. scribit. *Sed si extraneum quis hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente.* Ex hoc loco Accurs. & Bart. probari putant, satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantùm in potestate reperiatur, cui substitutio facta est. Mihi verò contrarium hoc ipso loco non obscurè significare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari, quàm substitutio fiat; ait enim, *poterit ei substituere, si eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut autem locus planius intelligatur, licebit paulo altius rem re-

repetere. Docuerat Jurisconsultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tuto in primum casum substitui posset, hoc est, ita substitui, ut non evanesceret substitutio: nimirum eos vel institui oportere vel exhæredari, ne in locum suorum hæredum succedentes, (quo uno casu effectum habet substitutio,) præteriti rumpant testamentum, & per consequens extinguatur pupillaris substitutio. Institui autem oportere ex consilio & formula legis Vellejæ: aliter institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ institui nihil necesse esse, vulgarique saltem modo institutum & succedentem postea in locum sui hæredis non rupturum testamentum. Quæ est sententia *l. filio.* 23. §. 1. *de lib. & post.* ac proinde extraneo impuberi hæredi vulgariter substituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, rectè, (potest enim & ex intervallo hoc fieri, *l. si quis.* 16. §. 1. *hoc tit.*) substitui: eam quippe institutionem sufficere, ne successione, quasi præteritus, rumpat, cùm si post adoptionem institutio facta sit, non aliter ea valeat, quàm si facta fuerit ex formula legis Vellejæ: sive enim nepos, quem pater antecedit, naturalis sit, sive adoptivus, semper ex præscripto legis Vellejæ institui debet, alioqui præteritus censetur. Qua de re abunde dictum in exegesi §. 2. *sup. de exhær. lib.* Cùm igitur hic quæratur de eo, qui extraneus sit, non tempore substitutionis, sed institutionis; tantum abest ut hic locus confirmet contrariam sententiam, ut eam etiam refellat. Non possunt ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam apertè & verbis & menti Jurisconsulti ac rationi juris per omnia convenit, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse, quàm meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit.

Veluti si quis, &c.) Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ à Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula usi fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Impp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, *l.* 4. *in pr. eod.* Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat, *Si filius hæres non erit, Titius esto.* Hìc enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum *& si filius hæres erit, & impubes decesserit.* tacitè substitutum videri *d. l.* 4. *in pr.* nisi voluntas testatoris apertè refragetur, *l.* 4. *C. eod.* Et enim quod pupillaris substitutio hìc quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si, filius non esset, voluisse quoque eumdem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quàm impuberi filio; cui etiam utile esse creditur, hæredem à patre accipere, *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.* In voluntate autem testatoris manifestè contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minimè intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressè in secundum casum substitutum dedit, §. 3. *inf. eod.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cùm fit, palam est, testatorem in eum dumtaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredum substitui poterat, *d. l.* 4. §. 2. *l. Lucius.* 45. *hoc tit. d. l.* 4. *C. eod.* Porro etiam vice versâ expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent Polit. *de subst. pupill. quæst.* 8. *n.* 39. Vigl. *hic. n.* 19. Ant. Fab. *dec.* 32. *err.* 9. & 10. pauci (quamquam nonnullos alios Viglius laudat) sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant, ac seriò contendunt, in substitutione pupillari expressa vel vulgarem tacitè numquam contineri. Nos quidem numero interpp. nobiscum sentientium longè superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Severi relatis à Modestino *d. l.* 4. *in pr.* quæ hæc sunt: *cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque, &c.* Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum*

unum casum, quomodo Impp. loqui debuerant, si tantùm in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *eum in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primus an secundus tantùm expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *d. l.* 8. §. 2. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, & intra pubertatem moreretur, ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresè impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillari, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum dumtaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantùm, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse. At hujusmodi quæstioni post D. Marci constitutionem locus non est, cùm non uterque alteri in casus diversos, sed uni dumtaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solùm in primum, sive solùm in secundum casum. Denique à ratione non magis alienum est, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus in primum, quam quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum, immo fortior voluntatis conjectura pro illo, quàm pro hoc, quod etiam D. Christin. *vol.* 4. *decis.* 15. *n.* 4. notat. Nam cùm pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est, consecuturum, eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est, patrem voluisse etiam filio hærede non existente, sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quàm in superiore, quanto magis apparet, testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filiiquoque bona, si quæ postea obvenerit, habere voluit, quàm eum, quem expresse sibi tantùm hæredem fecit. Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. post.* Quo tamen loco longè aliam quæstionem Jurisconsultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris se hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur; an verò hæreditates, quas nuda existentia potestate jure civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris, nec legitimos hæredes abstinente pupillo posse patris hæreditatem cernere. Et quidni præsupponendum esse dici possit, in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi, quod ad istam quæstionem attinet, idem sensisse videtur Javolenus quod successor ejus Julianus, cujus sententia ut pupilli utilitatem impugnans notatur à Marcello & Ulpian. *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centum virali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilian. *lib.* 7. *inst. orat. c.* 7. meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium hæredem substituerat. Cùm posthumus natus non esset, exorta de hæreditate controversia est inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur; jam verò posthumum ne natum quidem esse, ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit Centumviris, M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Vigl. & Fabr. proferunt, absurditatibus, ita ipsum, cùm res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem, ut credibile est Q. Mucii constitutione Impp. Marci & Severi confirmatum est. Planè in substitutione exhæredato facta eamdem interpretationem non esse admittendam facile concedam.

7.

Quam

Quam in suam tutelam venerit.) Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, hoc est, eam, quæ tutorum potestati subjecta est: nam pubertate tutela finitur; & post eam ætatem adolescens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpe, tum *lib. 1. de Orat. & lib. 2. de invent.* Nostri passim, Javolen. *l. cum ex filio 39. hoc tit.* Nerat. *l. pater filio. 54. de hær. instit.* Julian. *l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.* Paul. *l. si filiæ fam. 51. de legat. 3.* Prætor in edicto suo *l. 5. §. 2. quib. ex caus. in possess.*

Si quidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres.) Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat? An tunc solùm, cùm pupillum ante patrem defungi contingit, an verò etiam tunc, cùm patri superstes, paterna hæreditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solùm substitutum venire, & patri hæredem fieri, cùm filius, vivo adhuc patre, mortuus est. Ego verò censeo, etiam tunc cùm impubes patri supervixit, & expressè bonis paternis se abstinuit, posse substitutum defendere ex substitutione patris hæreditatem sibi delatam, conditionemque hanc, *Si hæres non erit* ex mente testatoris explicandam, ut ea extitisse intelligatur, non cùm quis nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum. 67. de rit. nupt. l. si post. 68. de legat. 1.* apertè negant, filium, qui se abstinuit, hæredem extitisse. Nam licet etiam is, qui se abstinuit, jure civili pro adhuc hærede habeatur, unde dicitur non esse sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l. cùm quasi. 30. §. sed & si 10. de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam sua habeat effecta: *l. 12. hoc tit. l. filius. 41. cum l. seq. l. ult. de acq. hær. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poss.* tamen in proposito nudum nomen hæredis sive nudam illam existentiam considerare non oportet: alioqui nullo modo vulgariter suo hæredi substitui posset. Et cùm, ut docuimus initio *tit. præc.* conditio ista, *Si hæres non erit*, etiam casum voluntatis contineat, & consequenter tamquam conditio potestativa necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat hæredis voluntarii per *l. 4. in pr. l. jam dubitari. 86. de hæred. instit. l. 12. de cond. inst.* ut jam pro concessa sibi à patre potestate suo arbitrio velle aut nolle possit, & citra beneficium prætoris jure civili se abstinere; sanè in casu nostro hæreditas pro acquisita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si verò extiterit hæres filius) Videamus item quando filius patris hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo, hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti, hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verùm illud bellissimè quæritur, an etiam filio, qui expresse abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda hæredis sui existentia confirmetur tabulæ patris & pupilli? Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus, nudæ existentiæ tribuimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cùm vulgaris substitutio adita hæreditate expiret. Ad hæc cùm dicamus, in substitutione vulgari verba hæc, *Si filius hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immiscere se paternæ hæreditatis noluerit, etiam ex contrario quæ sunt pupillari substitutionis *Si filius hæres erit*, sic accipi oportebit, si bonis paterris se immiscuerit: utrobique immixtio, non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint à patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hæreditatem patris adire, *l. 11. §. 1. ad sen. Treb.* Cæterum quominus ita statuamus, impeditur textu expresso *l. 12. hoc tit.* item his locis, *l. Julianus. 42. de acq. hæred. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poss.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantùm hæreditatem adeat. Stultè & ineptè, si substitutus abstinente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsenti, cùm pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hæreditatem deferri substituto, nudæque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicuè probat *l. ex contractu. 44. de re jud. l. filius. 41. de acq. hær.* Nec verò adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem

nem non nudæ existentiæ, sed immixtioni: non enim necesse est ut nomen hæredis aut existentiæ in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur: Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis, *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & subsineantur tabulæ pupillares. Planè si filio datus sit cohæres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porc. *ad tit. de Attil. tut.* atque hic quia vires testamenti à cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit, filium sola potestate juris pro parte sua hæredem existisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l.* 11. §. 1. *ad sen. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim sui hæredis nuda existentia, quæ fit ἀτόμῳ, & ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest hæres alius, qui adire potest, vid. Bart. *in l.* 12. *hoc tit.* & *d. l.* 11. §. 1. *ad Treb.* qui meo judicio felicius hæc expedit, quàm vel Cujac. 26. *obs.* 1. vel Ant. Fab. *dec.* 31. *err.* 8. add. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 12. *thes.* 3.

Ipsi filio fit hæres substitutus) Et in tantum succedit, quantum filii fuit, cùm is moreretur, sive à patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim pupilli hic est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis hæredem substituit *l. sed si* 10. §. *ad substitutionem* 5. *hoc tit.* Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quàm quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. l.* 10. §. *in adrogato* 6. Quia verò ex notissima ratione juris quamdiu ex testamento defertur hæreditas, aut saltem spes est fore, ut deferatur, hæredes ab intestato succedere non possunt, certum est, legitimos pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui circa substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, à substituto hæreditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli: quamquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quod à liberis præterita testamentum eorum inofficiosum dicere possit, aut per *Nov.* 115. ipso jure evertere, utique si vera est communis opinio; quod nunc non disputo. Cùm igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere, cùm non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum faciat: nam quod quis ex persona & nomine alieno faciat, majorem vim habere non potest, quàm haberet, si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur, *l. minor.* 51. §. 1. *de proc. l.* 13. §. *pen. de damn. inf. l.* 10. *C. de hær. inst. c. quod per alium de reg. jur. in* 6. *cum similib.* Contrarium tamen disertè ab Ulpiano responsum *l.* 8. §. 5. *de inoffic. test.* est, nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam, quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit: cujus autem rei pupillum argui non posse, quia ipse testamentum non fecit, uxori verò contra mariti testamentum querelam non competere: quæ ratio etiam admissa communi DD. opinione accommodari potest ad jus novum. Quidquid enim novi juris à Justiniano constitutum est, ideo tantùm pertinet, sicut ipse testatur ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque verò pater, cùm liberis suis testamentum facit, testatur ex persona & nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet potestate juris patrii. Hoc ipsum manifestè quoque confirmat *l.* 9. *C. hoc t.* quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris. Negata querela consequens omnino est, matrem à substituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque constitutione Bonifacii VIII. nominatim expressum est *cap.* 1. *in fin. de testam. in* 6. *Licet filius*, inquit Pontifex, *testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest.* Bocerus *comment. ad hunc* §. putat, matrem, etsi per querelam rescindere testamentum non potest, alia tamen via legitimam consequi posse, nimirum conditione ex lege; quoniam generaliter cautum est, ex bonis liberorum matri legitimam esse relinquendam, *l. omnimodo* 30. *l. quoniam* 32. *C. de inoff. test. Nov.* 1. *in pr.* Sed jam probavimus, id verum esse, quando liberi ipsi testantur, non cùm pater pro suo jure iis testamentum facit. Neque assentiri possum Menochio, qui *lib.* 4. *præsumpt.* 38. existimat excludi quidem matrem à legitima, quantum ad bona patris attinet, non autem quoad

quoad bona filii: siquidem pater in testamento, quod filio impuberi facit, non tam de suis, quàm impuberis bonis disponit, & exhæredato quoque dat substitutum. Atque illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, eum nec petere posse legitimam, ut bene disputat Fachin. *lib.* 4. *contr.* 42. & est communis hæc opinio, Gomez 1. *res.* 4. *n.* 7. Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 11. *n.* 24. Graff. §. *substitutio, quæst.* 12. *n.* 5.

12 Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam cùm ex constitutione Impp. Marci & Veri hic non minus testamentum atque ex eo hæredem pupillus habeat, quàm si expressè in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia, etsi à DD. comm. improbata est, tamen apertè satis confirmatur à sensu contrario *in l.* 2. *C. hoc tit.* in qua Impp. respondent, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere, & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis hæredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quàm qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantùm: de quo non obscurè significatur, si personis omnium uterque casus conveniret, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt *l. Lucius* 45. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Sed duo loci hic nobis objiciuntur *l. precibus* 8. *C. hoc tit. l. ult. C. de inst. & subst.* Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis, de quo loquitur *d. l.* 8. quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus; sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l.* 6. *C. de test. mil.* ut proinde in horum testamentis vulgaris expressa non contineat tacitam pupillarem: idemque esset, etsi non mater in specie illic proposita & decissa, sed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuisset. In *l. ult. C. de inst. & subst.* hic casus proponitur: Testator posthumum & uxorem hæredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstite matre decessit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, & matrem potius quàm substitutum ad successionem impuberis admittendam: & secundùm eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. Quis verò non videt hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, *in hac specie, in hujusmodi casu*, & quo colore alioqui Pap. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hìc esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hæreditatis & ipsa instituta fuit, posthumoque cohæres data, etsi posthumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit, ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere à luctuosa hæreditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris, *si filius posthumus hæres non erit*, sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *si posthumus natus non erit.* Unde iterum non conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumo data, hunc casum, *si posthumus natus non erit* trahendum esse ad oppositum, *si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit*: ut fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur, eum, quem posthumo substituit, sibi hæredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthnmus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredem esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & Vigl. *hìc.* Dot. *ad l.* 8. *C. hoc tit.* Vaud. 1. *quæst.* 44. Ant. Fa. 15. *conj.* 9. *& seq. & dec.* 33. *err.* 5. latè Vasq. *de succ. prog.* §. 55. *& seqq.* Diff. Gloss. & Dd. *comm. in d. l.* 9. Gomez. 1. *res.* 4. *n.* 8. Cova. *in cap. Raynutius. x. de test.* §. 4. *n.* 6. Fachin. 4. *contr.* 40. *&* 41. D. Tulden. *comm. hic cap.* 3. *& ad C. hoc tit.* Perez. *ibid. nu.* 26. *&* 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 15. *n.* 5. Ubi etiam refert, Supremum Senatum Mechlinienſem aliquando

quando censuisse, per substitutionem in pupillo factam, ne expressam quidem, matrem hodie legitima privari posse. Sed hoc opinor ex eo est, quia in Belgio utique in plerisque Belgii provinciis, substitutioni pupillari planè non est locus; de quo pluscula sub §. *ult. inf. eod.*

Moribus institutum) Vulgaris substitutio confirmatur lege 12. tabb. his verbis: *Uti quisque legassit super pecunia sua.* Pupillaris ad eam legem non pertinet: quippe in qua pater non de sua pecunia suisve bonis, sed alienis, id est, liberorum, disponit, *l.* 10. §. *ad substitutu. 5. hoc tit.* sed substitutio hæc moribus introducta est, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* & quo patri lege 12. tabb. permissum erat in tutela, ut liberis impuberibus in potestate constitutis testamento tutorem daret, hoc consuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipsi testamentum facere non possint, testamento hæredem dare, continuata vi patriæ potestatis, etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem, qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua adveniente substitutio expiraret. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solùm honorificum, sed etiam utile visum, hæredem testamentarium, & eum, qui patris judicio datus esset, habere, *l.* 42. *de acq. hær.* Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit, propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulæ, vivo adhuc & impubere filio, aperirentur, §. *fin autem.* 3. *infr. eod.* VINN. Vulgo quidem negant pupillarem substitutionem esse ex XII. tabulis propter *l.* 2. *pr. ff. de vulg. & pupill. substitution.* ubi ejus origo MORIBUS adscribitur, quum contra vulgaris diserè ex XII. Tabulis manasse dicatur in *l.* 10. §. 5. *ff. eod.* Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex XII. tabulis esse, quum in illas migrasse πάντας τὺς πατρικὺς ἐθισμὺς vel ἀγράφυς ἐθισμὺς, testetur Dionys. Hal. *lib.* 2. *p.* 96. *& lib.* 10. *p.* 676. Sanxerant Decemviri; *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* REs ratione patris erant & liberi, qui & mancipari poterant Caji *Instit. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3. & vindicari *l.* 1. §. 1. *ff. de rei vind.* quin iis furreptiis locum habeat actio furti. *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Quemadmodum itaque tutela testamentaria est ex XII. tabulis quia paterfamilias potest *legare de tutela suæ rei* ita ejusdem originis erit pupillaris substitutio, quia Decemviri patrisfamilias concesserant *legare super pecunia suæ rei.* HEIN.

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari sancimus: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis; quæ, post quam pupillus adoleverit, infirmatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutione*) *L.* 9. *Cod. de impub. & al. subst.* olim opus erat speciali privilegio, *l.* 43. *hoc tit.*

Ut si qui habeant filios.) Licet non habeant in potestate, *d. l.* 9. ibi, *qui vel quæ testatori vel testatrici.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta?*

2 *Utroque parente superstite & exemplaris substituente; patris potius quàm matris substitutionem ratam esse.*

3 *Substitutiotem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoque ad mutos & surdos quoque posse porrigi.*

4 *Etiam impuberibus mente captis & à patre, in cujus potestate sunt, exemplariter rectè substitui.*

5 *Eum quoque, qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*

6 *Si plures sint mente capti liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui.*

7 *An etiam exhæredatis exemplariter substitui possit?*

8 *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmatæ vires recipiat redeunte morbo?*

HOc §. agitur de substitutione mente capti, quæ pupillari substitutioni finitima est, atque ejus specie quædam imperfecta: unde à nonnullis quasi pupillaris dicitur. Vete- 1

res interpp. exemplarem vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est. Sciendum verò, ante tempora Justiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus, sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi licere, specialiter à Principe impetrassent, *l. ex facto.* 43. *hoc tit.* quod quia vel non semper impetrari, aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur. Justinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata à Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum, quo hæredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, *l. humanitatis. 9. C. hoc tit.* Utriusque hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostendetur in progressu.

a *Qua ratione*) Nimirum eadem illa, quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia sc. liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus, qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt. VINN. At non planè eandem est substitutionis ratio. *Pupillaris* enim ἀμέσως nititur patria potestate; *exemplaris* τρόπῳ illa parentum naturali. Quare illa fit à solo patre; hæc ab utroque parente. HEIN.

Ut si qui) Sine distinctione sexus aut gradus aut potestatis parentum: ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantùm referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis; sed ex sola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem est in omnibus parentibus, *d. l. 9.* quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur: *parenti, qui vel quæ testatur; testatori vel testatrici.* Poterit igitur & mater hoc modo substituere, & avia, & pater, filio emancipato. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris portius, quàm matris substitutio rata sit, ut rectè Vasq. *lib. 2. de succ. prog.* §. 17. *n.* 39. *& seq.* Don. *6. comm.* 27. Quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in *d. l. 9. n.* 8. quod etiam probant D. Perez. *in Cod. hoc tit. n.* 31 & D. Tuld. *in comm. hic c.* 10. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire; nam utraque fit bonis liberorum omnibus: & insolens est, aliquem cum duobus testamentis decedere; quamquam fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeo curent. Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos) Furiosum quoque mente captum esse, id est, lumine mentis carere, certum est. Sed usu veterum mente captus à furioso distingui solet, & furiosus dici, qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis est, nulla fere signa ostendens extrinsecus: & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpe remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. *& d.l. 9.* incidit, propterea quod utrobique mente capti tantùm Justinianus meminit. Et verò potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum D. Marcus permisisset filio mente capto uxorem ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset; quoniam in mente captis nullæ sunt morbi induciæ, furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniore sunt, quod tempus expectandum videri poterat: quam tamen dubitationem substulit Justinianus, producta D. Marci constitutione ad furiosi quoque filium, *l. si furiosi. 25. C. de nupt.* Cæterum in proposito non video, quæ posit esse dubitandi causa, cùm omnino hic eadem ratio sit utriusque; & furore intermisso, liberis ipsis, si in potestate non sint, testari permissum, ac testamentum paternum abolere. *Fac. l. ex facto.* 43. *in pr. vers. nam & si hoc. tit. l. 2. C. de cur. furios.* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et rectè igitur Theoph. vertit μεμηνότας ἤγουν παραφρονοῦντας. Quinimmo putem, constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo ad surdos & mutos quoque liberos porrigendam: quo casu ipsi testari non possunt: quæ & communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat

bat nisi ex privilegio, nunc liceat jure communi, Gomez. 1. *resol.* 6. *n.* 3. *&* 4. Covar. *in c. Raynut.* §. 6. *n.* 1. Graff. §. *substitution. quæst.* 44. *n.* 4. *&* 6. quamvis aliud visum Viglio *hic.* Govean. *in d. l. ex facto* 43. *hoc tit.* D. Tuld. *in comm. hic. c.* 10. Perez. *in C. eod. n.* 30. *arg. l. quod vero.* 14. *de legib.* cui occurri potest ex D. Præside *loco* 79. *n.* 18. *& seqq.* Planè ad phræneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat Vasq. *d.* §. 17. *num.* 108. per verb. constitutionis *perpetuo.* Graff. *d. quæst.* 44. *n.* 3.

Vel nepotes) Eadem autem conditio hic exigitur, quæ in substitutione impuberum, ut nepotes, quibus exemplariter substituitur, post mortem testatoris non sint recasuri in potestatem patris sui, *l.* 2. *hoc tit.* Nam & hæc substitutio testamentum liberorum est. Qui autem sunt in potestate, nec testamentum nec hæredem ex testamento habere possunt, *l. pen. & ult. C. qui test. fac.* Quare & si mater substituit, mortua ea, superstite patre mente capto, evanescet substitutio secundum plerosque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri esse, ut substituat, de quo latè Vasq. 2. *de success. prog.* §. 17. *n.* 63. *& seqq.*

Et si puberes sint) Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Ait, *Etsi puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre substituere volente, quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre, in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua ex 12. tabb. jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela sunt, *l.* 3. *de tutel.* ita videri potest, nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cùm pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia: nam finita tutela succedit, & administrationem bonorum puberis suscipit curator, quem ex aut Magistratus tutoris subrogat, ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit: finita autem substitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est, qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est ut dicamus posse matrem etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio, ita & Duar. *in tit. de vulg. & pup. c.* 19. & DD. comm. Vasq. *d.* §. 17. *n.* 68. Graff. *d.* §. *q.* 41. Dissent. D. Pacius *in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris substit.) His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, *Si filius hæres erit,* ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter substituit, sibi prius testamentum facere, sibique in eo hæredem instituere, quàm filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, §. *liberis.* 5. *infr. eod.* 5

Certas personas) Differentia tertia. In substitutione pupilari licet impuberi filio quosvis substituere, etiam fratribus ejus præteritis: in substitutione mente capti non licet: sed in hac primum liberi, si quos habet, dein his non extantibus, fratres mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, *d. l.* 9. *C. hoc tit.* Et notandum, quod in constitutione adjicitur, non esse necesse, si plures sint mente capto liberi aut fratres, ut substituantur omnes, sed satis esse, vel unum ex iis substitui; ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed & impune posse præteriti, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur querela inofficiosi: quod tamen in liberis mente captis vix est ut ab iniquitate defendi possit, vid. Vasq. *d.* §. 17. *n.* 55. *& seqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benignius præsumamus, avumque testatorem nepotibus præteritis tantumdem de propriis bonis in compensationem relicturum. Inducitur vulgo ex verbis d. constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter substitui concedit constitutio, quam si legititima eis relicta fuerit: & cùm igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, *Nov.* 115. non aliter testamentum paternum consistere, aut querelam inofficiosi evadere plerique existimant, quàm si liberi in eo hæredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua; quo casu si minus legitima relictum sit, id quod deest, eos consecuturos condictione, ex *l.* 30. *C. de inoff.* nimis enim superstitiosos esse, qui negant subsistere testamentum, nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exhæredato non rectè exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflicto addatur afflictio. Bart. *in l.* 43. *nu.* 18. *hoc tit.* DD. comm. *in l.* 9. *C. eod.* Graff. *d.* §. *q.* 44. *n.* 5. Quibus assentiri non possum. Nam cùm etiam liberi 6

furiosi à patre exhæredari possint, *l.* 27. *C. de Episc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.* quod sic accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictum sit, modo exhæredentur ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ, quod Bart. quoque *d. loc. n.* 19. & DD. comm. concedunt: Vasq. *de succ. creat.* §. 21. *n.* 256. non ideo, cur non & his exhæredatis possit exemplariter substitui. Sanè verba constitutionis non refragantur. Nam quod legitima relinquenda adjicit Justin. id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit, testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inoff. posset everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissimè Imp. voluit, legitimam relinquit tit. institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit, utrumque rite facta sit exhæredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius *infr. tit.* 18. Duar. *ad hunc tit. c.* 20. Covar *in c. Raynutius.* §. 6. *n.* 2. & 3. Bocer. *hic n.* 21.

Sin autem resipuerint, infirmari) Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*; ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia: quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere: iniquum enim esset, testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l. ex facto.* 45. *hoc tit.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui hæredis agnatio. Quid autem si filius in eamdem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. subst. exempl.* post Baldum & Salicet. *in d. l.* 9. *C. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod & Covar. *in d. c. Raynutius.* §. 6. *n.* 11. probat. Perezius ad *eund. tit. C. n.* 33. indistinctè negat umquam convalescere. Vasquius contra convalescere ait, sed ita, quasi interim non extinctam, idque etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib.* 2. *de success. progress.* §. 17. *n.* 48. & *seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum Jason. & alios à Vasq. & Covar. allegatos. Ratio juris suadet, ut dicamus, cum Donel. 6. *comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eumdem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *arg. l.* 6. §. 2. *de hær. inst.* §. 4. *inf. de hær. qual.* nisi forte per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum fecerit, *per* §. 1. *sup. quib. non est perm. fac. test.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, *arg. l. cohæredi.* 41. §. 2. *hoc tit.* Quæ etiam sententia videtur D. Viglii. *hic n.* 19. male in contrarium allegati à D. Perezio. Add. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 5. *c.* 16. *n.* 24. & *seq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi hæredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

REdit Imp. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari, Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta; quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.* 20. *hoc tit.* & *passim.* ea verò pars, qua impubes ipse aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in pr. traditam: quod ostendunt verba secundum præfatum modum ordinata. Hoc sensu rectè dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utrisque mors expectanda, quod duæ aditiones necessariæ, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 11. §. 1. *ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8. *test. quem. aper.* quod pater una hora sibi, alcera filio hæredem facere potest, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris.* 20. *eod. l.* 8. *in fin. sec. tab.* quod filio substitutus, eo abstinente, non cogitur paternis credi-

ditoribus respondere, *l. Julianus.* 42. *de acq. hered.* & apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati.

Unum testamentum duarum causarum) Rectè quoque, sed sensu universo, unum hìc esse testamentum dicitur, *l.* 2. §. *prius* 4. *d. l. patris* 20. *hoc tit. l. patremfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* nimirum, tum ratione causæ efficientis, quia unum dumtaxat auctorem habet: tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *d. l.* 20. tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso, aut irrito facto, simul concidit, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 3. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *test. quemad. ap.* §. 5. *inf. hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l.* 11. §. *quod vulgo* 5. *ad leg. Falc.* quod juri accrescendi locus est inter re conjunctos, *l. planè* 34. §. *sed si* 10. *de legat.* 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomannus, qui singula accuratè persecutus est.

Textus.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum acceperit post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem, per quam, si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino proprietateque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.*

Notæ.

3. *Proprio lino*) Vide *comment. infra.* Exempla substitutionis pupillaris factæ in ima cera, sive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideic. libert. l.* 8. §. *ult. sec. tab.*

In priore parte cavere) Etsi non cavit, voluisse tamen intelligitur, qui separatim obsignavit tabullas pupilli, *l.* 8. *test. quem ap.*

Commentarius.

Quia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datus, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto constrictam obsignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo insidiarum subjaceat) Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap.* XI. legimus, mulierem quamdam Milesiam, accepta à secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse: cujus rei meminit Triphon. *l. Cicero* 39. *de pæn.* Citius autem periculum metuitur à substituto pupillariter, si is mortuo patre pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque, antequam pubescat, è medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit: nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset. Sueton. *in Galb. cap.* 9. Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentiæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr.* 2. *v.* 12. de improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat:

——*Pupillumve utinam, quem proximus hæres*
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *l.* 2. *satyr.* 5. *v.* 48.

Arrepe officiosus, & ut scribare secundus
Hæres, ut si quis casus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis testamenti partibus) Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commodè aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr.* 5. *v.* 53. *sequ. primam ceram* vocat, sicut Tranquillus *in Julio c.* 83. partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Varr.* 3. *extremam ceram codicis.* Quod intelligendum est è consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, §. *nihil autem* 12. *sup. de testam. ord.* consule D. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 11.

Sepa-

Separatim in inferioribus partibus) Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib.* Paul. *l. ult. ad sen. Treb.* Ulp. *l.* 8. *test. quem. ap.* quo loco etiam hoc scribit Jurisconsultus, prætorem non pati sine causæ cognitione aperiri tabulas pupillares, quæ separatim ignotas testator relinquit, quamvis expressè non caverit, ne aperiantur: quia sc. prætor existimat, id nullo modo è re pupilli futurum esse.

Proprio lino) Significat, testamenti tabulas diverso lino ita ligandas esse & complicandas, ut lino inciso singulæ per se commodè aperiri possint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit plerisque locis, *l. Aurelius* 28. §. 1. *de lib. leg. l.* 1. §. *pen. & ult. de bon. possess. sec. tab. l. pen. C. de testam.* apud Lucian. *in Timone*, Sueton. *in Neron. cap.* 17. *Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur.* Add. Alciat. 4. *parad.* 6. Cajus 2. *inst.* 4. §. 3. de hac cautela sic scribit: *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substitutus aliquas insidias moliatur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris substitutio scripta est, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obsignata permaneat, & prior pars testamenti, in qua hæres scriptus est, reseratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur) Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *l.* 3. *C. quemadm. testam. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *l.* 8. *ff. eod.* Quæsieris, quid juvet, hanc adhibuisse cautionem, cùm qui in vulgarem casum impuberi à patre substitutus est; etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci *l.* 4. *hoc tit.* Nam facta palam substitutione vulgari, etiamsi altera celetur, in idem incommodum incidi; quia substitutus ignorare non potest, mortuo impubere, se ei hæredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis est responsio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut substitutioni vulgari expressè, pupillaris insit: in voluntate testatoris manifestè contraria secus esse, *d. leg.* 4. §. 2. *& l.* 4. *C. eod.* Neque enim unquam in re manifesta, aut ubi de voluntate constat, præsumptionibus aut conjecturis locus est, *l. continuus* 137. §. 1. *in fin. de verb. obl.* Quamobrem cùm in casu præsente ex priore testamenti parte constet, testatorem expressè aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperire vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cùm scire non possit, ipsumne an alium testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere) Igitur Justinianus hìc non imperat, sed suadet. Consilium est, non præceptum, & ut Græci ἐν νόμοις, ἀλλὰ παραίνεσις; neque enim eo minus valet pupillaris substitutio, quod scripta est in iisdem tabulis, quibus testator sibi hæredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest: filio impuberi per nuncupationem substituere, *l.* 8. *in fin. sec. tab. l. patris* 20. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus substituitur.

4. *Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*) *L.* 2. §. 2. *l.* 10. §. 5. *hoc tit.* Ulpian. *tit.* 23. §. 7. quia pater non suis bonis substituit, sed impuberis, videlicet jure potestatis, *d. l.* 10. §. 5. quo & tutorem dat, *l.* 4. *de test. tut.* Formula: *Titius hæres esto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.*

Ex hæreditatibus legatisve, &c.) *D. l.* 10. §. 5. Non tamen potest pater ab exhæredato legatum relinquere, *l.* 41. §. 1. *hoc tit.* neque à substituto exhæredati, *l.* 41. §. 3. *de test. milit.* Legatum onus est: hæredem habere non est.

Etiam de posthumis) *L.* 2. *eod.* exempl. *in l.* 46. *hoc tit. l. ult. C. de instit. & subst.*

COMMENTARIUS.

1 *Formula substitutionis pupillaris exhæredato factæ.*

2 *Male in vulgatis codicibus interpungi*, l. miles 41. §. 4. de test. milit.

3 *Patrem ab exhæredato filio ejusve substituto legare non posse.*

An

4 *An exhæredatio extinguat jus suitatis? Quæstio subtilissima.*

(*Ed etiam exhæredatis*) Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *l. 1. de injust. rupt. l. inter extera* 30. *de lib. & post.* Exhæredatis autem rectè substituitur, *l. 1. §. 2. l. 10. §. ad substitutos 5. hoc tit.* nimirum jus hoc substituendi, et & tutores dandi, non ab institutione hæredis; sed à potestate patris pendet; quippe non suis bonis, sed impuberis substituit; quo argumento utitur Ulp. *d. l.* 10. §. 5. Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *l. Julian.* 42. *de aq. hær. fac. l. 6. in pr. de interrog. in jur.* Sed quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filii hæredis instituti: *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantùm hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit: *Titius hæres esto; filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem colorata, ut monui initio hujus tit. INN. Sed hoc ipso confirmatur sententia nostra, quod hæc testamenti factio sit ex XII. tabulis. Quamvis enim substitutio hæc nec legaris dici possit, nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia sic etiam paterfamilias testatur *de pecunia suæ*. HEIN.

Pupillo ex hæreditatibus legatisve) Nam uti modo dictum est, non suis, sed impuberis bonis substituit testator. Turbavit hic multos curiosa lectio *l. miles* 41. §. 4. *de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur: *Exhæredato miles & emancipato filio substituere licet. Verùm hoc jus in his exercebitur, quæ ab eo ad eum, cui substituit, pervenerunt, non tamen in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Quod exhæredato filio à milite substituto ea tantùm accipit, quæ à testatore prodita sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Cæterum alia omnia ex juris efflagitat: nec responsum istud, si legas, defendi potest à summa absurditate. Quod cùm animadverteret D. Viglius, ausus est, quamquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dicendo *exhæredato*, in calcem præc. §. transposita, novum sic inchoare, *Miles & emancipato filio, &c.* quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem postea compertum est *Pisani codicis auctoritate confirmari.*

Ad substitutum pertinebit) Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt; primum, an quemadmodum pater exhæredato rectè substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum rectè relinquat: alterum, an à substituto exhæredati legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem à filio, 3
quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere non posse, *l. cohæredi* 41. §. 3. *hoc tit.* Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quàm iis, quos defunctus honoravit, & tantùm pro modo relicti, *d. l. cohæredi*, §. 3. *l.* 1. §. *sciendum 6. de legat.* 3. *l. 9. C. de fideic.* Substitutio verò onus nullum continet, (neque enim onus est hæredem habere,) sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit à substituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quàm habet in eo, cui substituit, *l. qui fundum* 87. §. *qui filios 7. vers. dicet aliquis, ad leg. Falc. l. ab exhæredati* 126. *de legat.* 1. Planè quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum à patre accepit, fideicommisso itidem à patre gravari potest, *d. l. cohæredi*, §. 3. ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Justinianus, *l. cum quidam* 24. *C. de legat.* ut bene observavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari à substituto exhæredati poterat, quantumvis legatum etiam amplum à patre accepisset, *l. miles* 41. §. 3. *de test. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata ex legatario ejusve hærede non rectè relinquebantur, at bene fideicommissa. *inf. de sing. reb. per fideic. rel. in pr. d. l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

Eadem etiam de posthumis intelligimus) Quæstionem, an hodie post *Nov.* 115. *c.* 3. posthumus exhæredari, & consequenter, an ei exhæredato substitui possit, alio loco reservamus. Illud pro coronide hic indagare lubet, 4
verumne sit, quod nonnullis visum est, per ex-

exhæredationem tolli jus ſuitatis. Nam ſi hoc verum eſt, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem ſuis tantùm hæredibus ſubſtitui poteſt. *l. 2. in pr. hoc tit.* Verum autem eſſe, hiſce argumentis probari videtur. Primùm, ſi exhæredati ne hæredes quidem ſunt, nec ſui hæredes dici poſſunt: cum non entis nulla ſit qualitas, atque ut in ſcholis ratiocinantur, *ab* eſt *ſecundi adjecti*, *ad* eſt *tertii adjecti valeat conſequentia negando.* Hæredes autem non eſſe, teſtatur Juriſconſultus *l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* Ratio enim juris manifeſta eſt, quia nec ex teſtamento nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius oſtendimus in §. *cum autem 7. inf. de hær. quæ ab int.* Secundo inter ſuos hæredes mutari non poteſt, qui pro mortuo habetur; at exhæredatus habetur pro mortuo, *l. 1. §. ſed & ſi 5. de conjug. cum emanc. lib.* Poſtremo ſui hæredis jus per exhæredationem dicitur abſciſſum eſſe, *l. 9. §. 2. de lib. & poſt.* Ex contrario verò non tolli per exhæredationem jus ſuitatis, duobus argumentis perſpicuè evincitur. Unum petitum eſt à definitione. Nam ſi ſui hæredes ſunt liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur, in poteſtate illius ſunt, & primum in familia locum obtinent: non poteſt non filius exhæredatus eo tempore inter ſuos hæredes numerari, niſi dicamus, quod inauditum eſt, exhæredatione ſolutum fuiſſe jus patriæ poteſtatis. Nec mihi objeceris, jus ſuitatis non ex eo ſolùm æſtimari, quod quis in poteſtate ſit, & primum gradum in familia teneat; verùm etiam, & maximè ex cauſa ſucceſsionis: exhæredatum autem à ſucceſsione excludi. Etenim quamdiu pater vivit; exhæredationis nulla vis eſt, eoque etiam numero, adhuc in irritum redigi poteſt, deſtituto vel reſciſſo per querelam inofficioſi patris teſtamento, *l. filium 20. in pr. cont. tab.* ut proinde jus filii ſui hæredis per exhæredationem ſublatum fuiſſe dici non poſsit. Alterum argumentum ſumitur ab effectis ſuitatis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato rectè pater pupillariter ſubſtituit. Suum autem hæredem eſſe oportet, cui ita ſubſtituatur, *l. 2. hoc tit.* Secundo, quod cùm tutor teſtamento dari non poſsit niſi ei, quem quis in ſuis hæredibus, cum moritur, habuit, *l. quo tutela 73. §. 1. de reg. jur.* rectè nihilominus detur exhæredato, *l. 4. de teſt. tut.* Tertio, quod exhæredati filii perſona obſtet nepoti, quominus ſuus hæres fiat avo, & præteritus quaſi agnaſcendo rumpat avi teſtamentum, *l. 6. pr. de injuſt. rupt. teſt. l. 7. unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus ſuitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in ſui hæredis locum ſuccedendo avi teſtamentum rumperet, non ſecus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus eſt, §. 2. *ſup. de exhær. lib. l. 13. de injuſt. rupt.* Poſtremo à jure quoque ſuitatis procedit, quod filio, qui in poteſtate eſt, exhæredato, ad tranſmittendam querelam nec bonorum poſſeſsio, nec aditio hæreditatis neceſſaria eſt. Cur enim alioqui contra filius emancipatus niſi iſta fecerit, non videtur litem præparaſſe? *l. 7. de inoff. teſt.* Neque verò adeo difficilis reſponſio eſt ad argumenta duo poſteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus ſui hæredis planè extingui. Etenim quod Ulpian. ait *d. l. 1. §. ſed & ſi 5. de conjug. cum emanc. lib.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem eſt, non autem ſimpliciter, ſed quod ad illud edictum de quo agitur, attinet; ne ſcilicet pater emancipatus exhæres factus impediat, quominus nepos in poteſtate retentus & præteritus bonorum poſſeſsionem contra tabulas ſolus petat, aut ſi concurrat patruus, partem bonorum dimidiam conſequatur; cùm ſi pater exhæredatus non fuiſſet, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo reſponderi poteſt ad *d. l. 9. §. 2. de lib. & poſt.* jus filii eo loco abſciſſum dici comparativè, reſpectu ſc. ejus, qui apud hoſtes eſt, cujus jura omnia in ſuſpenſo retinentur propter ſpem poſtliminii. Aut ſi magis placet emendatio Ant. Fabri 10. *conj. 12.* pro illis verbis, *filii jus*, lege, *illius jus*: ut hoc referatur ad nepotem, cujus ſane jus per exhæredationem patris penitus abſciſſum eſt in tantum, ut nec defuncto ante adeptam hæreditatem pater ad ſucceſsionem avi admittatur, *d. l. 9. §. 2. d. l. 6. de injuſt. rupt. teſt. l. 7. unde lib.* quæ emendatio eo probabilior eſt, quia & ſententiæ Juriſconſulti locus ſic reſtitutus melius convenit, & lectio loci mirè variat, ut videre eſt apud Accurſ. Bart. Alciat. & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propoſitum fuit: utique enim cùm verum ſit, exhæredatum morienti patri hæredem non exiſtere, conſequens eſt, nec ſuum eſſe, quo tempore pater moriatur: alioqui neceſſario poteſtate juris ſtatim hæres exiſteret, & obſtaret hæredi inſtituto, quominus ipſe directo hæres eſſe & jure civili hæreditatem cernere poſſet, *arg. l. ult. de acq. hær.* quod falſum eſſe patet ex *d. l. 6. in pr. de injuſt. rupt. teſt. l. filium 20. de bon. poſſ. cont. tab.* Quamobrem ſic omnino ſtatuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui teſtamentum mutare licet, ex-

exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter suos hæredes habeatur: atque ideo nepotibus ex se natis obstare, quominus in locum ipsius & gradum ascendant. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam rescisso aut deserto patris testamento suus hæres nihilominus patri existit, perinde ac si nulla exhæredatio intervenisset, *d. l. filium* 20. *cont. tab. l.* 8. §. *pen. de inoff. testam.* Verùm enim verò exhæredatio confirmata fuerit adita ex testamento hæreditate, hac consideratione exhæredatus amplius pro suo haberi non potest, cùm verum sit, eum patri suum hæredem non exitisse, nec existere posse, *d. l.* 1. §. *pen. de suis & legit.* add. Gomez 1. *res.* 11. *n.* 9. Hotom. 9. *obs.* 10. Ant. Fab. 9. *conj. ult.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 16. *n.* 4. Bachov. *hic*, add. Val. Reimer. *decis.* 6. *disp.* 1. *thes.* 4.

TEXTUS.

Pupillare testamentum sequela paterni.

5. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat; nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: ideo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.*

NOTÆ.

5. *Nisi & sibi faciat*) *D. l.* 2. §. 1. Immo nisi sibi prius faciat, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipiat, *d. l.* 2. §. 4. *& ult.* utique si ex intervallo diversisque tabulis sibi pater hæredem scribat, & filio substituat, quod facere potest, *l.* 16. §. 1. *l.* 20. §. 1. *eod.* Cæterum si conjunctim, eodem tempore, ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti si ita scribat, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto: Filius hæres esto*, *d. l.* 3. §. 5.

Nec filii valebit) Fac. ratio in *l.* 129. §. 2. *l.* 178. *de reg. jur. c. accessorium* 42. *in* 6. Putamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querelam novi testamenti obtinuerit per *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Patrem prius sibi debere testamentum facere, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipere; nisi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*

2 *Patris testamento non subsistente & filii nullum esse, aut corruere.*

3 *Cur rescisso per querelam testamento patris substitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum possessione non item?*

4 *Jure novissimo etiam expugnato per querelam testamento patris, salvam manere substitutionem pupillarem.*

PErmissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per emancipationem, vel contra, *l. patris* 20. *eod.* & vel instituto filio vel exhæredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque hæredem faciat, qui filio vult facere, *l.* 2. §. 1. *eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare: tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem, ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *l. nihil dolo* 129. §. 1. *de reg. jur. c. accessorium* 42. *eod. tit.* Cæterum hoc in paganis obtinet: militi enim ex privilegio indultum, ut soli filio hæredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *d. l* 2. §. 1. *l. in fraudem* 15. §. *pen. de test. mil.*

Nisi & sibi faciat) Immo nisi sibi prius faciat, deinde filio: nec converso modo à filii testamento incipiat, *d. l.* 2. §. *prius* 4. *&* §. *ult.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Merito itaque Juliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere, deinde filio hæredem scribere, neque hunc ordinem convertendum esse, incipiendumve à testamento filii, *d. l.* 2. §. 4. Minimèque audiendus est Goveanus, qui *lib.* 1. *var. lect.* 8. *in d.* §. 4. pro *comprobata* reponit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia constet, unum esse testamentum. Nam ista ratio non evertit Juliani sententiam, ut Goveano videtur, sed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic testamenta esse, unum patris, alterum filii, §. 2. *sup. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus tacitè significans, si revera duo diversa hic essent testamenta, facilè se concessurum, nihil interesse, utrum prius posteriusve factum sit: sed quia unum dumtaxat revera testamentum est, quod duas quidem partes

tes habebat, sed quarum illa, qua hæres instituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres instituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis est, sequatur altera, quæ ex priori dependet, & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi hæredem scribat, & filio substituat. Si verò conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit. Veluti si quis ita scripserit, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto. Filius hæres est, d.l. 2. §. sed & si 5.* & merito, quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrum prius, utrùm posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno, *l. cum quidem 14. de pecul. leg. fac. l. si ita 28. de hær. test.* Ad hunc modum hæc explicant Zas. *ad d. l. 2. §. 4. num. 8.* Duar. *in comm. ad hunc tit. c. 14.* Vigl. *hic*, citans Jason. & DD. ultramontanos. Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

Nec filii quidem valebit) Nam, ut dictum est, cùm principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *l. nihil dolo 129. §. 1. l. cum principales 178. de reg. jur. c. accessorium 42. eod. in 6.* Hinc fit, ut non tantùm
a ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verùm etiam corruant, si patris testamentum, quod rectè factum erat, postea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, *l. 2. in pr. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuntietur, *l. 8. sed nec 5. in fin. de inoff. test.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate, *d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. eod.* Planè si suus hæres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quàm ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæredis existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l. 12. hoc tit.* de quo plenè scripsimus ad *pr. hujus tit.* Illud ali-
3 cui mirum videatur, quod cùm, rescisso per querelam testamento, substitutio pupillaris concidat, eam tamen placet valere, cum præterito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, *l. ex duob. 34. in fin. & l. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur, reditque res ad causam intestati, quàm ex causa inofficiosi, *l. ut liberis 17. C. de collat.* Ergo hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit, cùm testamentum ordinaret, *l. 2. l. 13. de inoff. test.* ut proinde, eo rescisso perinde omnia haberi debeant, ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum, qui testamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo testamento valeat, *l. 8. §. pen. l. cum mater 28. d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam, quod prætoria remedia non ultra operantur, quàm prætor voluit, *l. in conventional. 52. de verb. obl.* Cùmque prætori hoc curæ sit, ut beneficii sui fines sic regat, ut quam potest minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat, credibile est, ob hanc causam noluisse eum vim auxilii sui porrigi ad tabulas pupillares, ne, dum aliis opitulatur, utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec prætor ipse omnino pro nullo habet testamentum, contra quod bonorum possessionem pollicetur: nam si hoc septem testium signis signatum sit, etiam scriptis in eo hæredibus, dat bonorum possessionem secundùm tabulas, scilicet si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant, *l. 2. in pr. secund. tab.* Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem, quæ edictum prætoris non offendit, salvam manere. Qua de re vide quæ superius disputavimus sub *tit. de exhær. lib.* Hodie ex novella Justiniani lege, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter institutionem, *Nov. 115. c. 3. in fin*, unde *auth. ex causa, C. de lib. præt.* & ibi comm. DD. Equidem scio, Dynum & Petrum à Bellapert. contendisse, ea tantùm ex novella ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionem hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes; secus adhuc esse in iis, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarruviæ probati *in cap. Raynut. §. 6. num. 3.* Cæterum mihi verba illa Novellæ, *& alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quàm ut omnia capita comprehenderet extra institutionem, ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est, illic per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam, qua scilicet pater sibi hæredem scripsit, non qua filio, quæ tantùm pars est & sequela paterni testamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam & olim eversio per bonorum possessionem cont. tab. testamen-

mento patris conservata fuit, *l. ex duobus* 34. *in fin. cum l. seq. hoc tit.*

TEXTUS.

Quot liberis substituitur.

6. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.

COMMENTARIUS.

1 *An postquam mater una cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata est, adhuc locus sit dispositionis hujus* §. ?

2 *An non saltem, quo mater excludatur, dici possit, fratres per fideicommissum mutuo substitutos esse?*

QUi plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciprocè, eique, qui novissimè impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *l. si pater* 25. *hoc tit.* Quod si uni tantùm substituit, hic solus testatus decedet: cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantùm substituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur; *l. vel singulis* 37. *eod.* unde hic locus sumptus est.

Intestatum decedere) Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possunt; sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cùm pater eis testamentum fecit. Porro an propriè vox intestatus impuberibus, furiosis & similibus personis attribuatur, ita ut statuta de successione intestatorum loquentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf. tit.* 1. *lib.* 3. *in pr.*

Jus legitimarum hæreditatum) Nam cùm cæteris, nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege 12. tabb. ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur. Unde quæritur, cùm hodie ex *Nov.* 118. *cap.* 2. mater defuncti una cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantùm, sive ὁμοπατρίας excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum auferat, easque dumtaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenisset, nulla facta substitutione? Prius illud dicere non possumus, nisi fingamus, substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacitè substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus. Ait enim Imp. cùm novissimo tantùm substituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum custodiri. Si verò mutua hic fingatur substitutio, priorum morientium superstites non legitimi hæredes, sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proinde dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli à lege vocabantur, legitimæ hæreditates salvæ manebant, ita hodie etiam matri, postquam ea una cum defuncti fratribus admissa est, jus legitimæ successionis integrum manere, atque ad substitutum eas dumtaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur. Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non directo, saltem per fideicommissum invicem substituti videantur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse. *l. Titia* 87. §. 2. *de legat.* 2. Species hujusmodi est, de qua consulitur; Testator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commisit, *ut qui ex eis ultimus decessisset, eum fundum, cum moreretur, restitueret Sempronio.* Respondet Jurisconsultus, in eo fideicommisso testatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus decesserit*; alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Rectè Jurisconsultus in *d. l. Titia* 87. §. 2. ex eo, quod testator proponitur eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, posterior moreretur, rogasse, ut eum fundum alii restitueret, colligit alterum fideicommissum: non enim rogatus proponitur de restituenda dumtaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam verò, quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, superstiti partem suam restitueret. In casu verò nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fi-

deicommissum inducamus; non enim in universa hæreditate, sed ultimi morientis tantùm bonis substitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7. *Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti*, Titius hæres esto: *aut generaliter, ut* Quisquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Generali formula substitutionis sollos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim scripti sunt.*

2 *Ex eadem formula solos venire, qui patri hæredes extiterunt.*

3 *Ejusdem formulæ hunc esse effectum, ut substituti easdem ex institutione partes consequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

SUbstitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus hæres esto. Si filius impubes decesserit. Titius hæres esto.* Vel generaliter, veluti, si pluribus hæredibus institutis, testator his verbis filio substituat: *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres esto, l. 3. l. 38. l. 10. hoc tit. l. ult. C. eod.* Ad quem modum vulgaris substitutio non rectè conciperetur; nam hæc formula, *Quisquis mihi hæres non erit*, &c. in infinitum producitur. Non est verò eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegeseos hujus §. ostendemus, cùm cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. quàm solam hic explicat Justinianus.

Qui & scripti sunt hæredes & extiterunt, & pro qua parte) Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit.* Primus hic est, quod his verbis vocati intelligantur illi soli, qui hære-
1 des nominatim scripti sunt, non alii, qui forte per eos, qui scripti sunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clausula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti, sed vi potestatis vel dominicæ vel patriæ hæreditas obvenit, *l. 3. l. 8. §. 1. eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d. l. 8. §. 1.* licet alias hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur, *l. hæredis 65. l. sciendum 70. de verb. sign. l. qui per successionem 194. de reg. jur. l. ult. C. de hær. inst.* nec is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, ut rectè docet D. Vigl. *hic.* Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hæreditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servum quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hæreditas sit, sed quis à patre expressè & immediatè ad hæreditatem vocatus. Ideoque, si servus quæsita domino ex institutione hæreditate, antequam ex substitutione adiret, à potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi hæres effici: sed servus vel ipse sibi hæreditatem impuberis acquiret, si forte manumissus fuerit; vel sit alienatus, novo domino, cujus jussu adierit. At verò, si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc suo facto acquirat domino; ut post Jo. Fab. *hic*, & DD. comm, *in l. filiofam. 11. de legat. 1.* docent Vigl. & Bachov. *hic*, Duar. *in comm. ad hunc tit. cap. 15. & fac. l. 3. hoc tit.* junct. §. 1. *sup. de hær. inst.* Simili igitur modo, si filiusfam. emancipatus fuerit, ipse ex substitutione hæres fiet: si in potestate manserit, patrem hæredem faciet. Alter effectus substitutionis generaliter factæ est, quod ex ea soli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt: proinde si hæres scriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli consequendam, quod testamento patris hæres scriptus est: nam alias horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. nulla vis esset, cùm à testatore jam ante hæredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, *d. l. 8. in fin. pr. hoc tit.* Tertius effectus est, quod generali formula substituti easdem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfam. hæreditate habuerunt, *d. l. 8. §. 1. in fin.* Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in §. 2. *præc. tit.* testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit. In substitutione nominatim facta, sive speciali, converso ferè modo hæc se habent. Nam primò necesse non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres à patre scriptus sit. Deinde etsi hæres ex parte scrip-

ſcriptus eſt, non eo tamen minus ex ſubſtitutione admittitur, quod patris hæreditatem repudiavit, modo utramque nunc amplectatur, niſi ſub ea conditione ſubſtitutus ſit: *Si hæres erit, d. l.* 8. *in pr.* junct. *l.* 10. §. 3. *eod.* Poſtremo nominatim ſubſtituti, non hæreditatis partes, id eſt, quæ ſingulis adſcriptæ ſunt in inſtitutione, ſed viriles ſive æquales habebunt, per ea, quæ tradidimus *ſub.* §. 2. *tit. præc.*

TEXTUS.

Quomodo ſubſtitutio pupillaris finitur?

8. *Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœminæ uſque ad duodecim annos. Et ſi hoc tempus exceſſerint, ſubſtitutio evaneſcit.*

NOTÆ.

8. *Evaneſcit ſubſtitutio*) Quamvis longuis tempus comprehenſum fuerit, *l.* 4. *eod.* quod autem evaneſcit, nec ad cauſam fideicommiſſi proficit.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillarem ſubſtitutionem extingui anno quartodecimo, aut duodecimo completo, licet non ſuperato.*

2 *Si longius tempus comprehenſum fuerit, an poſt pubertatem ſubſtitutio valeat jure fideicommiſſi?*

3 *An ad cauſam fideicommiſſi trahatur, ſi demum à pubertate ſubſtitutio incipiat?*

DIctum ſupra eſt, pupillarem ſubſtitutionem introductam eſſe ex hac cauſa, quod cùm liberi in ea ætate eſſent, ut ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſent, utile atque ex re ipſo rum viſum fuerit, ut parentes eis facerent, Quamobrem cùm ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipſi teſtari poſſunt, ceſſante fine ſubſtitutionis, merito placuit, eam extingui: alias, quod iniquiſsimum eſt, civi Romano puberi teſtamenti factio auferretur, *l. ex facto.* 43. *hoc tit.*

Uſque ad quatuordecim annos, &c.) Maſculi enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *ſup. quib. mod. tut. fin.* à qua ætate jam ipſi teſtamentum facere poſſunt, *l.* 5. *qui teſt. fac.* Ait, *uſque ad quatuordecim annos*, quibus verbis ſignificat, omne ſpatium, quod eſt intra pubertatem, liberum eſſe patri ad ſuſtituendum filio, finem autem hujus arbitrii eſſe pubertatem. Quapropter ſi quis verbi cauſa ita ſubſtituit: *Si filius meus intra decimum annum deceſſerit, &c.* pupilluſque ad eos annos pervenerit, expirat ſubſtitutio, licet poſtea deceſſerit intra annum decimum quartum, *leg. ſi ita.* 21. *d. l. ex facto.* 43. §. 1. *eod.* At ſi in ſubſtituendo annos pubertatis egreſſus ſit, finietur nihilominus ſubſtitutio pubertate, *l. in pupillari.* 14. *eod.*

Si hoc tempus exceſſerint) Liberi nimirum, quibus facta eſt ſubſtitutio, maſculi annos quatuordecim, fœminæ duodecim: neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui ſubſtituerunt, hæc referantur. Quod verò ait *exceſſerint*, id verbum non puto præcisè hic accipiendum eſſe, quaſi non ſatis ſit annum quartumdecimum aut duodecimum compleſſe, eoque non completo, ſed ſuperato demum extingui ſubſtitutionem: ſed potius explicandum ex iis locis, ubi ex profeſſo agitur de ætate, qua cives teſtamentum facere poſſunt. Atqui ex quo quis incipit teſtamentum facere poſſe, finem capere debet hæc ſubſtitutio, utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus fit, ſibi non poſsint hæredem facere. Aliud tamen D. Viglio viſum. 1

Evaneſcit) Etiamſi longius tempus comprehenſum fuerit, *d. l.* 14. *hoc. tit.* Sed longiore tempore comprehenſo, an non ſaltem poſt pubertatem ſubſtitutio valebit jure fideicommiſsi? Finge ita factam, *Si filius intra annum viceſimum deceſſerit, Titius hæres eſto.* Ex hac ſubſtitutione conſtat, filio intra pubertatem defuncto, directo jure ſuccedi, poſt id tempus non item. Sed quæritur, an non ſaltem poſt pubertatem proficiat ad cauſam fideicommiſsi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac ſi filius poſt pubertatem intra annum viceſimum moriens rogatus eſſet hæreditatem patris ſubſtituto reſtituere? Communis ſententia eſt teſtibus Zaſ. *c.* 5. *de ſubſtit. compend.* Covar. *in c. Raynut. de teſtam.* §. 9. *n.* 29. Jac. *in l. precibus.* 8. *C. hoc tit. n.* 11. ejuſmodi ſubſtitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius ſuperſit. Quæ ſententia mihi veriſsima videtur. Etenim incoveniens omnino eſt, ut una ſubſtitutio diverſo jure pro diverſitate temporis cenſeatur, ſcilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris quàm filii, ex quibus una facta eſt hæreditas, complectatur, poſt pubertatem jure fideicommiſſi, & ſola patris bona contineat. Nec Juriſconſultus *in d. l.* 14. ſcribit, ſubſtitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehenſum eſt, poſt pubertatem ad fideicommiſſum trahi; ſed pubertate finiri: quod Juſtinianus hic expreſsit verbo ſignificantiſsimo *evaneſcere.* Quod ſi ne illa quidem ſubſtitutio, 2 3

tio, quæ demum à pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multo minus ullo jure valere poterit, qua etiam ætas pupillaris comprehenditur: nam ut bene disputant Mantic. 7. *de conj. ult. vol. tit.* 3. *n.* 9. Gomez. 1. *ref.* 7. *n.* 2. Christin. *vol.* 4. *decis.* 16. *n.* 5. facilius ad fideicomissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quàm ea, quæ annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem DD. & cum his comm. interpretes non concedunt, quod nos pro vero & certo assumimus, nimirum, ne illam quidem substitutionem, quæ à pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus post quartumdecimum annum decesserit*; ad casum fideicommissi proficere, id nobis prius quàm hinc abeamus probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento sit *l. si servus legat.* 108. §. *si servus alienus.* 9. *de legat. l.* 9. *C. de test. man.* quibus in locis servo alieno directa libertas frustra dari dicitur. Quod si favor libertatis verbum directum ad fideicommissum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur testatoris voluntatem, quæ contra leges est, adjuvemus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim, ut quid valeat jure fideicommissi, sufficit, tale esse, quod jure fideicommissi valere posset, si testator voluisset, nisi & voluerit, *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *de jur. eod. l. ex ea scriptura.* 29. *qui test. fac. l. quærebatur.* 19. *de test. mil. l. cohæredi.* 41. §. 3. *hoc tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l.* 17. *eod.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit, *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri convenit*, neque enim frustra fieri diceret, aut rectè diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret, & verba directa inflecterentur. Non obstat huic sententiæ *l. Scævolæ.* 76. *ad Trebel.* quoniam quod Scævola ibi respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benignè receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis: qui locus est obliquarum non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse: atque in hac specie respondet Jurisconsultus, benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest, ut testamentum pupilli, valeat saltem quasi codicillus ab intestato; cùmque ratio juris non patiatur, ut ex hac substitutione hæredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum, legitimum filii hæredem fideicommisso obstringere. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis: cùm verò pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, *arg. l. si fundum.* 92. §. 2. junct. *l. quod fideicommiss.* 93. *de leg.* 1. *l. cohæredi.* 41. §. 3. *hoc tit. l. ex facto.* 43. §. 1. *eod.* junct. *d. l. Scævola.* 76. ita ferme & plerique recentiores Cujac. 11. *obs.* 25. Govean. *ad. d. l.* 7. Paul. Bus. *ad l. centurio.* 15. *eod.* Duar. *comm. in hunc tit. c.* 16. Vasq. *l.* 1. *de succ. progr.* §. 1. *n.* 118. Ant. Fab. 15. *comm.* 12. & 24. Fachin. 4. *contr.* 44. add. Menoch. *de præsumpt. part.* 2. *lib.* 4. *tom.* 1. *præs.* 34. & 55. & quæ nos *sub* §. *seqq.* VINN. Nec tamen omnes. Nam sunt, quibus contraria sententia videtur probabilior: quia quicquid in fideicommissum legitime flecti potest, facile flecti solet, §. 3. *Inst. quib. mod. test. inf. l.* 2. *C. comm. de leg. l.* 69. *pr. ff. de leg.* 2. *l.* 15. *C. de testam.* Quæ attulit Vinnius, ad jus vetus pertinent, quem nondum tantum auctoritatis tribueretur fideicommissis tacitis. Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. *Extraneo verò, vel filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem ejus vel totam, vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trademus.*

NOTÆ.

9. *Vel filio puberi*) *L.* 7. *eod.* ubi Papinian. scribit, verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri: ac proinde talis substitutio ne jure quidem fideicommissi valebit; nam quod frustra fit, nullo genere valere intelligitur.

Nemo potest) *Nemo* scil. paganus: nam militi hæc concessa sunt, *l.* 5. *l.* 41. §. 4. *de test. mil. l.* 15. *h. t. l.* 8. *C. eod.* ut & alia, quæ in paganis non obtinent, *l.* 2. §. 1. *h. t. l.* 15. §. *pen. de test. mil.*

Suo loco trademus) *In fin. hujus lib. tit.* 23.

COMMENTARIUS.

1 *Militum privilegia circa directam substitutionem*

nem in casum pupillarem.

2 *Apud Batavos & plerosque alios Belgii populos pupillarem substitutionem locum non habere; & an locus sit exemplari.*

QUæ hoc §. traduntur, omnia consequentia sunt iis, quæ relata sunt initio hujus tit. Nam si parentibus tantùm permissum est, liberis impuberibus, & iis dumtaxat, quos in potestate habent, ita substituere, ut si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius sit eis hæres; ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis, quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant, & puberes sint. Postremo nec omnino quemquam alium posse vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo substituere, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita decesserit, alius ei hæres sit: in tantum, ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modo probavimus, & hic locus insuper confirmat, cùm dicat Justinianus, neminem posse extraneo aut filio puberi, in casum, quo hæredes futuri sunt, substituere: sed tantùm permissum esse testatori, ut hæredem institutum per fideicommissum obliget, &c. Cur enim requireret expressum fideicommissum, si ipse directa substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat? ut bene disputat D. Viglius *hic*, & Ant. Fab. 15. *conj.* 12. contra DD. vulgo: quos sequuntur Gomez. & Mantic. *ubi supra.* Solis militibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis, aliisve extraneis, qui hæredes extiterunt, directo substituant: sed hoc jus in his exercetur, quæ a milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde, *l. 5. l. miles ita.* 41. §. 4. *de testam. milit.* Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *l. centurio.* 15. *h. t.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l. precibus.* 8. *C. eod.* & bona dumtaxat patris contineat cum fructibus intentis in hæreditate, *d. l.* 15. id est, ut recte Govean. & Bus. *ibid.* Perez. *ad tit. C. de imp. & al. subst. n.* 27. & 28. cum fructibus pendentibus, & maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem, 9. *ad l. Falc.* ac per consequens in fideicommissariam hæreditatis restitutionem venire potest: neque ad hos fructus pertinet *l. in fideicommissaria.* 18. *in pr. ad sen. Treb.* idque etiam crebrius placuit; licet Ant. Fab. *d. loc.* Duar. *d. comm. c.* 23. Hotom. 1. *amicab.* 17. Don. *in d. l. precibus.* 8. contendant, hujusmodi substitutiones à milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. VINN. Nec male hi interpretes, ex mea quidem sententia. Favent enim illis *l. 5. ff. de testam. milit.* & *l.* 15. *ff. h. t.* Ubi substitutus dicitur *capere* bona patris. *Capi* autem dicuntur ea, quæ jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulpian. *tit.* 24. §. 2. *seq.* Ita fere Merill. *Obs. lib.* 8. *cap.* 5. ubi & argumenta ab aliis in contrarium adlata eleganter diluit. HEIN. Porro de fideicommissaria substitutione tractatur in *fin. hujus lib. t.* 23. Apud Batavos & Zelendos 2
substitutioni pupillari locum non esse, utpote quæ originem trahit à singulari illa Romanorum in liberos potestate, quæ nobis incognita, tradit D. Grot. *lib.* 1. *manud. ad Batav. Jur. c.* 6. & *lib.* 2. *c.* 19. *in fin.* & secundùm eum judicatum est. De cætero quoque Belgio (excipienda tamen Frisia) item refert D. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 5. *sub. fin.* Nam etsi nos quoque potestatem in liberos nostros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria se extendat: atque inauditum est, tantam nunc esse patriam potestatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui succedit in universa filii bona, non solùm quæ à patre ipso, sed etiam quæ aliunde accepit, atque adeo dare etiam exhæredato: sed utimur substitutione fideicommissaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quasi pupillarem substitutionem agnoscere, inauditumque esse, patrem filio mente capto ea substitutione, quam ad exemplum pupillaris Justinianus induxit, testamentum facere; eique dare hæredem, Grot. & Gudelin. *ubi sup.* Groenevv. *de leg. abr. hic.* Cæterum hoc non obstante nuper Curia Hollandiæ hujusmodi testamentum rescindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris substitutio neque libera sit, nec avi patriæ potestatis, ut superius illa pendeat, sed in sola humanitate fundata sit: idemque matri & avo materno hìc concessum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quàm in potestate constitutos, vid. *sup.* §. 1. *eod.* Quamquam mores nostri totum hoc aversari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admissa exemplari substitutione in liberis mente captis, ex ratione constitutioni Justiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamsi sanæ mentis sint, per ea, quæ *d.* §. 1. *num.* 3. Curiam tamen pro testamento pronuntiasse, postea

tea intellexi. Sed & gentis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ, puta si hæredi instituto, & in casum, *si hæres erit*, & intra certum tempus decesserit, alius directo substituatur, valeant jure fideicommissi, quasi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola. 76. ad Sen. Trebell.* & exemplo substitutionum militarium, *l. centurio. 25. ff.* junct. *l. precibus. 8. C. hoc tit.* Gudelin. *lib. 2. de jur. noviss. cap. 5.* Cyprian. *cens. Belg. hic.* Groenevv. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. Lib. 28. Tit. 3.

Ratio ordinis.

EXposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria diximus initio tractatus de testamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria: ut persona testantis talis sit, quæ testamenti factionem habeat; ut testamentum fiat adhibitis solemnitatibus tum communibus, & externis, videlicet præsentibus septem testibus idoneis, &c. tum internis & quorumdam testatorum propriis, scilicet ut pater testaturus liberos, quos in potestate habet, hæredes instituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus, testamentum ab initio nullum est, *l. 1. de injust. rupt. irr. fact. test.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæsitum est, justum sive jure factum testamentum, *l. 4. qui test. fac.* Quia verò non satis est ad deferendam ex testamento hæreditatem, id ab initio justum esse, nisi & tale ad extremum perseveret, rectè atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus testamenta rite facta infirmantur, quàm progrediatur ad disputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis Testamenta infirmentur.

Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

Donec rumpatur irritumve fiat) *Rumpi & irritum fieri* privationem significant, & ideo propriè nonnisi de iis, quæ jure subsistunt, prædicantur, *l. 5. hoc tit. de injust. rupto, &c.* privatio enim, ut in scholis dicitur, præsupponit habitum. Quæ verò testamenta non jure facta sunt, injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia desunt, aut filius in potestate præteritus est, *l. 1. l. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritumve fiat) Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententia judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. seq.* & à prætore data bonorum possessione contra tabulas, *tit. de bon. poss. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque discretis modis, quorum altero *rumpi* dicitur, altero *irritum fieri*. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irrito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia verò Justinianus rem totam non plenè explicat, non operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulos hujus *tit.* §§. explicatione. De bonorum possessione contra tabulas, quæ & ipsa jure prætorio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie acquisitionis per universitatem, *infr. lib. 3. tit. 19.*

TEXTUS.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1. *Rumpitur autem testamentum, cùm in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris aut per prætorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui hæredis.*

COM-

COMMENTARIUS.

Cum in eodem statu manente testatore) Toties rumpi testamentum dicitur, quoties evertitur manente testatore in eodem statu: cùm verò statum mutat, id est capite minuitur, non rumpi, sed irritum fieri testamentum propriè dicitur, §. 4. *inf. eod.* Apparet igitur, *in eodem statu* hìc dici oppositivè respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est à paraphrasi Theophili negatio, & pro μὴ μεταιτος, legendum μεταιτος ἐπι τῆς αὐτῆς καταστασεως quomodo & in duobus regiis codicibus legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione sui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter sequenti, uno uterque exemplo declaratur.

Adoptaverit sibi filium per Imperatorem) Id est adrogaverit; est enim periphrasis adrogationis, quæ species adoptionis est, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adsciscimus, qui sui juris est. Stante repub. populum auctorem fieri necesse erat, ut annotatum est, *lib. 1. tit. de adopt.*

Secundùm nostram constitutionem) *L. pen. C. de adop.* vide *sup.* §. 2. *eod.* qua disponit, ut si filius extraneæ personæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra servarentur, si verò persona non extranea, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, solvi jus patris naturalis, & transire adoptatum in potestatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc casu per adoptionem testamentum rumpi, quasi agnatione sui hæredis, illo non item; cùm olim distinctè quavis adoptione, sicuti adrogatione, rumperetur; *l. 8. de injust. rupt. test.* Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui hæres antea institutus erat, postea à testatore adrogetur, vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, *l. si qais* 18. *eod. t. l. filia* 23. §. 1. *de lib. & posthum.* Quid si exhæredatus sit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani sententiam probat, ut exhæredatio extraneo scripta ei postea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui postea adrogatus sit, *l. 8. §. si quis 7. & seq. cont. tab. d. l. 23. in pr. de lib. & posth.* credo, quia in persona extranei exhæredatio inepta & nulla est, de quo consule Vigl.

Quasi agnatione sui hæredis) *L. verum* 8. *de injust. rupt.* multoque certius sui hæredis agnatione vera & naturali, cùm scilicet post testamentum factum testatori filius ex uxore nascitur, *l. 3. §. 1. de injust. rupt.* Similiter si nepos, qui tempore testamenti facti suus hæres avo non erat, patre remoto, in locum sui hæredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est, rumpit, *l. posthumorum* 13. *d. tit.* quæ species forte hic ideo non repetuntur, quia alibi propositæ sunt, §. 1. & 2. *sup. de exhær. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive in sequenti matrimonio, sive curiæ oblatione, sive per rescriptum Principis. Nam cùm hi etiam jura suorum hæredum consequantur, §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89. *c.* 8. & 9. necesse est, ut & ipsi à patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

De posteriori testamento.

2. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutus est, defectus sit; in his casibus paterfam. intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet ruptum à posteriore; & posterius æquè nullas vires habet, cùm ex eo nemo hæres extiterit.*

NOTÆ.

2. *Superius rumpitur*) Etiamsi nominatim non revocetur, *l. 1. l. 2. eod. l. 27. C. de testam.* Ea quippe voluntas rata esse debet, quæ novissima, *l. 4. de adim. leg.* sic etiam leges posteriores & pacta novissima derogant prioribus. Rumpitur quoque testamentum corruptis tabulis, puta deletis, incisis, cancellatis, &c. *l. ult. h. t. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. sec. tab.*

Aut conditione defectus) Etenim tam solemne riteque per omnia factum testamentum habetur, quo hæres institutus est sub conditione, quàm quo purè, §. 9. *sup. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1 *Vis & effectus incisionis testamenti, deletionis scripturæ, cancellationis, &c.*

2 *Inciso, deleto, cancellato, &c. testamento, utrum hæreditas fisco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis?*

3 *An jura de incisione, inductione, &c. agentia accommodari debeant ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est?*

4 *Cur prius testamentum etiam tabulis manentibus integris semper rumpatur à posteriore?*

5 *Ad infirmandum prius testamentum necesse non esse, ut id in posteriore nominatim revocetur.*

6 *Error Bachovii notatur & corrigitur.*

7 *Quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis?*

8 *Prius testamentum per posterius tolli, etiamsi ex posteriore nemo hæres extiterit.*

9 *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & testamentum destituetur?*

SEcundus modus, quo testamentum initio rite factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est; nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si te-
1 stator testamentum inciderit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit, aut turbaverit, *tit. de his quæ in testam. delent. l. ult. de injust. rupt. test. l. ad testium* 22. §. 3. *qui test. fac. l.* 1. §. *pen. l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab. l.* 12. *l. pen. C. de testam.* nisi forte non consulto, sed incautè quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc si legi adhuc quod scriptum est utcumque poterit, ratum manebit testamentum, *l.* 1. *de his quæ in test. del. d. l. pen. C. de test.* Planè inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quàm scriptura inducta aut cancellata est, *l.* 2. & 3. *d. tit. de his quæ in test. del.* Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso, testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideo à patrefam. factum esse, ut intestatus moreretur, *l.*
2 *ult. eod. tit.* His autem modis testamento rupto, hæreditas non applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, *d. l. pen. C. de testam. l.* 1. §. *pen. unde liberi, l. ult. de his quæ in test. del.* nisi speciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in casu tamquam ab indignis hæreditatem fiscus aufert, *l.* 3. *d. tit. l. cum tabulis* 16. §. 2. *de his quæ ut indign.* Clar. §. *Testamentum, q.* 93. *num.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 12. *tit.* 1. *n.* 31. Paul. Bus. *ad l.* 1. & *seqq. de his quæ ut indign.* Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, qua talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur à Notario in scheda, unde mox diligentius exscribatur & in formam redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarus *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cassationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocollum Notarii integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur, *in* §. *pen. hoc tit.* cùm ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quàm quæ scripta non sunt, & ideo discerptis scripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando secutus est, *decis. Cur. Holl.* 1. eamdemque sententiam & Peckius probat *lib.* 1. *de test. conjug. cap.* 4. Sed videamus, an non & hæc testamenta in hoc, de quo quærimus, jure scriptorum censenda sint, cum Paul. Castrens. *in l. pen. C. de testam. n.* 7. Vasq. *lib.* 1. *de success. creat. requis.* 8. *n.* 62. & *requis.* 17. *n.* 63. Graff. §. *testamentum, quæst.* 85. *num.* 2. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disput.* 10. *thes.* 7. Utique enim ex incisione aut deletione certo colligitur, testatorem noluisse testamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut destructo deletove instrumento, in quo tota vis probationis consistit, dicamus, testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque est, postquam ex voluntate testatoris quæ schedulæ continebantur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in instrumentum collatam censeri: ac proinde, cessante jam officio schedulæ, totam vim depositionis à solo instrumento dependere, adeo ut mortuo testatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, uti post Gloss. & Bart. *in l. hæredes* 21. *de testam.* plerique tradiderunt. Sichard. *in l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem, n.* 1. *C. eod.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 6. *n.* 6. Afflict. *decis.* 166. *n.* 2. Neque obstat huic sententiæ *l. ult. de his quæ in testam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æquè principalibus unum forte testator delevit aut incidit, non omnia, uti species proponitur, & in terminis respondet Castr. *ubi sup.* Etsi autem protocollum Notarii integrum relictum sit, ex eo tamen voluntas ultima conservata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad testatorem, sed Notarius ex officio illud conficere tenetur fidei & collationis gratia, & quia instrumentum amitti potest.

test. Cæterum priorem sententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. Ant. Fab. *C. suo de testam. decis. ult.* Integris tabulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit; qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet; ac proinde quicumque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possit, quàm duo domini ejusdem rei in solidum constituti. Igitur cùm ex pluribus testamentis unum tantùm consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissimè factum est, per vulgata. Non obstat, quod sententia judicis prima, non postrema, rata habetur. Non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, ita & judicis: sed judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l. judex 55. de re jud.* Planè ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius *sub. §. pen. inf. eod.*

Superius rumpitur) *L. 1. l. 2. de injust. rupt. irr.* & quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat, *l. sancimus 27. C. de testam.* cùm ait, secundo testamento perfecto, prius tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat: ac proinde supervacua est notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare, & annullare testamenta antea à se facta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expressè revocati non sint: cùm enim testamento facto codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato, simul concidant necesse est, *l. 3. §. ult. l. ab intestat. 16. de jur. eod. l. 1. C. eod. tit.* VINN. Hujus juris elegans ratio reddi potest ex ipsa natura testamenti. Testamentum olim erat lex. Hinc condebatur in comitiis calatis: hinc utendum erat verbis directis & legislatoriis; *hæres esto, damnas esto, capito, finito, &c.* hinc ipsum vocabulum XII. tab. LEGARE, quasi *legem dicere* νομοθετεῖν. Quemadmodum itaque ex posterior tollit priorem: *l. ult. ff. de const. princ.* consequens videbatur: ut & testamentum posterius sine nova revocatione rumperet prius. Et id principium, uti alia retinuere veteres JCti, quum jam obsolevisset ritus testandi in comitiis, & testamenta jam formam mancipationis per æs & libram induissent. HEIN. Quamobrem non rectè Bachovius scribit, generalem clausulam, qua revocatur omnis præcedens dispositio, supervacuam quidem esse, quod attinet ad infirmationem prioris testamenti: cùm id hoc ipso, quod aliud conditum est, evertatur; non autem quoad codicillos antea factos, quippe qui alias cum testamento consisterent. Hoc enim falsum esse, & sublato priore testamento per consequentiam etiam codicillos corruere, etiamsi nulla revocatio prioris voluntatis facta sit, ex locis modo allegatis perspicuè patet. Planè si nullum testamentum, sed codicilli tantùm antea facti proponantur, testamento postea facto, hujuscemodi clausula otiosa non erit, postquam placuit, codicillos, qui testamentum præcedunt, facto postea testamento vim suam non amittere, nisi appareat, testatorem à voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, §. 1. *inf. de codicill.* Et fortasis hoc etiam sensit Bachovius. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes commun. censent, prius testamentum habens talem clausulam per posterius quantumvis numeris omnibus absolutum non tolli; ac ne tunc quidem, quando posterius continet revocationem generalem præcedentium omnium dispositionum; sed omnino ad infirmationem primi testamenti derogatorii necessarium esse, ut illius specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l. si quis 22. de legat. 3.* Gomez *ad l. Tauri 3. num. 52.* Covar. *de test. p. 2. rubr. n. 5.* Vasq. *de success. ref. lib. 1. §. 1. num. 29. & seqq.* Clar. *d. §. testamentum, q. 99.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 12. tit. 8.* Peck. 1. *de testam. conjug. c. 10.* Graff. *§. testamentum, q. 86. & seq.* Jac. Vervvey *art. test. cap. 13.* Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de jur. Cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. cum simil.* Notatur à Cujac. 14. *obs. 7.* Anton. Merend. *lib. 4. contr. cap. 49.* Ant. Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores invexerunt, *decis. 37. err. 7. & seqq. & dec. 58. err. 1. & dec. seq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis supremorum tribunalium comprobata est, Guid. Pap. *quæst. 127.* Papon. *lib. 2. tit. de testam. arrest. 4. & 5.* Ant. Fab. *Cod. suo tit. de test. defin. 9. & seq.* Joan. à Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 10.* Nec deest color, quo tegi possit Grot. 2. *manud. cap. 24.*

Nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, &c.) Quæ sequuntur, continent ampliationem quam-

quamdam regulæ initio positæ, nimirum, prius testamentum tolli per posterius, non tantùm cùm ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, *l.* 1. *l.* 16. *de injust. rupt. test. l.* 9. *de lib. & posth.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hìc requiritur, non pertinet; nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo, aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rumpitur, ut proinde si posteriores tabulæ jure ordinatæ sint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamsi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ utpote semel ruptæ non restituantur. Pari ratione, si posthumus priori testamento institutus, vel exhæredatus sit, posteriore præteritus, & nato posthumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.) Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & tes-
9 tamentum destituatur: Id fit in summa dupliciter, vel quia hæres scriptus non vult hæres esse, repudiatque hæreditatem: vel quia hæres esse non potest; quod contingit, si vel decesserit vivo adhuc testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad instituti hæredes transmittitur, exceptis personis comprehensis, *l. un. C. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. in novissimo* 5. *C. de cad. toll.*) vel quia conditio, sub qua hæres institutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore hæres purè, in posteriore sub codditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l. si te* 27. §. 1. *de hær. inst.* Etenim tam solemne riteque per omnia factum habetur testamentum, quo hæres institutus est sub conditione, quàm quo purè, §. *hæres* 9. *sup. de hær. inst.* pendetque hoc totum à sola voluntate testatoris. Contractus verò puros per conditionales non resolvi, mirum non est, veluti si id, quod purè emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione ideo nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emptione priore, *l.* 7. *in pr. de resc. vendit.*

His casibus paterfam. intestatus moritur) Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, adeo ut nihil interfit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si nempe* 181. *de reg. jur.* Sed de hoc ex professo *inf. tit. de hær. quæ ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æquè jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit; superius testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & hic inseri jussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

NOTÆ.

Ex certis rebus) Nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quàm ex parte hæreditatis, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *l.* 10. *de hær. inst.*

Ac si rerum mentio facta non esset) Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat, hæredem esse rei singularis. Itaque universa bona obtinebit, nisi cohæredem simpliciter aut ex parte scriptum acceperit: tunc enim legatarii loco est, *l.* 41. *in fin. de vulg. & pup. l.* 23. *C. de hær. inst.*

Ut valeret prius testamentum) Hæc clausula cùm hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore duret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, si accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l.* 18. *de testam. milit.*

COMMENTARIUS.

1 *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres passim & quartam Senatusconsulti intelligere.*

2 *Fideicommissa quandoque induci & sine verbis fideicommissorum propriis ex voluntate testatoris.*

Doctri-

1 *Doctrinam hujus* §. *ad testamenta militum non pertinere, uti nec superioris.*

Etiamsi ex certis rebus) Alia amplatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l. si quis.* 29. *ad sen. Treb.* descripta, qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc, cùm in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione. Nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, quàm simpliciter, aut ex parte hæreditatis; placetque hujusmodi institutionem valere perinde ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit; is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. instit. l. cohæredi.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* Cùm igitur tale testamentum juste consistat, necesse est, ut si secundo testamento hæres certæ rei scriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac si rerum mentio facta non esset) Si quis ex re certa hæres institutus sit, valet institutio, non ut ea re hæres fiat; (nam hæredem esse rei singularis contradictionem implicat, cùm hæres sine universitate bonorum intelligi non possit:) sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur, quasi simpliciter hæres scriptus esset; *l.* 1. §. *si ex fundo.* 4. *l.* 6. §. *si duo.* 13. *l.* 10. *de hær. inst.* & proinde nitur cohæredem habeat, universam hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi.* 41. *in fine de vulg. & pup.* Vide, quæ scripsimus *sub.* §. *hæreditas.* 5. *in* §. *& si plures.* 8. *supr. de hær. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia) Id est, ex senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso hæreditatis retentio aut supplemento, si minus relictum est, qui casus hic proponitur, permissa est: aut potius juxta mentem Justiniani, ex Senatusconsulto Trebelliano; postquam Pegasianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebelliano translata est, §. *sed hæc.* 7. *inf. de fideicomm. hær.* Familiare autem & perpetuum veteribus est, ut etiam eam quartam, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre est *in ratione.* 30. §. *tametsi.* 7. *l. Titia.* 86. *l. actis.* 93. *ad leg. Falc. l. mulier.* 22. §. 2. *l. defuncta.* 58. §. 3. *ad sen. Treb. l.* 2. *in fin de jur. fisc. l.* 10. *C. ad l. Falc. cum simil.* Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potius somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit. HEIN. Ideo autem quarta hæc vocari aliquando videtur Falcidia, quia SCta sæpe legum nomine veniunt earum, ad quas facta sunt. SCtum autem Pegasianum videtur factum ad L. Falcidiam, & quartam quam illo à legatariis detrahi concesserat, ad fideicommissa protulisse. Rectè Jac. Gothofredus *ad l. Pap. Popp. c.* 17. *p.* 332. *Quæ SCta ad leges sequuta, ea JCti ipsis legibus tribuere solent.* Exemplum est in *l.* 27. *C. de nupt.* ubi *legi Juliæ & Papiæ* tribuitur; quod est ex SCtis *Persiciano, Claudiano,* & *Calvisiano*, ad illam legem factis, teste Ulpiano *Fragm. tit.* 16. §. 3. HEIN.

Quibus ut valeret prius testamentum) Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Justiniani hic inserta sunt. Certi juris est, posse testatorem ab eo, quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri restituat; proinde etsi quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommissum utiliter 2
relictum intelligatur, non præcisè requirimus expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut, *peto, volo, rogo, fidei tuæ committo*: sed plerumque etiamsi sine his verbis, admittitur ex sententia, & voluntate testatoris, *l. ubi.* 19. §. 1. *ad sen. Trebell.* Quod etiam accidit in proposito, cùm testator posteriore testamento cavet, ut prius quoque testamentum valeat: desunt enim hic verba fideicommissi, sed optima ratione ex eo, quod cautum est, colligitur. Voluit testator, cùm secundum testamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, 3
ut ad hæredes priore testamento scriptos directo hæreditas perveniat, ne duo sint testamenta ejusdem testatoris: sed ut manifesta voluntas defuncti, quod per jus licet, conservaretur, verba directa istius clausulæ ad causam fideicommissi tracta sunt, & benignè sic accepta, quasi hæres posteriore testamento scriptus rogatus esset hæreditatem restituere his, qui scripti sunt in priore. Doctrina hujus & superioris §. ut hoc in transitu moneam, ad testamenta militum non pertinet. Nam militi licet plura testamenta facere, sive simul, sive separatim: nec prius per posterius rumpitur, si hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem si in posteriore testamento expressè caverit, ut prius quoque valeat; per hoc efficitur, ut duo sint testamenta, & tam prior, quàm posterior voluntas valeat jure directæ institutionis. Sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei hæredis commiserit, ut priores tabulæ valerent; in causam

ſam fideicommiſsi & codicillorum vim prioris teſtamenti intelligitur convertiſſe, *l. quærebatur 19. deeeſtam. mil.*

TEXTUS.

De teſtamento irrito; & quibus modis ſit irritum?

4. *Alio autem modo teſtamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecit teſtamentum, capite diminutus ſit: quod quibus modis accidat, primo libero retulimus.*

COMMENTARIUS.

HActenus de primo modo infirmandi teſtamenti ipſo jure, quo ſcilicet infirmatur ſalvo ſtatu teſtatoris, & *rumpi* in ſpecie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur ſtatu teſtatoris mutato: qua mutatione ſuperveniente in uſu juris propriè dicitur *irritum fieri*, *l. 6. §. irritum. 5. l. 12. in fin. pr. de injuſt. rupt. teſt.*

Capite diminutus) Nec intereſt, qualis capitis diminutio intervenerit: omnibus enim modis, capitis diminutionis ſtatus hominis mutatur, *ſup. de ca. dem. lib. 1.* & teſtamentum non eſt, niſi hominis liberi, civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in teſtatore requiruntur, teſtamenti facti & mortis, §. *non tamen. 6. inf. eod.* Si verò quid poſtea ſupervenerit, quod ſtatum & conditionem perſonæ teſtatoris non mutet, veluti ſi poſt teſtamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris eſt, & teſtamentum ratum manet. De quo actum *ſup. tit. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Et primum igitur irritum fit teſtamentum capitis diminutione maxima, quia per eam teſtator in ſervitutem redigitur, *d. l. 6. §. irritum. 5.* Excipitur tamen quod factum eſt ab eo, qui ab hoſtibus captus eſt ante captivitatem: quippe quod juris poſtliminii aut legis Corneliæ commento ſuſtinetur, *d. l. 6. pen. l. 12. qui teſt. fac. §. ult. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt.* ubi latius hoc explicatur. Secundo capitis diminutione media; puta ſi teſtator in inſulam deportatus ſit: quoniam hoc modo à numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis ſunt, amittit, §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. l. ſunt. quidam. 17. §. 1. de pœn.* Quod autem Juriſconſultus *d. l. 6. §. ejus. 7.* ait, teſtamentum ejus, qui deportatur, non ſtatim irritum fieri, ſed tunc demum, cùm factum princeps comprobavit, id explicandum ex *l. 2. §. 1. de pœn. l. 6. §. 1. de interd. & releg.* atque ad præſidem referendum eſt, qui jus deportandi non habet: proconſul enim & præfectus urbi habent, *dd. ll.* Poſtremo & minima capitis diminutione teſtatoris teſtamentum ejus irritum fit, puta ſi ſe adrogandum dederit, *l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab. §. non tamen. 6. inf. hoc tit.* quoniam filiusfam. nec facere teſtamentum, nec cum teſtamento decedere poteſt. An autem emancipatione filiifam. veterani teſtamentum de bonis caſtrenſibus factum irritum fiat, quod negat Juriſconſultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum eſt, §. *denique. 5. ſup. de mil. teſt.* Atque hic caſus à teſtatore venit. Eſt & alius, qui venit ab hærede, quo & ipſo ſuperveniente teſtamentum irritum fieri dicitur, ſcilicet ſi ex teſtamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri teſtamentum, *l. 1. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt. l. filium. 29. de bon. poſſ. cont. tab. & in fragm.* Ulp. *tit. 23. §. 3.* & rectè quidem: nam in hæredis aditione atque exiſtentia conſiſtit vis omnis atque effectus teſtamenti. Cæterum ſæpius hoc caſu teſtamentum dicitur *deſtitui*, aut deſeri, §. *cùm autem. 7. & ſeqq. de hær. quæ ab int. l. 9. §. de lib. & poſt. l. ult. de cond. inſt.* Nonnunquam etiam diſtinguitur hic caſus à teſtamento irrito facto, reſtricto ſcilicet irriti vocabulo ad ea teſtamenta, quæ infirmantur ſtatu teſtatoris mutato *l. 1. in pr. de ſuis & legit. hær. infr. de hær. quæ ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius eſſe hujus loci, in quo id ſolùm quæritur, an idoneum ſit teſtamentum ad deferendam hæreditatem. Raro etiam hodie contingit, ut teſtamentum deſtituatur, poſtquam Juſtinianus aliis etiam perſonis poteſtatem adeundi fecit, *Nov. 1. ca. 1.* de quo D. Grot. *lib. 2. manuduct. cap. 14. verſ. 200. Vvann. er.* VINN. Accedit & alia ratio, quod ejus novum invexerit beneficium inventarii. *l. ult. §. 4. C. de jur. delib.* Quum enim inventarii rite confecti is ſit effectus ut hæres non teneatur ultra vires hæreditatis. §. 11. *Inſt. de hær. qual. & differ.* non temere quis repudiabit hæreditatem, ſine periculo ſe adeundam. HEIN.

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. *Hoc autem caſu irrita fieri teſtamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur irrita fiant, & ea, quæ ſtatim ab initio non jure facta irrita ſint. Sed & ea, quæ jure facta ſunt, & poſtea per capitis diminutionem irrita fiunt, poſſumus nihilominus rupta dicere. Sed quia ſanè com-*

mo-

modius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui; ideo quædam non jure facta ducuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

NOTÆ.

5. *Hoc casu irrita*) Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit: *l. 1. hoc tit. l. 20. cont. tab.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

NOn est novum in artibus & præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua generalia sunt, doctrinæ & distinctionis causa contrahantur ad significandum certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem traductis intelligantur; ut hic ostenditur exemplo rupti & irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina sunt, quæ per se generalem significationem habent; sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis denotatur; quod tunc maximè fit, cùm junguntur nominibus cognatæ significationis.

Et quæ rumpuntur, irrita fiant) Rarissimè autem hæc à nostris confunduntur, quamquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incisæ aut inductæ sunt, *l. 3. circa fin. l. ult. de his quæ in test. del. l. in fraudem. 15. §. 1. de post. mil.* quo tamen casu testamentum propriè rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint) Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione *& l. 1. tit. de injust. rup. irrit. fact. test.* Hoc rectè quidem & irritum dici potest, et ruptum nequaquam. Et notandum quoque quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea rectè dicimus, quæ numquam constiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cùm antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Allegatur à nostris in eam *l. 5. de injust. rupt.*

Singulas causas.) ὅλας σε πάσθος *singula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *l. 1. §. de tab. exhib. l. 2. C. de edict. D. Hadr. toll. l. 11. C. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convalescit.

6. *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus, & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

NOTÆ.

6. *Irrita facta sunt*) Sed neque in causa testamenti rupti semper obstat vitium, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit, veluti si posthumus præteritus vivo testatore decesserit, *l. 12. de lib. & post.* item si testator supremas tabulas incidit, ut priores supremas relinqueret, *l. pen. §. 2. sec. tab.* Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, *l. 17. hoc tit.* Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris aut defectum solemnium, *l. 1. §. 8. sec. tab. l. 12. C. de testam.*

Et suæ potestatis) In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit, sed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, à qua in alienam familiam transeundo recessisse videtur, confirmatio, *d. l. pen. §. 2. sec. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*

2 *Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eodem ante patrem mortuo, vires recipere.*

3 *Cancellatione, incisioneve posterioris testamenti restitui prius, cujus tabulæ integræ manserint.*

4 *Testamentum irritum factum maxima & media capitis diminutione testatoris, eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione: secus si testator se adrogandum dederit, & postea, sui juris factus, decesserit.*

HIc locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem Tribonianus duplici nomine hìc reprehendi: primum quod quæ rupti & irriti facti testamenti communia sunt, ita tradit, quasi unius & nimirum irriti facti essent propria: deinde quia simpliciter scribit, testamenta per capitis diminutionem irrita facto 1

cta jure prætorio convalescere, si testator civis Rom. & sui juris decesserit; cùm in quibusdam tantùm hoc solum sufficiat, in quibusdam nova præterea declaratione voluntatis opus sit, uti mox demonstrabitur.

Per capitis diminutionem irrita facta) Quæ testamenta ab initio propter inhabilitatem personæ testantis non consistunt, ea ex postfacto vires nullo jure capiunt, veluti si impubes, aut furiosus, aut filiusfam. testamentum fecerint, & deinde testamenti factionem habentes decesserint; hoc testamentum ne jure quidem prætorio substinetur, ut ex eo bonorum possessio secundum tabulas peti possit, *l.* 1. §. *exigit.* 8. *sec. tab.* Idemque est, si testamentum nullum sit ob defectum solemnium juris; puta quia pauciores quam septem testes adhibiti, aut ex septem adhibitis quidam non signaverint, *l.* 12. *C. de testam.* De testamento autem in quo filius, qui fuit in potestate, præteritus est, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum sit & maneat jure prætorio. Sed verius est, tale testamentum jure prætorio omnino nullum non esse, scriptosque in eo hæredes, si præteritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundum tabulas, *arg. l. posthumus.* 12. *in fin. pr. l. filio.* 17. *de injust. rupt. l. si duobus.* 12. §. 1. *cont. tab. l.* 2. *in pr. sec. tab.* quod prolixè contra communem defendimus *sub. tit. de exhær. lib.* Hæc autem non sunt propria hujus loci: quippe in quo agitur de testamentis, quæ ab initio rectè facta deinde infirmata sunt; quæriturque, an postea, sublata causa infirmationis, jure aliquo convalescant. Imperator quidem hoc in una tantùm specie proponit, quando testamentum irritum factum est, sive infirmatum ob id, quod testator capite minutus sit; attamen ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cùm scilicet ruptum est, seu eversum, testatoris statu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo prius: postea cognituri de altera specie, de qua hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui hæredis, & mutatione
2 voluntatis. Fingamus igitur, posthumum præteritum vivo patre decessisse; quæritur; an testamentum ruptum nativitate posthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat? Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere eo effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *l. posthumus.* 12. *de injust. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili testamentum non restitui, sed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem testatoris tueri. Additur in responso, hoc ipsum etiam confirmatum esse rescriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideo fortassis accessit, quia potestatem prætoris excedere videri poterat, quod ex testamento intrinsecus vitioso defenderet hæredi scripto bonorum possessionem cum re contra eos, qui alioqui rem ab intestato auferrent. Planè si posthumus præteritus nascitur post mortem testatoris, licet illico decedat, testamentum non restituitur, nec omninò cùm decedit patre jam mortuo: nam cùm suus hæres sit patri, statim patri ipso jure hæres existit, & moriens hæreditatem sub jure quæsitum transmittit ad quosvis hæredes legitimos; ad cujusmodi speciem pertinet *l.* 2. *C. de post. hær. test.* Cujac. *ad l.* 7. *de lib. & posth.* Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancellasse; quæritur, an restituatur prius, cujus tabulæ integræ manserunt? Papinianus respondit, si id hoc animo à testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret; voluntatem quæ defecerat recenti judicio redisse, & posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti, *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* At inquies, an non sic testamentum citra ullam solemnitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus *d. loc.* atque hanc objectionem sic removet, ut dicat, non quæri hic de jure testamenti, sed de viribus exceptionis. Quo significat, recenti isto judicio & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum; sed si scriptus priore testamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omnino probandus est, per codicillos puta, aut alias litteras, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere, alioqui eum tamquam quem utriusque voluntatis pœnituerit, intestatum potius decedere voluisse interpretabimur, *d. l. pen.* §. 2. Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure, *l. sancimus.* 27. *C. de testam.* Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure prius rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo quod aliud factum est, etiamsi testator prius non revocaverit. Ita-

licet quatenus posterius testamentum consideratur ut adhuc consistens & validum, prius ita sublatum intelligatur, ut nihil in eo scriptum valeat, ne quisquam ipso jure agere, aut quid petere ex eo possit; non ideo tamen absurdum videri debet, quod posteriore inciso aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ sunt, & utique jam postremæ: nam quod jus extinctum revivisceré negatur, id non obtinet, cùm à re, quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentiam suam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. D. Menoch. *cons.* 176. *lib.* 2. Fachin. 5. *cont.* 93. D. Tulden. *comm. hic, cap.* 5. Jo. Decker. 2. *diss.* 3. *num.* 30. Ac proinde putarem, testamentum hoc casu valere etiam jure civili. Jam tempus est, ut ad textum §. nostri accedamus, in quo tractat de convalescentia testamentorum, quæ per capitis diminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo irrita facta.

Si septem testium signis signata) Hoc enim solum, semper tamen in danda bonorum possessione juxta tabulas prætor spectat, an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l. posthumus* 12. *in pr. de injust. rupt.* Ulp. *tit.* 23. §. 3. *& tit.* 28. §. 5. Ita enim obsignatum esse oportet, ut jure prætorio valeat, seu eo jure, quo obsignatio introducta est, §. 2. *sup. de test. ord.*

Si modo civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore) Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis diminutionem irritum factum erat, quàm ut testator mortis tempore civis Romanus & sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* Etenim interest, an ei, de cujus integri capitis postea mortui testamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis diminutio. Si maxima aut media, verbi gratia si capite damnatus sit, & Princeps damnatum in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quàm ut testator pristinum statum receperit, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt.* Putarem etiam, testamentum damnati capitis indulgentia Principis postea restituti ita convalescere, ut non solùm jure prætorio valeat, sed jure etiam civili propter comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis, qui capti ab hostibus postliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminii aut confirmatione legis Corneliæ constat, *d. l.* 6. §. *pen.* nisi quis putet, comparationem illam pertinere dumtaxat ad ipsam convalescentiam, non ad modum convalescendi. At verò si minima capitis diminutio intervenerit, puta si quis testamento facto se adrogandum dederit, non satis est ad restitutionem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem quod postea sui juris effectus decesserit: sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscurè à priori voluntate recedit, cùm sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papin. *d. l. pen.* §. 2. *sec. tab.* ex quo hoc explicandum quoque, & supplendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *l.* 8. §. 3. *de jur. eod.* ita ferme & Bart. *in d. l.* 6. §. *pen.* Mynf. & Schneid. *hic.* Connan. 9. *comm.* 7.

Et tempore mortis in adoptivi patris familia) Supple, *aut in servitute, aut conditione peregrinantis.* Omnino enim prætor exigit, ut is, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cùm facit testamentum, & cùm moritur: intermedium autem tempus non curat, *l.* 1. §. *exgit.* 8. *de bon. poss. sec. tab.* Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 5.

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

NOTÆ.

7. *Id noluerit valere*) Nisi post lapsum decennii à condito testamento voluntatem revocaverit, ad minimum coram tribus testibus, *l.* 27. *C. de testam.*

Usque adeo) *L.* 2. *hoc tit. l.* 18. *de leg.* 3. *l.* 12. §. 2. *c. de testam.* Excipe imperfecta testamenta militum parentum inter liberos item nisi in posteriore testamento imperfecto scripti, qui ab intestato veniunt, *d. l.* 2. *hoc tit. d. l.* 21. §. 1. *cum auth. sequ. &* §. 2. *C. de testam.*

COMMENTARIUS.

1 *Nuda contraria voluntate testamentum rite factum non infirmari, quamtumvis coram septem testibus declarata.*
2 *Redditur hujus juris ratio.*
3 *An plus hic operetur revocatio causata, quàm simplex?*
4 *Cur ne novi, quidem testamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat?*
5 *Temperantia superioris doctrinæ?*

HIc §. rectius in continenti subjectus fuisset §. secundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri cœptum sit, nec absolutum; latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc à nobis explicandum est.

Quod testator id noluerit valere) Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc intestatus decedere; parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *l.* 1. §. *pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quàm verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solemniter factum non infirmat, *l. militis* 36. §. 3. *de testam. mil. l.*
1 *sancimus* 27. *C. de testam.* In tantum, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nullo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta sententia tradunt Clar. §. *testamentum*, *quæst.* 91. Graff. §. *testamentum*, *quæst.* 84. *num.* 2. Jac. Vervvey. *art. test. cap.* 13. Angl. Vigl. Mynf. Schneid. *hic.* Et rectè. Nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cùm id aliud faciendum testator processit, quod tantum non consummavit; quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet simplici voluntatis declaratione. Hoc ipsum quoque manifestè probat *l. sancimus* 27. *C. de testam.* ubi Justinianus sancit, ut demum post lapsum decennii, seu cùm à condito testamento decem anni effluxerint, revocatione voluntatis testamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit pertinere istam constitutionem ad eum casum, quo tribus tantùm testibus revocatio munita est: nam ex hoc ipso quod Justinianus exigit, ut non pauciores, quàm tres testes ad revocationem adhibeantur, ut valida sit ad infirmationem testamenti post fluxum decennii, satis intelligitur, non aliud eum esse voluisse, si forte plures testes intervenerint, sive quinque, sive septem: quo enim plures adhibentur, eo verius est non esse pauciores tribus adhibitos. Et sciendum est, Imperatorem illic abrogare constitutionem Honorii & Theodosii, quæ extat *in l. 6. C. Theod. de testam.* qua cautum erat, ut solo lapsu decennii testamentum revocatum intelligeretur, hoc est, si testator post conditum testamentum integros decem annos supervixisset, quamvis nulla secuta esset contraria voluntas. Hoc enim Justinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex solo lapsu decennii testamentum evanescere, sed tunc, cùm ad lapsum tanti temporis expressa accederet revocatio: quam etiam revocationem non paucioribus, quàm tribus testibus muniri voluit, cùm alias ad probationem voluntatis, quæ testamentum non est, ordinarius testium numerus sufficiat. Quotquot igitur testes intervenerint, adhuc cursus decennii necessarius est ad substinendam verbalem testamenti solemnis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur, eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etsi concedamus, ex summi juris ratione hæredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis? Resp. Periculosum est, æquitatem prætexere contra expressam juris auctoritatem; quod haud dubiè hac ratione nititur, quod non videatur satis serio improbasse voluntatem solemni testamento comprehensam, qui nudè eam revocavit, tabulis testamenti integris servatis. Si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere: quòd cùm non fecerit, præsumere licet, eum revocationis pœnituisse; ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti, quod integrum & in suo statu testator reliquit, quàm nudæ illius declarationis contrariæ, *fac. l. militis* 36. §. 3. *de test. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse, cùm quæritur de institutione hæredum, legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci sententia vid. Ant. Fab. *dec.* 39. *err.* 8. His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartoli in *l. si jure* 18. *de legat.* & DD. quos allegant & sequuntur Clarus §. *testament. qu.* 92. Vigl. Mynsig. Schneid. *hic.* qui interesse putant, qua formula testator in revocando

do testamento usus est, utrum simpliciter dixerit, *nolo testamentum à me factum valere*: an causam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere intestatus*. Nam etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Quo jure etiam nos uti refert Grot. *lib.2. introd. cap.24.* Verùm nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, apertè evincit *d. l. militis 36. §.3. de test. mil.* Et verò si hoc ipso quod quis testamentum revocat, tacitè & per quamdam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quoniam aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quàm si causa adjecta non esset. Et rectè Mantic. *lib.2. de conj. ult. vol. tit.15. n.19.* ex Socino refert, distinctionem istam Bartoli captiosam esse vulgaribus testatoribus, qui causam nesciunt dicere, *quia intestatus decedere volo*, arbitranturque, id necessario ex hoc ipso sequi, quod testamentum revocant. Sed non debebat vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut statueret cum eod. Socino, Bald. Salic. *in d. l. sancimus 27. C. de testam.* & aliis, quos allegat, ad revocandum testamentum sufficere quamlibet simplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram septem testibus; quam sententiam abundè jam confutavimus. Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *l.1. §. pen. si tab. test. null. ext.* ex verbis, *Vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere.* Sed nemo opinor, tam infans est, qui non videat, Jurisconsultum ibi loqui non de simplici mutatione voluntatis, sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ antea expresserat, incisioni, aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus hujus sententiæ defensores Ant. Fab. *dec. 93. err. 6.* Bachov. *in Treutl. vol.2. disp. 10. thes. 7.* Ant. Merend. *3. contr. 45.* Planè ad infirmationem testamenti nuncupativi patrem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *arg. l. nihil 35. de reg. jur.* cum Connan. *9. comm.7.* Wesemb. *in hunc* §. Groenevv. *de legib. abrog. hic.*

Usque adeo) Amplificatio. Dixerat modo, nuda voluntate testamentum infirmari non posse, id nunc usque adeo verum esse pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti incæptio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æquè jure perfectum fuerit. Hic verò itidem ut in casu præcedenti æquum esse videri potest, ut saltem hæredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos hæredes, quos utique voluntate testatoris aliud testamentum facere aggressi mortuique antequam illud perficere, destitui constat, *per l. pen. §. 2. sec. tab.* Verùm obstat hic quoque legum auctoritas, *l. 2. l.11. de injust. rupt. l. si jure 18. de legat.3. l. hac consultissima 21. §. 3. C. de testam. & hic text.* Qui quod in proposito nec voluntatem defuncti ab intestato venientes hastent? Ponimus enim in secundo testamento, quod imperfectum est, scriptos esse extraneos. Quamobrem cùm illis, quos postremo testator voluit, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est? atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non consisterent, ex prioribus hæreditas adiri possit. Atque hoc est, quod scribit Pomponius, *d. l. si jure 18. de legat.3.* credibile esse, testatorem ita demum à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

Mortalitate præventus) Hujusmodi testamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti; una ratione solemnium, puta si pauciores quàm septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint, subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solemnitatem ordinationis pertinet, omissum sit: altera, ratione voluntatis, velut si cùm plura ordinare testator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipso actu testandi furore correptus, *l. si is qui 25. qui test. fac. l. 9. C. eod.* Bald. *in l. hac consultissima 21. §. 1. n. 1. 2. 3. C. de testam.* Sichard. *ibid. n. 2.* Quo loco uterque etiam notat, testamentum, quod ratione voluntatis & dispositionis imperfectum est, nec inter liberos valere. Quod & Cujac. *in d. l. 25.* notavit ex Accursio: estque communis hæc & recepta sententia. Vasq. *lib. 3. de succ. creat. §.2. num. 62.*

Divi Pertinacis oratione) Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut scriptas ad Senatum mittere, in quarum sententiam Senatusconsulta concipiebatur; *l. oratione 16. de rit. nupt.* Tacit. *lib.11. Annal. c.25. Oratione Principis secuto patrum consulto, primi Ædui senatorum in urbe jus adepti sunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatusconsulta

nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. & si rem.* 22. *de hær. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniat.* 20. §. *præterea.* 6. *& multis seqq. eod. tit.* Jul. Capitol. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace, *cap.* 7. *Legem sanè tulit*, inquit, *ut testamenta priora non prius essent irrita, quàm alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* Et paulo post: *Addiditque Senatusconsulto, &c.*

Jure ordinatæ & perfectæ fuerint) Quæ legitimo modo fiunt, legitimè quoque solvi debent, *l.* 35. *de reg. jur.* Hac ratione utitur etiam Harm. 5. *tit.* 5. §. 17. Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut testamenta militum & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l.* 2. *de injust. rupt.* atque ideo etiam imperfectum quovis posteriore solvitur, *l. ejus.* 34. §. 1. *de test. mil.* & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, *d. l.* 2. *& d. l.* 34. §. *ult.* Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegio pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet: quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facto, mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum irritum constituitur. Testamentum imperfectum factum à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quàm militis, *l. hac consultissima.* 21. §. 1. *C. de testam.* Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud enim favore liberorum Justinianus constituitur, ut tale testamentum non aliter rumpatur posteriore, quàm si posterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum, *Nov.* 117. *auth. hoc. inter C. de testam.* Præterea si cùm in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quàm quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento, posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. hac consultissima.* 21. §. 3. cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore testamento, quod infirmatum est, scriptis, ad hæreditatem admittantur scripti posteriore, easque portiones per arbitrum familiæ erciscundæ singuli consequantur, quæ cuique adscriptæ sunt. Sed quid est, quod Jurisconsultus in *d. l.* 2. *de injust. rupt.* simpliciter scribit, prius testamentum per posterius imperfectum rumpi, si in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest? Nimirum in posteriore imperfecto, in quo scripti, qui ab intestato rem habere possunt, omissa sit aliqua solemnitas, quæ tantùm jure civili præcisè requiritur, non item jure prætorio, veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut exhæredatus non sit: nam etiam hac ratione testamentum imperfectum rectè dicitur. Atque ita appellatur in *l.* 12. §. 1. *cont. tab.* quoniam inter cætera, quæ testamentum jure civili perficiunt, etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo casu testamentum prius dicimus, non jure civili, sed honorario, data secundum tabulas posteriores, quæ modo septem testium signis signatæ sunt, cum re & effectu bonorum possessione, *arg. d. l.* 12. §. 1. *cont. tab.* quem locum diligenter & accuratè hic interpretatus est D. Bachovius.

TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in Testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem ratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum: neque ex nulla scriptura, cui juris auctoritas deest, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus & Antoninus sæpissime rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

8. *Litis causa Principem, &c.*) Capitol. *ubi sup.* hoc enim invidiosum est, *l. pen. de hær. inst.* Plin. *Paneg. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam causam) Quod tabulæ non essent legitimè factæ, ut recte Cujac. & Fabrot. quod non percepit Th. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factus probat, in quibus ipse litis causa hæres scriptus est.

Legibus soluti) Princeps legibus civilibus solutus est, *l.* 31. *de legib. l.* 3. *C. de testam.* Dio. *lib.* 53.

At-

Attamen legibus vivimus) Impp. *l.* 2. *C. Th. de cond. & proc. dom. Aug. Scribimus quidem leges, sed sequimur.* Plin. *Paneg. cap.* 65. *ipse te legibus subjecisti.* Vid. & *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *C. de legib. d. l.* 3. *C. de testam.*

COMMENTARIUS.

An Principes Romani legibus soluti fuerint? & in universum, an & quatenus sint Principes, qui absoluta jura majestatis habent?

EAdem oratione expressit) *Ipseque*, inquit de Pertinace loquens Capitolinus *d. loc. cap.* 7. *professus est, nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & nececessarii privarentur.* Addiditque Senatusconsulto hæc verba. *Sanctius est, P. C. inopem rempub. obtinere, quàm ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Procul dubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione remp. temperaturum, quàm antecessor ejus Commodus Princeps flagitiosissimus fecerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani de quo Sueton. *cap.* 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cùm viveret, hæredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii *in l. nolumus.* 20. *C. de test.* VINN. Meretur hujus juris historia paulo accuratius tractari. Primus Augustus flagitare solebat ab amicis hoc benevolentiæ testimonium, & eorum suprema judicia morosissima censitabat, neque dolore dissimulato, si parcius, aut citra honorem verborum; neque gaudio, si gratè pieque quis se prosequutus fuisset. Suet. *Aug. cap.* 66. Hinc idem Suetonius *cap.* 101. refert, viginti proximis ante obitum annis eum quatuordecies millies ex testamentis percepisse. Ne tamen captare videretur hæreditates, aut parum honesta institutionis caussa subesset: nec ab ignotis admittebat hæreditates, nec à parentibus, sed eas cum incremento liberis restituebat. Suet. *cap.* 66. Idem fere exemplum sectatus Tiberius. Tacit. *Annal. II.* 48. Primus Caligula hæreditates avidissimè captavit, testamenta, in quibus nulla sui mentio, rescidit, testatores paulo diutius superstites interemit, & testes, qui se Cæsarem hæredem dictum, audivisse adsevarent, subornavit. Suet. *cap.* 38. Hinc imitati Nero, Tacit. *lib.* 16. *Ann. cap.* 43. Vitellius, Suet. *cap.* 14. Domitianus, Suet. *cap.* 12. Trajanus exactè Augustum imitabatur, Plin. *paneg. cap.* 43. nec non Hadrian. Spartian. *cap.* 18. & Antoninus Prius, Jul. Capit. *cap.* 8. Postea quum Commodus malum denuo principem egerat, huic malo non tantùm exemplo, sed & lege lata repugnavit Pertinax. Jul. Capitol. *Pertin. cap.* 7. Ad quam legem respicere videtur Alexander. *l.* 3. *C. de test.* Immo quum nec id sufficere refrænandæ principium aviditati: Theodosius M. *l.* 2. *C. Th. de test. & codicill.* omnes hæreditates planè respuit. Conf. Symmach. *lib.* 2. *Epist.* 13. idemque edicto monuit Theodosius junior, *l.* 5. *C. Theod. eod.* Rem omnem accuratissima diligentia exposuit V. illustris Nic. Hier. Gundlingius. *Diss. de principe hærede, cap.* 4. HEIN.

Quin litis causa Principem) Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, *tot. titul. de alien. jud. mut. ca.* & *tit. C. ne lic. patent.* Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permitens, quàm cuiquam privato, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. ca.* Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa hæredem institui, quo alii, nomine principis territi jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex Principali majestate capere, *l. pen. de hær. inst.* Paul. 5. *sent.* 12. Plin. *Panegyr. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitimè factas) Lex est, hæredem justo testamento instituendum esse, neminemque posse ex tabulis non legitimè factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adversus se valere optimus Princeps voluit, atque in sua etiam persona tabulas non legitimè factas improbavit. Secundum quod sæpissime constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare posse, *l.* 3. *C. de test.* Ait, *in quibus ipse, ob eam causam.* Nempe quod tabulæ non essent legitimè factæ, ut rectè Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factas probat, in quibus ipse litis causa scriptus est. Ait, *neque ex nuda voce.* Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse ἐκ τῆς ἀγράφου διαθήκης, ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

Neque ex nulla scriptura, cui juris auctoritas desit) Clausula generalis, legata quoque & fidei-

deicommissa non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. *sent.* 5. & Ulp. *l.* 8. §. 2. *de inoff. testam.* scribunt, testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficiosum argui posse.

1 *Licet legibus soluti simus*) Principes Romanos legibus solutos esse, scribit Dio. *lib.* 53. atque id ipse sic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ulla scripta lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipub. aliquando usurpatum, ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eumdem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octavio, aliisque permultis factum legimus, ita Principem postea, cùm civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expressè lata, quæ lex regia *in l.* 1. *de const. Princ.* lex imperii *in l.* 3. *C. de testam.* appellantur. Quod etiam significare arbitror Ulp. *in l. Princeps.* 31. *de legib.* Quamquam necesse non erat, hoc caput legi regiæ inserere: quando quidem ex hoc ipso quod alio capite ejusdem legis populus jura majestatis omnia abdicativè in Principem transtulit, *d. l.* 1. *de const. Princ.* necessario sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem neque legem, ut ait Alber. Gentilis in quæstionibus regiis. *Deus*, inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjicit, eumque legem animatam misit hominibus. Nov.* 105. *c.* 2. *in fin.* Jam verò qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessario legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius *in panegyr. cap.* 65. *Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit.* Neque cùm hoc dicimus, intelligimus solùm cum D. Thoma *q.* 96. *art.* 5. *par.* 1. quem multi sequuntur, Principem legibus solum esse quod vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet: cùm si neges, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tamquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coercendi & puniendi non obedientes. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles dumtaxat, non ad leges naturæ aut divinis, quibus cùm omnes homines subjiciantur, quatenus homines nati sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maximè cùm in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus *lib.* 1. *de repub. c.* 8. sic scribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cùm sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis abrogare potest. Cujusmodi* inquit, *lex Salica regni hujus firmissimum fundamentum.*

Attamen legibus vivimus) Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes & imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus; tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo prælucere illis, quibus solis latæ sunt. Quod significat Paulus *l. ex imperfecto.* 20. *de legat.* 3. his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imp. Alexander *l.* 3. *C. de testam.* cùm ait, *nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere*: eodemque modo explicanda, *l. digno vox.* 4. *C. de legib.* & illud Plinii *in Panegyr. ad Trajan. cap.* 65. *Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit.* Item illa, *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus, major est exemplo*, ut ait Paterculus. *lib.* 11. *cap.* 126. & Plin. *ibid. cap.* 45. *Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est ad hanc dirigimus; nec tam imperio nobis opus est, quàm exemplo.* Τὶς γὰρ ἂν ἠθέλησεν ἀπειθῆ ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον: inquit Xenophon *in laudib. Agesilai, cap.* 7. §. 2. Claudianus *in Panegyr. v.* 307. *de quarto consulatu Honorii* his versibus Principem hujus officii commonefacit:

In commune jubes si quid, censesve tenendum
Primus jussa subi: tunc observatior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cùm viderit ipsum
Auctorem parere sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO

Dig. Lib. 5. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 28.

Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum, quarum de hac quæstione cognitio.

EXplicatur hìc altera ratio infirmandi testamenti, cùm scilicet non ipso jure, sed per sententiam judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixi paulo post nobis manifestum fore, in calce *tit. de exhæred. lib.* Locus hic latè patet, quamquam conscriptus est Justinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendæ de inofficioso querelæ, & quo colore proponatur: mox quibus ea competat, aut non competat, ostendit: sequuntur postremo nonnulla, quibus intervenientibus testamentum inofficiosum argui; atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam, nonnulla me recepisse interpretantem, §. *ult. d. tit. de exhæred. lib.* quæ in hoc tempus dilata, nunc exsolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum rectè dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit, quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alter debet facit; & ideo si, verbi causa, testator, cognatis suis, aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes, & fratres neglectum est, seu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immerito, vel immerito præteriti. Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi, postulandique, ut si officium violatum esse constituerit, testamentum rescindatur. Cognitionem hujus quæstionis ad centumviros pertinuisse constat ex Cic. *lib. 1. cap. 38. de orat.* Val. Max. *lib. 7. cap. 7. & 8. l. Titia. 13. l. qui repudiantis. 17. hoc t.* ut & simplicis petitionis hæreditatis, *l. ult. in pr. C. de pet. hær.* quod tamen non usque adeo perpetuum fuit, quin partes aliquando, negotio ita ferente, à prætore remissæ fuerint ad judicem pedaneum, ut liquet ex *l. 8. §. pen. hoc tit. l. 3. §. si emancip. 5. de bon. poss. cont. tab.* VINN. Quæ hic de nomine inofficiosi monet Auctor, plenius poterant exponi. Dicitur hæc Actio QUERELA, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se *conqueri* dicebantur. Voss. *Inst. Orat. lib. 1. cap. 6. §. 2. Inofficiosum* autem opponitur *officioso*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca de *Benef. lib. 3. c. 18.* quod ut *beneficia* sint alienorum; ita *officia* eorum, *quos necessitudo suscitet, & opem ferre jubeat.* HEIN.

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos; hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si verò furiosus sit, nullum testamentum est.

NOTÆ.

Sine causa) Ex justis causis permissa exhæredatio, *l. 7. de bon. damn.* quas causas ex arbitrariis certas fecit & nominatim ad 14. complexus est Justin. *Nov. 115. cap. 3.* voluit autem unam saltem ex his inseri testamento, eamque ab hærede probari; secus ac jure veteri, *l. 5. 1. hoc tit. l. 28. C. eod.*

Exhæredant vel omittunt) Illud ad parentes omnes & propriè ad patrem pertinet, hoc ad matrem, cujus silentium pro exhæredatione est, §. *ult. sup. de exh. lib.* & ita intellige *l. 3. h. t. d. Nov. 115. c. 3.* Exhæredatis igitur omnibus, à matre etiam præteritis hoc remedium necessarium. Ex privilegio autem est, quod de inoff. militis testamento nemo queri potest, *l. 8. §. 4. l. 27. 2. hoc tit. l. 6. l. 24. C. eod.*

Quasi non sanæ mentis) *L. 2. l. 5. §. 1. eod.* ac pro-

proinde quasi testamentum facere non potuerint *l.* 17. § 1. *eod.* Hoc colore seu titulo quæsito tegitur iniquitas exhæredationis : & quidem ob hanc causam olim rescisso per querelam testamento nihil ex eo valebat, *l.* 8. §. *pen. l.* 28. *eod.* hodie autem quantum ad institutionis solummodo evertitur : legata & cætera capita salva manent, *Nov.* 115. *cap.* 3. *in fin. auth. ex causa. C. de lib. præt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus liberis & quando querelæ necessaria?*
2 *Etiam ob causas non nominatim expressas*, Nov. 115. *c.* 3. *dummodo æquè graves aut graviores, exhæredationem rectè fieri.*
3 *Quamvis exhæredatio facta sit sine elogio, tamen testamentum adhuc ipso jure hodieque subsistere, atque ad id rescindendum opus esse querela, contra comm.*
4 *Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo vim exhæredationis habere.*
5 *Contrario obiter repulsa, addito jure patrio.*
6 *Utrum querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium aliquod ab actione separatum?*
7 *An liberis à patre preteritis, legata, cætera capita, præter institutionem, beneficio novæ legis conserventur?*
8 *Cur querelæ inofficiosi colorem dementiæ veteres prætexuerint : & num idem adhuc hodie?*

QUia plerumque) Rectè monet D. Pacius in margine, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, sed verbum *sine causa*; ut hic sit sensus; cum parentes liberos suos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa : puta falsos instimulatos, novercalibus delinimentis, instigationibusque corruptos, *l.* 3. & 4. *hoc tit.*

Sine causa liberos suos exhæredant vel omittunt) Ait, *sine causa*, nam ex justis & meritis causis exhæredatio semper permissa fuit, *l.* 7. *de bon. damn.* Ait, *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes & propriè ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet : nec super acuo hic expressum, ut censet D. Vvesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis habet; non est tamen revera exhæredatio. §. *ult. sup. de exhær. lib.* In patre exhæredatio necessaria est, ut querelæ locus sit; si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, *sup. d. tit. in pr.* & §. 3. & 5. Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit; sed ea demum, quæ rite facta est : quæ secus facta, id est, non nominatim, non purè, non à tota hæreditate, pro præteritione censetur, *l.* 8. §. *non quævis.* 2. *de bon. poss. cont. tab.* Matre autem sive præterunte sive quovis modo exhæredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cùm & jure civili firmum sit, nec à prætore infringatur; quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatur non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendo, *d. l.* 8. *in pr. cont. tab. d.* §. *ult. sup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, à matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exhæredationis jure antiquo certæ legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat merita exhæredati perpendere, *l.* 3. §. *si emancipatus.* 5. *cont. tab.* Val. Max. *lib.* 7. *c.* 8. Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov.* 115. *c.* 3. complexus est ad quatuordecim : cùmque antea etiam, simplici exhæredatione facta, permissum esset hæredi instituto allegare & docere ingratitudinem, idem Imp. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæstionem movere, quàm si testator expressè addisset, ideo filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omnimodo.* 30. *in pr. C. hoc tit.* Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit, testatorem justam aliquam ingratitudinis causam, & saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi, cùm olim ita jus esset, ut nisi hæres ultro probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando, (quo refert *l.* 22. & *d. l.* 30. *eod.*) ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l.* § 1. *eod. l. liberi.* 28. *C. eod.* Hinc duplex exorta quæstio 1. An nullas ob causas, quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. Nov.* 115. *c.* 3. expressæ sunt, exhæredatio permittenda? 2. Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex d. constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus? Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani *lib.* 9. *comm.* 10. Viglii *ad* §. *ult. sup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos sequuntur negantium, ob alias causas, licet æquè graves aut graviores, exhæredationem fieri possit verbis *d. Nov.* convenire videatur? tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem

tem Justiniani, quam illi esse censent; & summa ratio suadet, ut contra sentiam. Etenim si, verbi gratia, manus parenti filius ipse non intulerit, secundum *d. Nov. cap.* 3. §. 1. sed inferre passus sit, cùm facile prohibere posset; idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consilio, probationibus. Insidiatus ipse patri non sit, §. 4. insidias autem, cùm posset, non detexerit. Falsum testimonium ipse non dixerit, *sec.* §. 8. at qui dicerent, subornarit. Quid si thorum fratris violare ausus sit? Quid si lenocinio palam quæstum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At, inquis, odiosa est exhæredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l. cum quidam. 19. de lib. & post. cap. odia. 15. de reg. jur. in 6.* Immo contra vel magis odiosum patrem cogi, ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur, de scriptura testamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum similibus, exhæredationem adjuvandam non esse: cæterum ubi θετικῶς de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoque incidere possunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, *l.* 10. *cum* 3. *seqq. l. ideo.* 27. *de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc, quem diximus modum, interpretantium, *l.* 11. *de pen. l.* 13. *de testib. l.* 7. §. 2. *de jurisd. l.* 7. *ad leg. Jul. maj.* §. 3. Tuld. 2. *Jurisp. extemp. cap.* 5. *pag.* 202. ubi distinguit, utrum par & eadem sit ratio, an similis tantùm, *l.* 3. *de leg. Pomp. l.* 2. §. 28. *& seqq. ad Tertull.* junct. *l. ult.* §. *ult. qui pet. tut. l.* 8. *de sepulcr. viol. l.* 1. *de aleat.* Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scoptum suum, sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantùm, sed infinitas esse. Respondeo, ex his constitutionis verbis, *ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*, satis patet, quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus, quàm quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere, quæ in d. constitutione non continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel majores sunt, vel pares expressis, sed leviores dumtaxat, aut dispares: quippe cùm de similibus semper ut de expressis habendum: facit huc *c.* 1. §. 2. *vers. sed quia natura. l.* 2. *feud. tit.* 24. *quæ fuit prim. ca. bon. amitt.* Atque hæc sententia etiam communis est, usuque apud omnes recepta DD. *in auth. non licet. C. de lib. præt.* Clar. §. *testamentum. quæst.* 41. *n.* 2. Gomez. 1. *res.* 11. Schneid. *hic n.* 15. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 8. Christin. *vol.* 4. *dec.* 19. *n.* 15. Grot. *lib.* 2. *manud. cap.* 18. ubi notat, in his regionibus illud quoque semper obtinuisse, ut filia minor 20. annis nubens citra consensum patris aut matris ab eodem patre aut matre ob hanc causam exhæredari posit: convenit *art.* 25. *cap.* 2. *statut. Zeland.* In altera quæstione numero vincunt qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cùm exhæredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, relata à Glossa in *l.* 5. *hoc tit.* probata plerisque interpp. *in auth. ex causa. C. de lib. præt.* Clar. *d.* §. *testam. quæst.* 40. Gomez. *d. c.* 11. Covar. *in c. Raynutius. p.* 1. *n.* 7. *c.* 16. Wesemb. *par. hoc tit. n.* 7. & novissimè latè defensa à D. Bachovio *hic*. Cæterum ut pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minimè consentaneam: & sanè non immerito, meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam constitutionem evolet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumque exhæredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhæredatio justè vel injustè facta intelligatur: at injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Et vide quæso, quæ isti sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint liberi emancipati; etiamsi pretetiti sint liberi sine elogio, qui numquam in potestate fuerunt, ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur testamentum, & infantium atque adeo impuberum fere omnium exhæredatio nullius momenti sit: denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. *in emancipatos.* 3. *item* §. *sed hæc quidem.* 5. *&* §. *ult. sup. de exhær. lib.* delentur maxima ex patre *tit. Pand. C. & Instit. de inoff. test.* item *l. ult. C. de lib. præt.* Quis verò credat, tot capita juris veteris à Justiniano tacitè abrogata, qui num-

numquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur enim verba *d. constitutionis. c.* 3. *citra fin. & cap.* 4. ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut est in authentico, ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀλυῤῥοῦσθαι & διατρέπεσθαι, quæ de iis tantùm prædicari constat, quæ ab initio constiterunt; & quod notandum, everti non in totum, sed quoad institutionem dumtaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubiè, quàm querela inofficiosi, quæ una exhæredatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus sine eloquio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantùm consulimus, sed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippe apud quos tum, liberis aut repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis dumtaxat prospicere voluit, ne his noceret exhæredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento hæredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere: utique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti ob difficultatem probandi semper officiosos fuisse, parentum hæreditate excederent. Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ut nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit ritè factam esse, etiamsi injusta sit: alterum ut exhæredatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantùm Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, quæ *d. Nov.* 115. *c.* 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget, & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati. Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis scilicet parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit: & falsum est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æquè nullum esse testamentum, ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis: necessitatem quodammodo exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non est suitas, *l.* 11. *de lib. & posth. l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Ita concludimus cum Fulgos. & Don. *in d. auth. ex causa.* Vigl. *ad rubr. hic.* Duar. *c.* 3. *ad hunc tit.* Cujac. *ad Nov.* 18. Fachin. 4. *cont.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 20. *n.* 162. & *seqq.* Perez. *ad Cod. de lib. præt. n.* 13. Gudel. *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 4. Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert Neostad. *dec. sup. sen.* 99. contra quam Curia Frisiæ apud Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest: & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci ἀντιστρέφοντα vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possunt. Postremo minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi, quale est, quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem, in qua auctor non potest succumbere, &c. Ergo frustra est, quod posthumis aut infantibus exhæredatis, §. 2. *inf. l. si quis* 33. §. 1. *C. hoc tit.* item ex constitutione Justiniani *l. omnimodo.* 30. *C. eod.* liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam numquam non possunt vincere? Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo commemoravi, incidentibus, voluntas defuncti exitum habeat. Ejusdem ponderis est argumentum, quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo, an propterea sequitur testamentum ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferius. In hisce regionibus passim necessitatem exhæredandorum liberorum, si hæredes non instituantur, non agnoscimus: utpote quæ suorum tantùm hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus, sed præterito non matris tantùm, verùm etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum,

rum, §. *sed si. 6. sup. de exh. lib.* Intelligo, ut ipso jure valeat testamentum, non quia tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam inofficiosi modis omnibus etiam nos retinemus, si iniquè & contra officium pietatis exhæredatio facta proponantur, vide Gudelin. *l. 2. de jur. noviss. cap. 5.* Grot. *l. 2. manud. ad jurispr. Bat. c. 18.* Christin. *vol. 4. dec. 20. n. 8.* Groen. *de ll. abrog. hìc.*

Inductum est) Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l. 2. §. 5. de orig. jur. l. de quibus 32. de legib. l. Gallus 29. de lib. & post. l. 2. de vulg. & pup.* Unde existimare licet, querelam inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductam esse, sed moribus, aut, quod probabilius est, interpretatione consultorum. D. Cujacius *lib. 2. obs. 21.* ex lege Glicia eam deduxit: sed hoc ideo probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, *l. 1. hoc tit.* à lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competeret. Ad hæc si lex aliqua de hoc judicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu testamentum quasi ab homine non sanæ mentis factum everteretur: quippe quod tunc vigore, & auctoritate solius legis rescindi oportuerat. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis, à quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc est, à Jurisconsultis. Denique si lege aliqua hoc judicium constitutum esset: procul dubio mentionem illius legis fecisset Valer. Max. *lib. 7. cap. 7.* VINN. Adde, quæ eam in rem disputavimus in *Antiq. Rom. lib. 2. h. t. §. 5. p. 560. edit. nov.* Nam in priore sequuti eramus sententiam summi Cujacii. HEIN.

Ut de inofficioso agere possint) Pro eodem Jurisconsulti dicunt, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum; quæ legentibus passim in tit. hujus argumento occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine frequentius hoc judicium designatur, quàm querelæ. Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantùm officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas peti possit? Non est, quod dubitemus affirmare, quot tot locis manifestè traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hæreditatem petere, *l. 8. §. quoniam 8. hoc tit.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de 20. eod.* Paulus *l. eum qui 22. §. ult. eod.* ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. si instituta 27. §. 3. eod.* Triphonius *l. pen. in fin. cont. tab.* filium exhæredatum ex causa querelæ inofficioso movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. Justinianus, hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis 34. C. eod.* Unde quoque est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. eod. l. 2. C. eod.* Hoc enim non alio pertinet, quàm ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quamquam in suis hæc possessio non est necessaria, *d. l. 7.* uti nec aditio, *l. 14. de suis & legit.* de quo consule Vigl. *in rubr. & §. 2. hoc tit.* Duar. *cap. 8. ad hunc tit.* Govean. 1. *var. lect. c. 5.* Vasq. *lib. 3. de succ. resol. ad l. 2. C. eod.* Vaud. 2. *quæst. 24.* Don. 19. *com. cap. 3.* Interpretes comm. & cum his Sichard. *in rubr. C. hoc tit. num. 3.* existimant, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis, sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hìc esse judicia, quorum alterum, scilicet querela, præcedebat, alterum, petitio hæreditatis, sequatur: quod falsum est? Nam ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l. 3. C. de pet. hær.* neque duo hìc judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur: de quo sub §. 5. *inf. de actionib.* Planè etsi querela quoque petitio hæreditatis est, in multis tamen differt à petitione hæreditatis simplici, de qua post *tit. de inoff. test. in Pand. & C.* generalis titulus datur, quæ hìc congerere nimis longum foret. Duo solùm argumenta refellam, quibus effici videtur, querelam inofficiosi hæreditatis petitionem non esse. Primum tale est. Petitio hæreditatis datur solùm adversus eum, qui cùm hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede sit, bonorum scilicet possessionem aut fideicommissarium, *l. 9. cum seqq. de hær.* At querela datur adversus hæredem scriptum contra fideicommissarium, *l. 1. C. hoc tit.* contra præteritum, qui

accipit bonorum possessionem contra tabb. *l. pen. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi, tamquam qui hæres non sit, utpote scriptus ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *hoc tit.* & proinde eum teneri, qui pro hærede aut pro possessore possideret, ut disertè rescriptum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l.* 1. *C. eod.* Alterum est hujusmodi. Omnis petitio hæreditatis aut ex testamento sit oportet, aut ab intestato, *l.* 2. & 3. *de hæ. pet.* querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu* 39. *de acq. hæ.* Sed patet ex responsione ad objectionem præcedentem, querelam inofficiosi esse petitionem quamdam hæreditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris; uti & revera si judex contra testamentum pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus perinde omnia habentur, ac si hæreditas numquam adita fuisset, *l.* 6. §. 1. *l. eum qui* 21. §. 2. *hoc tit.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quamdam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas tamquam ab intestato deleta ex causa inofficiosi testamenti; cum qua sententia fere vi ipsa convenit, quod Jo. Fab. & alii hic notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l.* 8. §. *si filius* 13. *eod.* adeoque liberum etiam esse exhæredato, simplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum explicationis. Paul. 4. *sent.* 5.

Aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos) Rursus hæc duo conjungit, exhæredare & præterire, ut paulo ante & Marcell. *l.* 3. *eod.* nimirum quia non exhæredatis solùm, sed etiam prætetitis de inofficioso agere licet; præteritis scilicet ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo est, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum. Quod
7 ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam esse causam, cur interpp. vulgo ex eo, quo auth. *ex causa*, *C. de lib. præt.* generaliter & indefinitè ab Irnerio concepta est hoc modo, *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutionem; cætera namque firma manent*, collegerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit, etiam jure novo, tamen hoc jure dumtaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, libertates, dationem tutorum: atque hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum, *l.* 1. *l. filio* 17. *de injust. rupt. cum similib.* Etenim animadvertere debuerant, Justinianum in *Nov.* 115. *c.* 3. unde dicta *auth.* sumpta est, non aliter loqui, quàm hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Nov. c.* 5. apertè profitetur, hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam verò injuria ea propriè est, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l.* 8. *in pr. hoc tit. l.* 4. *vers. quod si fuisset, circa med. C. de lib. & præt.* Præteritis à patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui testamentum nullum dicebant: exhæredatis & à matre præteritis inferebatur: quæ etsi vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel hæredes institui vel exhæredari. Cæterum quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi, salvis cæteris capitibus, cùm olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum est, aut rumpitur agnatione sui hæredis, aut per bonorum possessionem contra tabulas evertitur; neque ad eam produci sine insigne liberorum læsione potest. Atque hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse, testatur Jas. *in d. auth. ex causa, num.* 1. sequitur Cujac. *in l. filio* 17. *de injust. rupt.* Govean. *in l.* 1. *de*

vulg.

vulg. & pup. num. 27. Vvesemb. *ad* §. 5. *sup. de exhær. lib.* diss. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. *in tit. de injust. rupt. cap.* 3. Don. *in d. auth. num.* 6. & 7. Connan. 9. *comm.* 8. Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio ignoranter à patre facta sit, an scienter: illo casu tamen testamentum corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris; hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia à præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, Ant. Fab. *C. suo de lib. & post. defin.* 1. Christin. *vol.* 4. *dec.* 9. & probatur D. Tuldeno *in comm. hic*, c. 1. Cæterum vide, quæ sup. *n.* 5.

Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint) *L.* 2. *l.* 5. §. 1. *l. Titia* 13. *eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *eod.* Unde etiam est, quod cùm contra testamentum pronuntiatum esset, nihil ex eo testamento valebat, *l.* 8. §. *pen. d. l. Titia* 13. *l. cum mater* 28. *eod.* Quæsitus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabb. quæ liberam undequaque potestatem testandi patrifam. concedit, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* Maximè autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia* 13. putat, colorem istum dementiæ jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest, qui filium ex justa causa exhæredat: præsupponit enim, non aliter querelæ locum esse. Sed ut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod præsumitur, si ab hærede non probetur. Numquid falsam causam obicere filio immerenti contra officium pietatis prope furiosi hominis esse videtur? Planè dicendum hodie est, colorem istum furoris tantùm prætendi ad rescindendam institutionem, quod testamenti principale est, cùm cætera capita tamquam à sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *d. auth. ex causa.* Ita contr. Bart. Viglius & Mynsf. hic disputant. VINN. Quum ipse Vinnius fateatur, quæsitum fuisse hunc colorem, ne sani hominis testamentum contra auctoritatem legis XII. Tab. impugnari videretur: consequens omnino esse videtur, ut is color hodie cesset. Olim licebat parentibus impune liberos & præterire, & exhæredes scribere: nullaque prodita erat actio, qua liberi testamenta paterna impugnarent, quamvis iniquissimè essent hæreditate exclusi. Id quum durum videretur JCtis, callidè reperere modum juvandi injustè exhæredatos. Quum enim furiosorum testamenta non valerent, impugnabant tabulas tam inhumani parentis, tanquam ab homine emotæ mentis factas: eam autem dementiam colligi posse existimabant ex filii morigeri exhæredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit, quia nulla actio legibus prodita erat: hodie sanè eo non erit opus, postquam hæc querela legibus probata est. HEIN.

Non quasi verè furiosus sit) Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non verè demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, prope à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injuriam, cùm liberis aut parentibus injuriam facit. Quod verò testamentum à verè demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est, factum quippe ab eo, qui testamenti factionem non habet: ac proinde hoc non attento, recta succeditur ab intestato.

Non ex officio pietatis) Καὶ αὐτῆς τῆς φύσεως σχεδὸν ἐξελαθὼν ἀπώλεσε τὸν πατέρα, τὸ φιλόστοργον, τὸ ἥμερον, &c. *Ipsorumque deserens naturam exuit nomen patris*, &c. quod prope à furore abest.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantùm permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis hæredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. *Inofficiosum accusare*) Pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum. Una autem eademque actione & rescindi testamentum petitur, & vindicatur hæreditas tamquam ab intestato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20. *l.* 21. §. *ult. l.* 27. §. 3. *eod.* Cujac. *par. C. eod.*

Etiam parentibus) *L.* 3. *eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minus, quàm liberis piè relinqui debet, *l.* 25. *eod. l.* 7. §. 1. *si tab. test.* Datur autem querela non patri solum, sed etiam matri, *d. l.* 3. *l.* 14. & *seq. eod.* nec interest, exhæredati sint, an præteriti, dummodo injustè. Nam ex justa causa, una illarum octo, quæ enumerantur *Nov.* 115. *cap.* 4. cum effectu exhæredari possunt, modo exhæredationi addatur elogium.

Soror

Soror & frater) Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur. Mos. Maimonid.

Aut agentes vincere) Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodest eorum victoria proximis ab intestato, *l. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui liberi de inofficioso agere possint?*
2 *Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur?*
3 *Contra rationem juris tam veteris, quàm novi, esse videri, quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.*
4 *An jure novissimo fratres una cum parentibus ad querelam admittendi, aut illis saltem prosit horum victoria?*
5 *An fratres uterini hodie cum consanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad successionem ab intestato venire?*
6 *An spurii in quæstione proposita pro turpibus personis habendi?*

NOn autem liberis tantùm) Querela inofficiosi testamento primo competit liberis: & merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato: utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocandos *l. 7. de*
1 *bon. damn.* daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis, quàm in potestate constitutis, *l. 7. hoc tit. l. 8. in pr. cont. tab.* item qui numquam in potestate fuerunt, §. *ult. sup. de exhær. lib.* tam adoptivis, quàm ex nuptiis quæsitis: servata tamen distinctione, *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato speciale est, quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii *l. 8. §. si quis 14. hoc tit.* Datur & legitimatis per §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov. 89.* Datur non tantùm liberis jam natis, verùm etiam posthumis, & tam alienis, quam suis, *l. 6. in pr. eod. §. seq. in fin.* ubi plura. Illud pene supervacuum monere, querelam competere iis liberis dumtaxat, qui jus succedendi habent: nam qui non habent, cùm iis neque legitima debeatur, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quæsiti, sive nati ex concubina patris, testamentum inofficiosum non dicunt: de matris autem agere possunt, *l. si suspecta 29. §. 1. eod.* vid. Bart. Salic. Castr. *in l. pen. C. ad sen. Orfic.* Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest, *l. Papinianus §. si quis 4. l. si instituta 27. §. 2. eod. l. 9. l. testamentum 24. C. eod.* DD. plerique *in d. l. 9.* tradunt, hodie etiam militum testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. *ibid.*

Liberorum parentibus) Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quàm liberis piè relinqui debet: ut benè & piè Papinianus in *l. nam etsi 15. hoc tit.* Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc sit, ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit *in l. 7. §. 1. unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contingat liberos prius ex hac vita evocari, & præpostera atque immatura morte abripi, vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere, ut ne parentes à luctuosa liberorum suorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes suos sine causa exhæredant aut prætereunt; atque ob eam causam parentibus quoque actionem, de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive fœminis, *l. 1. l. 14. & seq. eod. l. cùm filium 17. C. eod.* qui modo ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario ventu i fuissent; de quo statuendum ex iis, quæ de liberis dicta sunt. Exhæredati sunt parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea adscendentium & collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est, & vel una saltem ex causis, ob quas parentes exhæredati aut præteriri permisit Justinianus, testamento inferenda, *Nov. 115. c. 4.* Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantùm, quæ ordine enumerantur *d. c. 4. §. 1. & seqq.* Nimirum pauciores hic causæ sunt, quàm in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à liberis in parentes commissa pœnam merentur. Illud difficultate non caret quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideramus, sive novi Justinianei. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior at-

atque potior in querela, quàm parentum causa fuisse videtur, *arg. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. 2. C. ad Tertull. l. ult. C. comm. de succ. pr. sup. quib. non est perm. fac. testam. vers. si vero.* quibus locis ad successionem ab intestato demum post fatres patrem vocari legimus. Jam verò ratio juris postulat omnino, ut quo quisque ordine ad successionem á lege vocatur, eodem ordine admittatur ad querelam, per quam res ad causam intestati redigitur; quo enim quisque potiore jure est in causa successionis, eo majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, verbi causa, Titium, cùm patrem & fratrem haberet, utroque præterito hæredem instituisse in bonis castrensibus: quid tam absurdum est, quàm si dicamus, patrem solum queri de inofficioso posse, exclusoque fatre hæreditatem consequi, ad quam testamento non facto solus frater venisset excluso patre? *d. pr. vers. si vero. sup. quib. non est perm. fac. testam.* Ego non dubito, quin à posterioribus Principibus istud constitutum sit, non animadvertendus, quæ inde consecutura esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure, quod in Pand. relatum est, quæratur, filiusfam. hæredem ab intestato habere non poterat, sed pater jure peculii bona, quæ filii fuerant, (alia autem quàm castrensia & quasi castrensia non erant) occupabat, *l. 2. l. 9. de castr. pec.* Quod si filius de his bonis, quod ipsi permissum erat, testamentum fecisset, id testamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Justinianus confirmavit, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum sustulit *Nov. 115. cap. 4. in pr.* ut verba illa, *in quibus habent testandi licentiam*, manifestè ostendunt. In successione autem filii emancipati pater manumissor præferebatur defuncti fratribus, & omnino jure patris potior erat, ut mirum non sit, in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia à me copiosius tracta sunt sub §. *ult. inf. de leg. agn. success.* Mater ex Senatusconsulto Tertulliano ad legitimam hæreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres consanguinei matrem excluderent, §. 3. *inf. de sen. Tertull.* Unde sequi videtur, eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio. Novissimo jure, postquam placuit fratres defuncti una cum parentibus admitti ad hæreditatem, *Nov. 118. cap. 2.* dicendum videtur, etiam simul eos cum parentibus admitti ad querelam: aut si hoc minus placet, dicam, fratres saltem admittendos parente repudiante, utique si turpis persona instituta sit: quippe cùm tunc ex sua persona pater querelam movere possit. Utut, illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cùm nulla sit ratio, cur rescisso testamento, & re ad causam intestati deducta, fratres excludantur. Et ita quoque sentiunt Joan. Fabian. Ang. Baro & Mynsig. *hic*, licet aliud Viglio & D. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. cap. 8.* videatur, putantibus, hoc pacto fraudem legi fieri: sed falso, cùm maximè sit ex sententia legis ut fratres una cum parentibus ab intestato succedant, *d. Nov. 118. cap. 2.* Neque novum est, ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per se ipse non habuisset, *l. cum hæreditate 55. de acq. hæred. l. 10. §. ult. cont. tab. l. 3. in fin. quæ res pign. dar. l. 10. quemadm. serv. am. l. 5. §. 2. ad SC. Tertull.* Apud nos iis demum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad successionem: de quo *sub d. tit. de hær. quæ ab int.* add. D. Coren. *observ. 10. n. 8. & seqqq.*

Soror autem & frater) *L. 1. hoc tit. l. fratris 21. C. eod.* Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consanguinei sive ὁμοπάτριοι; nam uterini ab actione de inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, *l. fratres 27. C. eod.* Hodie verò cùm fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis, simul ad successionem intestati veniant.

Turpibus personis) *D. l. fratres 27. C. hoc tit. l. 3. C. Theod. eod.* Itaque fratribus querela datur, non simpliciter ut præteritis, se ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti hæredis. Cùm autem turpis persona definiatur à Constantino, *quæ vel turpitudinis, vel infamis, vel levis notæ macula aspergitur, d. l. fratres*, quæsitum est de spuriis; num & illi talium personarum numero habendi? Spuriorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Palæot. *tract. de nothis spuriisq. lib. c. 55. & seqq.* Hartm. Pistor. *lib. 1. quæst. 30. n. 26. & seq.* D. Tulden. *hic, c. 3.* quia, ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationem eorum lædat apud nos viros: *Crimen autem paternum nullam maculam filio infligere posse, l. crimen 26. de pœn. nativitatem, qua vitio aut culpæ verti nemini potest, pœnæ esse non debere: undecumque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honestos esse.* Augustin. *cap. undecumque, dist. 56.* Cæterum ut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua & macula spuriis adhæreat, non quidem ex facto sic nascentium,

6

tium, ceu pœna inusta: sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. *lib. de educ. lib.* vixque est, ut defendi posit, eum, qui ex vulgivaga Venere & improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse. Qua de re eleganter disserit vir doctissimus Arnisæus *lib. 2. de repub. c. 2. sect.* 13. Illud equidem minimè concedo, quod Covar. 2. *de sponf.* 8. *n.* 11. Card. Tusc. *concl.* 454. *n.* 17. statuunt, meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudo, quæ postea intermittitur, *l.* 43. §. 4. *de rit. nupt.* utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitiæ; at excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adspergunturur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus sæculi tribunalibus, *l.* 65. *de furt. l.* 5. *vi bon. rapt.* Ut autem turpis persona instituta sit; non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus, laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, *arg. l.* 11. *C. hoc tit. l. cum mulier* 47. *sol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis *Nov.* 22. *c.* 47. easque causas opponi ab hærede & probari sufficit, etiamsi à testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 2. *c.* 8. VINN. Ast Spurios tamen haud intelligi in *l.* 27. *C. hoc tit.* singulari dissertatione *de levis notæ macula* demonstrari à nobis meminimus. HEIN.

Ultra fratres & sorores, &c.) Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus in *l.* 1. *hoc tit.* hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant. Ex quo explicandum est, quod Justinianus hic simpliciter ait, eos nullo modo agere posse aut agentes vincere: item quod Dioclet. & Maxim. rescribunt, *in l. fratris* 21. *C. eod.* neminem eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti: nimirum non admitti, agere aut agentes vincere, suoque jure testamentum evertere non posse, si exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Planè enim si egerint, & nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, remque proximi ab intestato auferunt, *l.* 6. §. 1. *eod.* Similem superioribus quæstionem peperit constitutio Justiniani, *Nov.* 118. *c.* 3. ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæstione idem quod de præcedentibus judicium esto. VINN. Est hoc ex jure novo, invecto, ut videtur, postquam portio legitima invecta est. Jure enim antiquo & alios agnatos cognatosque remotiores, immo & amicos extraneos inofficiosi querelam instituisse, clarissimè patet ex Valer. Max. *lib.* 7. *cap.* 6. Conf. *Antiqu. nostr. Rom. hoc tit.* §. 7. HEIN.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quàm secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

NOTÆ.

2. *Naturales liberi*) Id est, justis nuptiis quæsiti: *v. sup. de adopt. in pr.* quibus exæquati & qui postea facti legitimi. *Nov.* 89. Matris autem testamentum etiam spurii inofficiosum dicunt, *l.* 29. §. 1. *eod.*

Nostræ constitutionis divisionem) Adoptati ab ascendente queri possunt, ab extranea persona non possunt. Constitutio est *l. pen. C. de adopt.*

Alio jure veniunt) Igitur impuberes adrogati queri non possunt, quia quartam habent ex constitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *hoc tit.* nec sui nec emancipati præteriti à patre, quia illorum præteritio patrem intestatum facit, hi habent contra tabb. *sup. de exh. lib.* quam ob causam querela dicitur ultimum adjutorium *l. ult. C. de lib. prat.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph.

Posthumi, qui nullo alio jure) Ac proinde non aliter quàm si sint exhæredati: nam & posthumi sui & quasi posthumi præteriti, agnascendo aut quasi agnascendo testamentum rumpunt: ex filio concepti post emancipationem bonorum possessores efficiuntur, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr. cont. tab.* §. 1. 2. & 5. *sup. de exhib. lib.* Cæteri posthumi alieni aliud remedium non habent, *l.* 6. *hoc tit.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quod qui alio jure venire possunt, ad querelam non admittantur?*
2 *Cur parenti manumissori querela datur, cùm contra tabulas petere possit?*
3 *Quando posthumis querela necessaria: & num idem adhuc hodie?*

S*Ecundum nostræ constitutionis divisionem*) Intelligit constitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adopt.* cujus crebra in hisce libris mentio, §. 2. *sup. de adop.* §. 5. *sup. de exhær. lib.* §. 1. *tit. præc.* §. *sed ea.* 14. *inf. de hæ. quæ ab int.* Significat autem, ex sua constitutione eos dumtaxat liberos à patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sunt personæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud sæpe monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cùm liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos significentur liberi ex justis nuptiis procreati, *l.* 1. §. *liberos.* 6. *unde lib. l.* 1. §. 2. *de suis & legit. sup. de adopt. in pr.* §. 2. *inf. de hæ. qaæ ab int.* quamquam matris testamentum etiam naturales illegitimi, adeoque spurii, inofficiosum dicunt. *l. si suspecta.* 29. §. 1. *hoc tit.*

Quia ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt) Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exhæredati aut præteriti existimatione testantium parceretur, quos querela, dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humanè, nec piè fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, *l. in causæ.* 16. *de minorib.* Proinde qui testamentum nullum, ruptum aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi forte justa causa sit dubitandi, an alio remedio æquè cautum sit agenti; tunc enim eligere licet, *l.* 8. §. *si quis.* 12. *hoc tit. fac. l.* 7. §. 3. *de dolo.* & si quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, *l. contra.* 16. *& ibi* Sichard. *C. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, *l. si ponas.* 23. *eod.* In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili tum prætorio destitutus est: quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium, *l. ult. vers. nam cùm ultimum. C. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph. Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri à filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cùm *bonorum filii possessionem contra tabulas* petere possit: *tit. si à patr. quis man.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri tamquam patri, sed tamquam manumissori & patrono: nam emancipatus à parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l.* 1. *in pr. d. tit.* Ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longè diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea, à qua excluduntur exhæredati, & similes exhæredatis, præteriti, *l.* 8. *in pr. cont. tab.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantùm ad liberos à patre præteritos & maximè emancipatos, *l.* 1. *& pass. d. tit.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis, nec æquè plenum, ac querela: cùm querela totum testamentum rescindat, bonorum autem ista possessio constitutæ tantùm partis plerumque detur, *l.* 3. *si à par. quis man.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cùm sit pater, uti disputat Jurisconsultus *d. l.* 1. §. *ult. eod.* & translatitium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius est, atque expeditius. Planè qui de inofficioso acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum possessionem, sed eam, quæ litis ordinandæ gratia querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti, & hæreditatem petere viderentur, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *in pr. hoc tit.* Cæterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat: nequeenim ideo scriptis hæredibus bonorum possessio auferebatur, *l.* 2. *C. eod.* cujus rei etiam supra meminimus *ad* §. *pr. hujus tit.*

Posthumi quoque, qui nullo alio jure) Constat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili, nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantùm illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, *l.* 8. *in pr. cont. tab.* Idque ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent, sive non essent: sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret ne ingratos quidem esse potuisse: ideoque in infante quoque exhæredato valebat testamentum, necessariaque erat exhæredato inofficiosi querela: quod jus à Justiniano quoque confirmatum, *l. si quis.* 33. §. 1. *C. hoc tit.* Posthumus non tantùm exhæredato, verùm etiam

etiam præterito valebat ab initio testamentum: sed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum: exhæredatus non rumpebat, sed ad rescidendum testamentum non ei minus quàm cæteris liberis exhæredatis querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Justinianus *l. omnimodo.* 30. §. 1. *C. eod. & hoc nostro* §. Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ à matre aut avo materno facta est, §. *ult. sup. de exhær. lib.* Cæterum non perstitisse in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogasse, *Nov.* 115. *c.* 3. plerisque interpretum nostrorum visum fuit: qui sic ratiocinantur: si ex *dict. Nov.* testamentum ipso jure nullum est; cùm liberi, in quos cadere potest ingratitudo, exhæredati sunt sine expressione justæ causæ ingrattitudinis, multo magis ubi nulla esse potest exhæredationis causa, ut in infante & posthumo, testamentum his exhæredatis nullum erit, aut agnatione posthumi rumpetur: ac proinde cùm alio jure ex *d. Nov.* veniat, ad querelam, non debent admitti. Mihi verò contra videtur sententia ista constitutioni Justiniani planè adversari. Jubet quidem Justinianus, liberos exhæredari justis de causis, easque adscribi; cæterum non ut testamentum ab initio constet, sed ut si contra factum sit, rescindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat solis liberis, non ut aliis ea prosit: quod futurum est, si testamentum non rescindi, sed nullum esse dicimus. Quamobrem statuimus etiam post *d. Nov.* dummodo liberi, quicumque erunt, rite sint exhæredati secundùm formam juris veteris, quantumvis nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc sententia stabilitur, usus sum *ad pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

NOTÆ.

3. *Nostra constitutio ad verecundiam naturæ*) Ipsorum parentum gratia: nam cujus testamentum inofficiosum dicitur ejus opinio læditur & pudor sugillatur, dum insimulatur dementiæ. Plin. 5. *Epist.* 1. constitutio est, *l.* 30. *C. hoc tit.*

Quod deest repleatur) Condictione ex *d. l.* 30. quæ actio diversa est ab illa de inofficioso. Condictio illa perpetua est, atque ad hæredes transmittitur; querela finitur quinquennio, *l.* 8. §. *ult. & l. seq. eod. l.* 34. *C. eod.* nec transmittitur, nisi præparata, *l.* 6. §. *ult.* cum 2. *ll. seqq. eod.* illam excludit agnitio relicti, hanc non item.

Licet non fuerit adjectum) Quod adjici olim ad excludendam querelam necessarium, *l.* 25. *eod. l.* 4. *C. Th. eod.* Alioqui etiam hæres in minore parte institutus queri poterat, *l.* 3. *C. eod.* excepto quod fratribus cohæredibus adjectis quartæ petebat suppletioneme. Paul. 4. *tit.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutionibus Justiniani?*
2 *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*
3 *An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli?*
4 *Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur? & quibus rebus ea actio differat à querela inofficiosi.*

IN hoc loco explicando multum operæ Wesembecius posuit: alii, ut Vig. Mynſ. Hot. leviter tantùm eum perstrinxerunt. Difficilem sane reddit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt, testamentum, in quo debita legibus portio iis, qui queri possunt, relicta esset, pro inofficioso aut contra pietatem facto habendum non esse. Cæterum ut id ab expugnatione immune esset, totam legitimam, id est, quartam integram debitæ portionis ab intestato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, sive in hæreditate, sive in legato aut fideicommisso, *l.* 8. §. *si quis.* 6. & §. 8. *h. t.* Si minus relictum esset, querela iis non denegabatur, nisi judicium defuncti agnatione relicti aut quavis ratione comprobassent, *d. l.* 8. §. *conditioni.* 10. *l. si pars.* 10. §. *ult. l. nihil.* 12. *filius.* 22. *l. pen.* §. 3. & 4. *l. ult. eod.* Planè si expressè in hoc aliquid datum fuisset, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l. si non mortis.* 25. *eod.* Paulus quoque *lib.* 4. *sent.* 5. scribit, filium ex minore parte institutum, cui fratres cohæredes da-

dati sint, jure desiderare, ut portio debita suppleatur citra inofficiosi querelam, unde simul apparet, adjectis extraneis secus fuisse. *fac. l.* 3. *C. hoc. tit.* Illud omnino certum est, quando testator nominatim cavisset, ut si minus relictum esset, suppletio ad modum quartæ fieret, tunc cessante querela id ipsum boni viri arbitratu hæredem supplere debuisse, *l.* 4. *C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quàm quartæ sive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta esset, à querela repelleretur, & is, qui ex minore parte, quàm quæ legitimam conficeret, hæres institutus esset, ditis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicuè probat d. locus Pauli & Ulpiani quoque in *d. l.* 8. §. *quarta.* 9. quod quia in principio omissum est, hic annotare libuit. Videamus nunc, quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, cujus hic meminit, & quæ extat *in l. omnimodo.* 30. *C. hoc tit.* Is vetera jura intacta servari expressè voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere, cùm nihil exhæredatis aut præteritis testamento relictum est, §. 1. *d. l. omnimodo. & l. seq.* At si ei, qui queri poterat, aliquid relictum sit, vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommisso, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam confirmandumque testamentum; jubetque hoc casu id, quod deest, usque ad portionem legitimam suppleti, licet testamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratus suppleretur, *d. l. omnimodo. in pr.* quod etiam repetit *l. quæ nuper.* 31. *& aliquot seqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque, se hoc constituisse, ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ. Ac proinde Wesembecio assentiendum non est, qui arbitratur, in una tantùm specie, cùm scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima relictum est, correctioni constitutionis & suppletioni locum esse: sin autem simpliciter quid relictum sit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec d. constitutionem refragari. Alia constitutione Imperator sancivit, ut etsi quis relictum aut inter vivos sibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, post obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id quod legitimæ deest, persequi; nisi agnoscens adjecerit, nullam sibi superesse de repletione quæstionem, *l. si quando.* 35. §. 2. & 3. *C. eod.* Novissimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quàm ipsa exhæredatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, sitamen immerenter reperiantur exhæredati, conqueri non prohibeantur. *Nov.* 115. *c.* 3. 4. & 5. De quo accuratius sub. §. *ult. inf. eod.*

Ad verecundiam naturæ) Ne scilicet temere atque irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita & voluntas sancta iis esse debet: & in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicia evertendi, tamquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu futuri, *d. l. omnimodo. in pr. C. hoc tit.* Nam is, cujus testamentum inofficiosum dicitur, dementiæ videtur insimulari: ejus certè opinio læditur, & pudor suggillatur. Plin. 5. *ep.* 1. Igitur post introductam actionem ad supplementum, neque institutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis quibus exhæredatis per legatum aut fideicommissum aliquid relictum esset, quantumvis minùs legitima portione, querela amplius competit: sed iis solùm, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia, *d. l. omnimodo. & l. seq. C. eod.* Nemo verò putet, si testator filio, quem in potestate habet aut habuit, præterito, quartam partem, verbi causa, legaverit, prohiberi constitutione Justiniani testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas accipere: nam ad ea tantùm patrum testamenta constitutio pertinet, quibus filii in potestate constituti aut emancipati legitimè exhæredati sunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non possint, quàm subsidiario querelæ §. 2. *præc.*

Ad quartam legitimæ partis) Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ successionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio & debitum bonorum subsidium, *l.* 8. §. *unde.* 11. *hoc tit. l.* 5. *C. de inoff. don.* Græcis τὸ νομιμον μέρος. Atque adhuc hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi, portionis, scilicet quæ ad eum, qui quæritur, perventura fuisset, si paterfam. intestatus decessisset, *l.* 8. §. *si quis mortis.* 6. *eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Justi-

tinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta substituit quartam, in liberis pluribus quatuor etiam semissem, *Nov.* 18. quod augmentum etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere statuunt comm. DD. hìc & in *auth. novissima. C. hoc tit.* Graff. §. *legitima. quæst.* 9. & Magister apud Hermen. *lib.* 5. *tit.* 9. §. 14. Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt; quos sequitur Fachin. 4. *contr.* 28. quamquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis, aut rationi constituentis mentive convenit; neque temere admittenda videtur extensio, cùm utique major sit ratio liberorum. Neque verò verbis generalibus, quibus clauditur *cap.* 1. *dict. Nov.* 18. comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, posthumi omnes, tum in paterna, tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus apertè significat, & benè observavit Vaudus *lib.* 1. *var. quæst.* 50. Usus tamen
3 augmentum admisit in parentibus. Porro hæc constitutio Justiniani occasionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli? Vulgo sic censent, liberorum & parentum legitimam mutari tantùm posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex sola dispositione juris civilis. Mynsf. *obs.* 43. & 6. *observ.* 44. Gail. 2. *obs.* 122. Covar. *in* 4. *decretal. p.* 2. *cap.* 2. §. 6. *num.* 5. Graff §. *legitima. quæst.* 2. Chifflet. *de port. leg. cap.* 3. Schneid. *hìc*, *num.* 10. Sed primum insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima: siquidem quod legitima propriè & formaliter dicitur, nempè certa illa & definita quantitas, cùm sit ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri, ut nomine legitimæ non amplius talis portio, sed alia veniat: ideoque potius de jure succedendi in universum quærendum fuerat. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive, quod res ipsa ostendit, cùm legitimam ajunt humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitima insunt alimenta necessaria. Nam utique quod supra est, tolli potest, non repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exæquant. Tota igitur disputatio & quæstio huc redit, an lege civili effici possit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant; idque duobus modis intelligi potest: primo, an effici possit, ut non succedant omnino? id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit: secundo, an posito, quod ab intestato succedant, à successione ista excludi possunt per exhæredationem, aut præteritionem? In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicuè palam est, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis*, inquit Paulus Jurisconsultus, *quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando*, *l.* 7. *de bon. damnat.* Cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptum reliquit, liberos hæreditatem ut sibi debitam, ὡς ὀφείλημα, expectare. *Sanguini honorem reliquit*, ait Val. Maximus de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam hæredem scripserat, *l.* 5. *c.* 9. Papinianus in *l.* 7. *in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ simul & parentum commune votum*; id est, liberos sequi hæreditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturale, qua parentes creduntur id velle, ut liberis quàm optimè prospectum sit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantùm de necessariis, sed & de his, quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinent, quàm uberrimè voluisse prospectum. Quæ cùm ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter à successione parentum excludantur. Cæterum non est iniquum, ut hìc tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi fœminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur necessariis alimentis, quæ præcisè natura debentur. Parentes verò, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, *d. l.* 7. *in fin. unde lib. l.* 15. *in pr. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertullianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantùm, verùm etiam uterni, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l.* 2. *C. ad Senatusc. Tertull.* Et apud nos in parte Hollandiæ australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur à successione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici solet, *Pa-*

ter-

rna paternis, *materna maternis*. Similiter & fratres removeri à successione possunt, admissis aliis, sicut pater olim non tantùm ut manumissor, sed etiam ut pater, in successione filii emancipati fratribus prælatus fuit, qua de re uberius agemus *inf. lib.* 3. *titul.* 1. *&* 3. *seqq.* De altero sic censeo, posse tale jus constitui, ut parentes & fratres, quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impune præteriri aut summoveri possint, neque necesse esse, his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippe cùm hæc non sic parentibus, & fratribus uti liberis, debeatur; sed tantùm ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est, quod post DD. vulg. Mynf. *6. observ.* 44. asserit, parentum legitimam ita causam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat. Liberorum verò legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc est, jus civile efficere non potest, ut liceat parentibus liberos suos sine justa causa à tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis quasi debitam, & quidem præcisè ratione alimentorum, eos vocat, *arg. d. l.* 7. *de bon. damn.* junct. *l.* 6. *de injust. & jur.* add. Osvvald. Hillig. *in lib.* 19. *comm.* Don. *cap.* 4. *& ibi alleg.* Paul. Bus. *ad l.* 8. §. *si quis mortis. num.* 11. *& seqq. hoc tit.* Grot. 2. *de jur. bell. & cap.* 7. *num.* 4. *& seqq.*

Repleatur) Qua verò actione repletio ejus quod deest petetur, utrum actione ex testamento, an qua alia, puta petitione hæreditatis aut judicio familiæ erciscundæ, aut potius condictione ex lege Justiniani? Et siquidem filium ponimus exhæredatum, adscripto legato, certum est actionem familiæ erciscundæ aut petitionem hæreditatis hic competere non posse. Probabiliter autem defendi potest, agi posse ex testamento, & quod deest tamquam legatum peti, maximè si testator id suppleri jusserit: quamquam, etsi nihil dixerit, idem probari potest; quasi id potius voluerit, quàm testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus, §. *ultim. inf. eod.* hìc si ex parte aliqua hæreditatis institutus sit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciscundæ nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte hæres est: sin institutus sit in re certa, quod eodem loco ostendemus nunc sufficere ad excludendam querelam, hìc non videtur locus esse judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciscundæ, sed tantùm actioni ex testamento: quoniam qui certæ rei hæres scriptus est, dato cohærede, legatarii loco habetur, *l.* 13. *Cod. de hær. inst.* Cæterum dubitationis omnis tollendæ causa, tutius fortassis erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioso differentiam. Prima est, quod querela taciturnitate quinquennii ab adita hæreditate computandi extinguitur, *l.* 8. §. *ult. & l. seq. hoc tit. l.* 16. *l. si quis.* 34. *l. pen.* §. 2. *C. eod.* Hæc actio sive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua est, id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam, *l.* 3. *C. de præsc.* 30. *ann. dec.* 3. *Cur. Holland.* Altera quod querela (quippe quæ instar est actionis injuriarium, *l.* 8. *in princ. hoc tit.*) excepto casu *d. l. si quis.* 34. *C. eod.* in hæredem non transmittitur nisi præparata; actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia, quod qui agnoscit, quod sibi testamentum relictum est, querelæ renuntiasse intelligitur, *l.* 10. §. 12. *l.* 1. *in princ. eod.* non autem huic actioni ad supplementum, *l. si quando.* 35. §. 2. *C. eod.* Primam differentiam non admisit Bartolus, sed reliqui omnes admiserunt, testibus Vigl. Mynf. & Wesemb. *hìc*, Gail. *lib.* 2. *obs.* 120.

Textus.

Si tutor, cui nihil à patre relictum pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cùm nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo; nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.*

Notæ.

4. *Si tutor, &c. legatum acceperit*) Repellitur ab inofficiosi querela, qui exhæredatus legatum ex testamento percepit, aut petenti advocationem præbuit. Agnovisse enim judicium defuncti videtur, *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l. ult. eod. l.* 8. §. 1. *C. eod.* Tutorem autem necessitas officii excusare debet, qui id totum alii administravit, *d. l.* 10. §. 1. *l.* 22. *de his quæ ut indign.*

Textus.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. *Sed si è contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, & sit*

peratus est; ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.

NOTÆ.

5. *Sed si è contrario*) Qui voluntatem defuncti sive suo sive alieno nomine dicit inofficiosam, legatum sibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti, *l.* 8. §. 14. *h. t.* Sed necessitas officii & fides tutoris hic etiam excusat *l.* 30. §. 1. *eod.* Qui negat testamentum patris jure factum esse, non intelligitur judicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, *l.* 24. *de his quæ ut ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Effecta agnationis & oppugnationis judicii defuncti.*

2 *Hæc effecta ad eos non pertinent, qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.*

3 *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

QUi judicium defuncti agnoscit, puta, quod sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur, & querelæ renuntiare, *l.* 8. §. *si conditioni* 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l. si ponat* 23. §. 1. *l. pen.* §. 3. & 4. *l. uit. hoc tit. l.* 8. §. 1. *C. eod. l.* 5. *in princ. de his quæ ut indign.* Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, *d. l.* 8. §. *meminisse* 14. Nec interest, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, veluti si advocationem præbuerit, *d. l. ult. in princ.* Cui non obstat, quod filius patroni, qui advocationem accusatori liberti præstitit, non repellitur à bonorum possessione liberti; *l. qui cum* 14. §. *si patroni* 9. *de bon. libert.* Nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quam si ipsi libertum accusaverint. Quod intelligitur ex ratione, qua Jurisconsultus dicto loco utitur; *neque enim*, inquit, *advocatus accusat.* Legatum verò amittit advocatus exhæredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti; quod satis esse visum est ad amissionem legati advocato relicti ab eo quem furoris arguit. Cur verò non similiter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum testamentum falsum, aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit? *l.* 5. *in pr.* & §. 1. *de his quæ ut indign.* Hanc rationem reddit Papin. *l. si testamentum* 24. *eod. tit.* quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat aut accusat judicium. VINN. Sed hæc rectè intelligenda. *Qui testamentum jure factum negat, de jure disputat*, ac scilicet ea sint observata solemnia, quæ jus exigit? *non autem impugnat judicium*, eo colore, quod testator fuerit emotæ mentis, adeoque nec ulla injuria adficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficiosi instituit querelam. HEIN. Quod si quis ex necessitate officii, ea quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes consilio & opera sua juvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum, qui clientis causam agere publicè impositum, *arg. d. l.* 5. §. *advocatum* 23. *de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cùm ipse exhæredatus esset à patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit, sive è contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioso egerit, & victus sit, neque hoc casu, quod ad se attinet testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii & fide, quæ excusata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere hoc casu legatum sibi relictum petere, *l. adversus* 30. §. 1. *h. t. l. tutorem* 22. *de his quæ ut indign.* Similis priori casus est in *l. quædam* 36. *C. de adm. tut.* Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim esse, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui, Sed tenor juris antiqui novis subinde constitutionibus mutatus est. Quod miror neminem interpretum hoc loco annotasse. Olim quacumque in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non solùm in hæredis institutione, sed etiam in legato, sive id tamquam sibi legatum exhæredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine peteret defenderetve, sibi relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa: nec referebat, per se caperet, an per alium, per textus *supra allegat.* Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione hæredis, sed si is, qui queri potest, hæredem scriptum pro hærede agnoverit,

rit, puta res hæreditarias ab hærede emendo, conducendove, aut solvendo quod defuncto debuit: cujus generis item est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede acceperit; (quibus omnibus factis hæres scriptus pro hærede agnoscitur, *l.* 8. §. *si conditioni* 10. *l. si penas* 23. §. 1. *hoc tit.*) querelam & jus petendi, quod sibi relictum, aut quod reliquum est, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato verò prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicumque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest, agere possunt, *l. omnimodo* 30. *cum seqq. C. eod.* Itaque jam non agnitio legati, sed ipsum legatum querelam excludebat. Novissimo autem jure ad excludendos à querela liberos & parentes iterum agnitio legati reviviscere cœpit, si nihil iis titulo institutionis relictum esset, salva tamen, si quid debitæ portioni deesset, actione ad supplementum, *Nov.* 115. *cap.* 5. D. Tulden. *hic*, *cap.* 5. & 6. Ut igitur semel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est. Olim si minus legitima relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admisso, agitur ad supplementum. Secundum est. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non tantùm querelam, sed omnem etiam petitionem relicti: hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest, petitio; si agnoscens profiteatur, se relicto contentum, de reliquo quæstionem remittere, *l. si quando* 5. §. *pen. & ult. C. eod.* Postremum est. Olim qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibebatur eo agnito & restituto de inofficioso queri: hodie quiescente querela, id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus sit, *l.* 30. *in fin. hoc tit.* junct. *l. quoniam* 32. *C. eod.* Quod si quis in eo, quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbasset, puta advocationem præstando aut alis modis, placebat illum cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe qua ablata, ut tunc jus erat, cætera quoque correbant, *l. pen.* §. 3. *l. ult. in pr.* & §. 1. *hoc tit.* junct. *l.* 9. *de test. tut. l. eam quam* 14. *C. de fideicomm.* Verùm commutata est ratio juris, posteaquam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse consistere. *arb. ex caus. C. de lib. præt.* Hoc enim jure posito, dicendum omnino videtur, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem hæredis, *arg. l.* 10. *C. de prob.* ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legato judicium agnovit de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat Don. 19. *comm.* 6.

Textus.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

Notæ.

6. Quartam quis debet habere) Id est, portionem legitimam, quæ olim erat quarta debitæ ab intestato portionis, *l.* 8. §. 8. *eod.* Justinianus quantitatem auxit, substituto pro quarta triente; in liberis pluribus, quam quatuor, semisse, *Nov.* 18. qua constitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam censet Magister apud Harmen. *lib.* 5. *tit.* 9. §. 14. Theodorus Diaconus auctam καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν, *argum. cap.* 2. *d. Nov.* 18.

Sive jure legati, &c.) Novissimo autem jure, ut testamentum ab omni impugnatione tutum sit necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, *Novell.* 115. *c.* 3. 4. 5. Unde vulgo ajunt, legitimam titulo institutionis esse relinquendam, in qua sententia & Græci ad *l.* 8. *h. t.* Sufficit autem vel in particula aliqua assis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id querela cessante condicetur actione suppletoria, *d.* §. 5.

Iis tantummodo casibus) Cujac. huc trahit duos casus, *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione. Constitutio est *l.* 30. *C. hoc tit.*

In nostris constitutionibus) Non extant. Et forte *nostris* irrepticium est, fac. *l.* 17. *C. de collat.* junct. *l.* 9. *C. hoc tit.* quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

Pro virili portione quarta) Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum, *Nov.* 18. Igitur

tur si verbi causa duo sint liberi, singulorum portio legitima erunt duæ unciæ: si sex, uncia.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur insignis quorumdam error.*
2 *Jure Digest. & C. querelæ locum non patuisse, legitima quocumque titulo relicta.*
3 *Jus novum à veteri discrepare in casu, quo quid inter vivos donatum est ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*
4 *Jure novissimo legitimam titulo institutionis relinquendam: & quomodo hoc accipiendum?*
5 *Quid intersit, titulo institutionis legitima relinquatur, an quo alio?*

INtolerabilis eorum error est, qui ex hoc §. colligunt, filium etiam non legitimè exhæredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quàm
1 præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullum fuisse; emancipato præterito datam bonorum possessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, testamentumve nullum erat, aut per bonorum possessionem everti poterat, quod quartæ debitæ portionis, aut etiam multo amplius, præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, necne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem* 12. *inf. de hær. quæ int.* Itaque quod Ulp. ait, in *l.* 8. §. *si quis* 6. *hoc tit.* securè eum testari, qui mortis causa filio quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu securè filium prætærire, sed posse securè exhæredare, hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Justinianus: tota enim hæc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili & prætorio à patris hæreditate exclusis unicum remedium superest, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios, respectu patris, quàm qui legitimè exhæredati sunt: matris enim & per matrem adscendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

Sive jure hæreditario, sive jure legati, &c.) In explicatione hujus tituli excusata esse debet ejusdem rei inculcatio. Jure veteri, libe-
2 ris exhæredatis aut præteritis, non tam ideo querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti erant, quàm quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta seu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius censebatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum testamentum. Cui erat consequens, ut querela excluderetur, non tantùm si quarta relicta foret titulo hæreditario, sed etiam si titulo legati aut fideicommissi. Et quia mortis causa donationes legatorum instar obtinent, *l.* & *si* 17. *in fin. de mort. caus. don. supr. de donat.* §. 1. placebat etiam, si quis ei, qui queri poterat, quartam mortis causa dedisset, eum securè testari, *d. l.* 8. §. *si quis* 6. quod jus in codice suo, item *Nov.* 18. *c.* 1. unde *auth. novissima, C. hoc tit.* Justinianus integrum reliquit; novissimè verò ab eo recessit *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. Cæterum de eo plura inferius.

Vel inter vivos iis tantummodo casibus, &c.) Si quid inter vivos simpliciter donatum fuerat, etiamsi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela: contra verò si hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur, *l. si non mortis* 25. *hoc tit.* Hoc abrogavit Justinian. ea constitutione, cujus hic meminit, nimirum *l. si quando* 35. §. 1. *C. eod.* Sanxit enim, ut si quid liberis à patre inter vivos donatum sit, etsi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, nisi tamen patris judicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis hæredibus transegerint, manere nihilominus jus integrum testamentum patris aequendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi, quàm pactionibus adstringendi sunt. D. Cujacius putat intelligi, *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Justinianus sancit, ut duobus casibus donatio simplex in collationem veniat, si ea lege à patre facta sit, ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omnino est hæc collectio, atque è diametro pugnat cum *l. l. si quando* 35. §. 1. *C. hoc tit.* Ac tametsi verum est, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire non idcirco tamen è converso quæcumque veniunt in collationem, computantur in quarta.n: quod perspicuè ostendit *d. l. pen. in pr. C. de coll.* ut adeo ead. l. quam Cujacius addit, refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est, ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur

quàm

quàm filii exhæredati exclusio à querela: quem ob casum Justinianus expressè noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium à querela excludi, nisi judicium patris post obitum ejus agnovisset, *d. l. si quando* 35. §. 1. & 2. *C. hoc tit.*

Vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus) Hæ constitutiones fortassis priori Codici insertæ fuerunt: in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio, quæ huc pertineat: nisi dicimus, verbum *nostris* irreptitium esse & delendum. Sané Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis libris abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis qui constitutionibus continentur.* Quinam ergo isti modi sunt præter legatum, fideicommissum, & donationem mortis causa, quibus liberi quarta à parentibus accepta constitutionibus à querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri à liberis jussisset, *l. ut liberis* 17. *C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam* 29. *C. hoc tit.* Novissimo jure, ut supra memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. non sufficit ad excludendos à querela liberos & parentes legitimam eis quovis titulo relictam esse; sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quàm an instituti sint, aut justè à successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. c.* 3. ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap.* 5. *ejusdem Novell.* ubi testatur, hanc suæ serenitatis intentionem esse, ut à liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non aufertur ista injuria, sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exhæredare aut præterire, etiam si eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur aut meritis de causis exhæredentur: unde DD. vulgo ajunt, legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, Clar. §. *testamentum*, *q.* 18. Grass. §. *legitima*, *q.* 32. At enim verò necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter, jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictum portione legitima, cessat tamen querela, & competit actio ad supplementum: quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundum priores Justiniani constitutiones: *d. cap.* 5. *l. omnimodo* 30. *cum seqq. C. hoc tit.* cùm contra jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur, si ex institutioue totam legitimam non obtineret, ut sup. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc posito aberravit Justinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei hæres institutus est, dat aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est, certis rebus deductis, hæreditatem restituere, non hæredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hæreditarias aut exercet, aut excipit, *l.* 13. *C. de hær. inst.* §. *si quis* 9. *inf. de fideic. hær.* Jam verò si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quàm illo modo fiat, ut hæres sit, falsus Justinianus fuit existimans, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli, si modo hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis, rogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non fit, si nihil amplius ea res efficit, quàm si legatum accepisset, certè pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa *in l. si quis priore* 29. *ad Trebell.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si revera splendidiore ac lautiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui, ut saltem in parte aliqua assis hæreditarii licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse, aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituantur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est, satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, cumque, qui vel in re certa institutus esset, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum: quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum Sichard. post Bart. Jas. & DD. *in l.* 13. *C. de hær. inst.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohærede simpliciter insti-

tuto: ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset: licet aliud videatur Ant. Fab. *dec.* 15. *err.* 5. D. Corn. Svvanemb. *tract. de jur. accr. c.* 8. Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum, rei istius respectu, pro legatario censeri, respectu personæ ipsius, pro hærede; quod satis Justiniano visum ad eum excludendum à querela. Vid. Sichard. *d. loc. n.* 3. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 7. *d. dec.* 7. *cur Holland.* Graff. §. *hæreditas, q.* 8. *n.* 3. Decker. *lib.* 1. *diss.* 8. *n.* 21. Christ. *vol.* 4. *dec.* 11. *n.* 5. *& vol.* 2. *dec.* 170. Bachov. *vol.* 2. *disp.* 12. *thes.* 1.

Ut ea pro rata distribuatur) Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias: si duo, singuli sescunciam, & sic porro, ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis, quam ab intestato habituri essent, *l.* 8. §. *si quis* 6. *&* §. *quoniam* 8. *hoc tit.* Jure autem novissimo ex *Nov.* 18. *cap.* 1. si unus sit filius, is tertiam totorum bonorum partem habere debet, id est, uncias quatuor: si duo, singuli uncias duas: & sic ita deinceps ut virilis singulorum portio sit triens illius partis, quam ab intestato laturi fuerant. Si verò plures sint liberi, quàm quatuor, semis omnibus relinquendus, id est, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Dig. Lib. 29. *Tit.* 11. *C. Lib.* 6. *Tit.* 31.

Continuatio, & argumentum tituli.

SI testamentum ab initio rectè factum fuerit, neque postea infirmatum, secundum ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil superfit præter susceptionem; quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis constare diximus, sub §. *ultim. sup. per quas pers. cui acq.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento: tamen cùm disseruisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat; alterum est de acquirenda vel omittenda hæreditate. Posterioris cognitio à priori dependet. Nam cùm varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem rectè primum indicantur genera & differentia hæredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Divisio hæredum.

Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.

COMMENTARIUS.

1 *In his regionibus hæredes omnes esse voluntarios.*

TRimembris hæc hæredum divisio ex duabus bimembribus conflata est, more nostris usitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius verò necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quàm extraneos; *arg. l.* 12. *de cond. inst. l.* 15. *& seq. de acq. hær. l.* 3. §. 3. *de hær inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. si alienum.* 46. §. 1. *de hær. inst. l.* 6. *in pr. de injust. rupt. l.* 6. *de vent. in poss. mitt.* §. *cum autem* 7. *inf. de hær. quæ ab int.* §. *posthum.* 26. *tit. seq.* Est autem hæc distributio ex jure civili: nam prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios, dato beneficio abstinendi, §. 2. *inf. in fin.* In hisce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus filios cum servili illi qualitate: quippe quæ effectus est veteris illius juris patrii dominico similis, apud nos, ut sæpe dictum est, incogniti. Non suos: quia sine fictione dominii rerum paternarum, ejusque post mortem patris continuatione in persona filii, suitas intelli-

telligi non potest; cujusmodi Romani juris subtilitates nostræ gentis simplicitas respuit.

Textus.

De hæredibus necessariis.

1 *Necessarius hæres est servus hæres institutus: ideoque sic appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius hæres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quàm ipsius testatoris, à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veniunt.*

Notæ.

Pro hoc tamen incommodo) Pro aspersione hujus notæ, quod bona ipsius nomine à creditoribus possideant, vel distrahantur.

Illud ei commodum præstatur) Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, merces hujus injuriæ. Theoph.

Ex ea causa res ejus) Cujac. Fabrot. *ex alia causa quas sibi res acquisierit*, & ita quoque Theophil, Vinn. Sed nihil tamen mutandum, Ostendit enim Justinianus servum factum hæredem necessarium, melioris esse conditionis quàm eum, qui bonis cessit; *non posse* enim *ex ea causa res ejus, quas sibi* postea aliunde *adquisivit, venire*, quod fieri potest, si quis bonis cessit, ad meliorem fortunam pervenerit, salvo licet beneficio competentiæ. *l.* 4. *l.* 6. *l.* 7. *ff. de cess. bon.* Hein.

Commentarius.

Necessarius hæres est servus, &c.) Necessitatis hujus causa est dominica potestas. Cur enim non liceret hæredum necessarium facere, quem licebat occidere? *arg. l. in suis.* 11. *de lib. & posth.* Non ait, institutus cum libertate; quod olim ex plurium sententia necessarium erat, ut valeret institutio: sed simpliciter, institutus: quia etiam omissa datione libertatis à domino institutum, liberum & hæredem necessarium esse voluit, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.* §. 2. *sup. qui & ex quib. ca. man. & sup. de hær. inst. in pr.* Absolutè igitur necessarius hæres est servus à domino hæres institutus, sed scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si vivo testatore manumissus fuerit, sua voluntate hæres fit, si alienatus, novum dominum adeundo hæredem facit, §. 1. *sup. de hær. inst.*

Sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus) Hæc verba textus evidentissimè ostendunt, non idem servum hæredem dici necessarium, quod nolenti imponitur necessitas adeundi: sed quia protinus, id est, statim à morte testatoris, hæres fit, solaque juris potestate citra ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligatur, perinde ac sui hæredes & necessarii. Unde & si furiosus sit, necessarius domino hæres existit, *l. furiosus.* 63. *de acq. hær.* Et vel hoc solum, quod abstinendi facultas ei denegatur, *l. necessariis.* 57. *in fin. d. tit.* certum argumentum est, ipso jure eum hæredem fieri. Cui jam consequens, statim quoque eum & simul liberum fieri: quod significat Jurisconsultus *in l.* 6. §. *ult. de hær. inst.* cùm ait, servum hæredem institutum à semetipso libertatem accipere; idemque traditur *in l. ex parte.* 58. *de accq. hær.* Perspicuus ergo Giphanii error est, qui scribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et verò hoc ita constitui necesse fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: siquidem ut quis præcisè adeat hæreditatem, cogi non potest, ne servus quidem à domino, *l.* 3. *C. de hær. inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum, quem ex fide commisso manumittere debebat, testamento suo liberum & hæredem esse jusserit, placet, hunc necessarium hæredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris, quàm alieno & debitam sibi accepit, *l. si servo.* 84. *de hær. inst.*

Unde qui facultates suas suspectas) Indicat præcipuam utilitatem, eamque secutam consuetudinem instituendorum servorum. Utilitas in eo consistit, ut bona dominorum, qui solvendo non sunt, post eorum mortem, non ipsorum, sed servi hæredis necessarii nomine à creditoribus possideantur vel distrahantur. Hinc orta consuetudo, ut qui facultates suas suspectas haberent, infamiam auctionis metuentes, eam hoc pacto in servos derivarent; quos pro honore delatæ sibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo aspersionem hujus notæ ferre convenit, uti supra quoque notatum est sub §. 1. *qui & ex quibus. ca. man.*

Hoc commodum præstatur) Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, Theoh. Duriusculum enim fuisse,

ut si quid post mortem testatoris non ex causa hæreditaria, sed vel sua industria, vel ex aliorum liberalitate acquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cæterum prius quàm bonis testatoris se immisceat, eave attingat, petere debet à prætore horum bonorum separationem, quam & hoc casu impetrat, *l.* 1. §. *ult. de separ. bon.* Quo loco, quod notandum est, separari etiam id dicitur, quod servo à testatore debetur, quasi hoc etiam dici possit à patrono non perfectum: quæ singularis est humanitas.

TEXTUS.

De suis hæredibus.

2. *Si autem & necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, & vivo quoq. patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento, ex lege duodecim tabularum, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.*

NOTÆ.

2. *Qui in potestate morientis*) Ἐν τῷ καιρῷ τῆς τελευτῆς. Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum est: nam filius, qui in potestate est, non potest non esse suus hæres: in cæteris non item, ut mox sequitur.

Non sufficit in potestate, &c.) Ex his, qui in familia defuncti sunt, suus hæres propriè est, quem nemo in suo ordine antecedit, *l.* 33. §. *de testam. mil. l.* 6. *de injust. rupt.* §. 2. *sup. de exh. lib.*

Aut qualibet) Est tamen casus, quo nepos, qui tempus mortis avi suus hæres non erat, propter præcedentem personam patris destituto avi testamento suus hæres avo ab intestato existit, *v.* §. 7. *& seq. inf. de hær. quæ ab int.*

Prima causa liberorum) Suorum scilicet hæredum. §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov.* 118. *c.* 1.

Sive velint, sive nolint) Necessitas hæc à jure patriæ potestatis, *l.* 4. *de cond. & dem.* quæ & ipsa est ex lege decemvirali. Dion. Halicarn. *l.* 2. *pag.* 96.

Prætor permittit volentibus abstinere) Quo beneficio utentes hoc cosequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, *l.* 57. *de acq. hær.* Itaque vi ipsa prętor ex necessariis voluntarios fecit, non tamen extraneos, quia, quod ipsis commodum, sui adhuc manent, §. 3. *inf. de hæred. quæ ab int.*

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius, quàm vulgo, sui hæredes describuntur.*

2 *Verbum hoc* suus hæres *non esse popularе & oratorium, sed forense & disciplinæ juris proprium: deque eo nonnulla non passim obvia.*

3 *Exponitur latissimè hujus nominis ratio.*

4 *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe necessitas: & quid ea operetur?*

5 *Prætorem dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo jure suitatis, & quem effectum ea res habeat?*

VEluti filius, filia, nepos, &c.) Qui sint & dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaretur, facile tamen ex his, quæ traduntur, quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam si non alii sui hæredes sunt quàm liberi defuncti, & è liberis soli illi, qui in potestate morientis fuerunt, atque ex his, qui in potestate fuerunt, soli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat, hæc inductio nos quasi manu ducit ad hanc definitionem: Sui hæredes sunt liberi defuncti, qui, quo tempore is moritur, in potestate ejus sunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Non est tamen hæc definitio modis omnibus absoluta. Nihil in ea desideraremus, si idem semper mortis tempus & delatæ hæreditatis esset: ad hæc tempora non semper concurrunt; ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo, de cujus successione quæritur, suus hæres non erat, postea tamen ei suus hæres existat. Planè neque ex testamento quisquam suus hæres existere potest, nisi qui tempore mortis in familia testatoris proximus est neque ab intestato, si aut nullum testamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo testatore ruptum, aut vitiatum; quippe in his ca-

casibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum est, quàm tempus mortis. At si proponas, patremfam. facto jure testamento, quod eo vivo infirmatum non sit, decessisse, hic evenire potest, ut qui tempore mortis suus hæres non erat, postea suus hæres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato; ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem instituit; deliberante hærede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio susceptus avo suus hæres erit ab intestato, & hic tamen tempore mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, *l. 7. unde lib. §. cum autem. 7. & seq. inf. de hær. quæ ab int.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit definitio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo suus hæres est, quia in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus est.

Aut qualibet alia ratione) Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis hæredibus qualibet ratione suus hæres esse desierit; statim liberi ejus gradum occupant, & succedendo in sui hæredis locum quasi agnascendo fiunt avo aut proavo sui hæredes, §. 2. *supr. de exhær. lib. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. l. Gallus. 29. §. & videtur. 12. cum seq. de lib. & posth.* Enim verò hodie occupatio loci paterni atque in sui hæredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quod effectum succedendi ab intestato, postquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in ea successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi, *Nov.* 118. *c.* 1. Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjug. cum emancip. lib.* inutile esse.

Sed sui quidem hæredes) Nomen suorum hæredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc est, ex lege duodecim tabularum, *l. liberorum. 220. de verb. sign.* Ulp. *tit. 26.* estque verbum forense ac proprium Jurisconsultorum, non populare aut oratorium, de quo Horom. *9. obs.* 10. Quod ut intelligatur, sciendum est relativum *suus* non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud grammaticos & in sermone populi. Popularis locutio est, cùm ea dictione ut relativa & reciproca sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam, quæ præcessit; veluti cùm nostri dicunt, *Mulier suos filios in potestate non habet, l. 5. C. de adopt. Pater agnovit suum partum, aut filium suum, l. 1. §. Julian. 22. cum seqq. de agn. & al. lib. Cajus, Sejus testamento uxorem suam hæredem instituit, l. Titia. 34. §. 3. l. ult. de legat. 2.* In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scil. ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus hujus vocis, quem pueri docentur in scholis: citato vulgato illo, *Rogat te Cæsar, ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres* & *suus*, conjungunt: sed ita, ut *suus* sequatur veluti in his: *Testator à Titio hærede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit hæredis sui. Stipulatus est sibi hæredique suo, ire agere licere; l. 2. §. ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere sibi hæredique suo stipulatus sit. l. stipulatio. 38. §. sed si. 12. d. tit.* Quintil. *lib. 5. cap. 16. Quem quis hæredem suum esse voluit, charum habuit.* At cùm ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hæres est, & quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit; ut in his, *Mulier suum hæredem paritura est, l. 31. §. 1. de acquir. hæred. Fœmina suum hæredem non habet, l. 4. §. 2. contr. tab. Spes est, suum hæredem defuncto existere l. pen. §. 1. unde legit. Filius patri suus hæres est, l. 45. §. 1. de neg. gest. Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus hæres, l. 13. de injust. rupt.* cum sexcentis similibus. Et igitur cùm dico, *Mulier suum hæredem non habet*, intelligitur loqui de usu juris peculiari: cùm ajo, *Sempronia hæredem suum rogavit, ut partem hæreditatis restituat Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domestici hæredes sunt) Theoph. οἰκειακοί, eadem fere significatione, qua domesticum testimonium §. *in testib. 9. sup. de test. ordin.* aut quasi οἰκοδεν καὶ ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες, τὸ κληρονομεῖν. Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, sed dominati sunt. Ita & Plin. *Pane. yr. cap. 37. domesticos* hæredes opponit *extraneis*, eosque ait bona non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa capere.

Et vivo patre quodammodo domini) Sui hæredes ideo dicuntur, quia non alienam, sed jam quodammodo suam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri, quàm sibimet ipsi hæredes sunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκλῆροι, quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu: 3

Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellatur, quàm eo adhuc vivo & superstite κατὰ περίληψιν, & quod singulariter notandum, etiam vivo adhuc patre, dicuntur definere sui hæredes esse, puta si capite minuti

fue-

fuerint, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. *de suis, & legit. l.* 13. *de injust. l.* 29. §. 12. *& seq. de lib. & posth.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre, jam quasi quodammodo domini, patrique socii, participes, & cohæredes sunt, testimonio non solùm nostrorum, Pauli *l.* 11. *de lib. & posth.* Justiniani *hoc text. &* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.* verùm aliorum etiam scriptorum. Terent. *Heaut. act.* 1. *sc.* 1. *Donec salvus redierit meus particeps.* Auson. *Idyll.* 3.

Justa quidem series patri succedere: verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum, heros minores, πατέρας δεσπότας, vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulysis. *Odyss. l.* Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, *Cen.* 24. *num.* 65. Atque hinc est, quod patre mortuo, non tam novam & alienam hæreditatem percipere existimentur, quàm pleniorem & liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque à morte parentis quasi continuatur dominium, *d. l.* 11. *de lib. & posth.* quo fit, ut ubi suus hæres est, numquam jacere hæreditas dicatur: nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam sui hæredis intervallum est, *l.* 1. §. *qui sunt* 7. *si quis omiss. ca. test.* Ex eo item est, quod sui hæredes ipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro hærede, *d.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l. in suis* 14. *de suis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l.* 3. *C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiam furiosi sint, aut alias voluntate careant, *d.* §. 3. *l. furiosi* 63. *de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem tamquam jam sibi quæsitam ad quoscumque hæredes transmittant, *d. l.* 3. *C. de jur. delib.* Hinc denique est, quod cùm extranei dicantur *acquirere, adire, repudiare hæreditatem*, sui dicuntur *hæredes existere*, (quod Græci interpretantur ἀναφαίεσθαι) *retinere, immiscere, abstinere*: quasi qui rebus jam olim suis, ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremo ex his etiam liquet cur sui hæredes, si non instituantur, exhæredandi sint, atque in his solis exhæredationem propriè dici, *l. quidam* 13. *v.* 1. *de verb. obl.* add. Hotom. 9. *obs.* 10. VINN. Similia fere sunt apud Oisel. ad Caj. *Inst. lib.* 11. *tit.* 3. §. 6. Sed incommodior tamen videtur ratio, filios esse hæredes vivo patre, quum viventis nulla sit hæreditas. Hinc verosimilius videtur, filios dici *suos* hæredes, quasi proprios, & in patris potestate dominioque Quiritario constitutos. Ita Jan. à Costa *ad pr. Inst. hoc tit.* & V. C. Schulting. *ad Caj. l. c. p.* 166. HEIN.

Si quis intestatus) De hac re agimus *infr.* §. 2. *de hær. quæ ab int.* Disertè autem ait *intestatus*: nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis testandi facultatem concessit; cujus vi legis patri licuit, filium quem in potestate habebat, exhæredare, aliumque sibi hæredem facere. Sed & hoc ipsum, quod hìc refert, ex jure civili est, & illo antiquo: quippe jure honorario postea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorum possessionem & vi ipsa ad hæreditatem a prætore admissi, ac si capite minuti non fuissent, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* §. *emancipati* 9. *infr. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati non minus, quàm sui, etiam jure civili ab intestato succedunt, *Nov.* 118. *c.* 1. quamquam in modo acquirendæ hæreditatis diversitas manfit: de quo alibi.

Necessarii ideo dicuntur, quia sive velint, sive nolint) Necessitas hæc à jure patriæ potestatis est, *l.* 5. *de cond. & dem.* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus *in* §. 2. *sup. de pat. pot.* liberosque hac in causa redigebat ad instar servorum: unde & commune iis servis hæredibus à domini institutis nomen necessariorum hæredum, *l.* 12. *de cond. inst. l. necessariis.* 57. *de acq. hær. & passim.* Licet autem suitati cohæreat necessitas; est tamen diversa qualitas à suitate. Ex eo quod qui suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent; ex eo quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribusque paternis, velit nolit, respondere, *d. l. necessariis.* quamquam hìc etiam suum confert suitas. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur; cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *d. l.* 22. *de cond. inst. l. jam dubitari.* 86. *de hær. inst.* Neque unquam pater dicitur suum hæredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit, ut recte Govean. *d. l.* 2. §. 5. *num.* 33. *& in l.* 10 §. 1. *num.* 2. *de vulg. & pupil.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate) Cùm quæsitæ hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l.* 8. *de acq. hær.* suisque hæredibus ipso jure acquiratur hæreditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, usque se bonis abstinere parati sint: humanitas tamen hìc postulare videbatur, ut eo onere,

re, qui id non sponte suscepissent, liberarentur. Verùm tantùm abest, ut jus civile iis subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit & annexa suitati. Et quid mirum, si lex, quem occidere patri permittebat eumdem necessarium hæredem patri fecerit, aut permisit patrem sibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data suis & necessariis hæredibus potestate abstinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hæreditariorum non adstringantur, *d. l. necessariis* 57. *de acq. hær.* Ex eo autem quod prætor hic dicitur liberis necessariis hæredibus volentibus potestatem facere abstinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, si velint derelinquere hæreditatem, *d. l. necessariis*, rectè colligitur, prætorem ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quamquam non extraneos: necessitatem tantùm à prætore sublatam, non suitatem: quippe cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere prætori propositum fuit, *l.* 12. *de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipso jure & ignorantes hæredes fiunt, & obliganur creditoribus hæreditariis, §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l.* 22. *de cond. furt. dict. l. necessariis* 57. quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit, ut in eos actio non detur, idem jus habere dicuntur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *nam nec* 89. *de legat.* 1. Manebit igitur adhuc idem suitatis effectus, quem supra indicavi, si filius decesserit, cùm vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret & quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipso jure sibi jam quæsitam, ad hæredes quoslibet transmittat. Rectène dicitur, jus suitatis tolli per exhæredationem; ut vulgarem substitutionem; alibi disputatimus. Clarius verò adhuc apparet, suitatem non esse sublatam à prætore ex eo, quod etiam post abstentionem nudum illud nomen hæredis non est sine effectu; nam & sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus supra sub *pr. de pup. subst.* & libertates sustinet, *l. cum quasi.* 30. §. *sed etsi* 10. *de fid. lib.* quo loco disertè pro oratione hoc dicit Jurisconsultus, *quod non sit sine hærede, sed suum hæredem, licet se abstinentem, habet:* non operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hæreditate ex Senatusconsulto Trebell. transeant actiones, *l. ita tamen.* 27. §. 3. *de Sen. Treb.* Postremo inde est, quod hæreditas pupilli, quantumvis abstinentis, potestate juris civilis cum hæreditate patris confusa censetur, *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filii petere posit ex sententia Marcelli probata ab Ulpiano *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.*

Ut potius parentis, quàm ipsorum bona) Species ignominiæ est, bona alicujus à creditoribus præter æs alienum possideri aut publicè distrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum interest; atque ob eam causam placuit, non minus ignominiam istam, quàm hæreditatem servis relinqui posse: nec causam prætor habuit, cur servo necessario hæredi potestatem daret abstinendi, *d. l. necessariis* 57. §. *ult. de acq. hær.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum existimavit, *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* hoc est, satius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione sunt, potius patris defuncti nomine quàm filii viventis; non sentientis, quàm sentientis se hac affici injuria, bona possideantur aut divendantur.

Textus.

De Extraneis.

3. *Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa & qui hæredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino institutus, & post factum testamentum ab eo manumissus, eodem numero habetur.*

Notæ.

3. *Hæredes à matre*) Sicut fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Multo magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et sic quidem ad discretionem suorum hæredum. Nam alias omnes legitimi & honorarii successores ab extraneis rectè secernuntur.

Eodem numero) Extraneorum videlicet: quoniam utrumque ex defuncti testamento consecutus non est, libertatem scilicet & hæreditatem, §. 1. *sup. de hær. inst.*

Commentarius.

1. *Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur.*

Sequitur tertium genus hæredum, extranei, qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acqui-

ri-

ritur, ut si velint, liceat suscipere, §. *ult. inf. eod.* si nolint, non cogantur, *l. nec emere* 16. *C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarii hæredes in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui & domestici; ac proinde qui ad hæreditatem sive ex testamento sive ab intestato vocati in potestate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scilicet & hæreditatem, §. 1. *supr. de hær. inst. & hoc textu in fin.*

Qui in potestate nostra non sunt) Liberos intelligit emancipatos, quos constat per emancipationem è familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam* 55. §. 1. *de rit. nupt.* Itaque sive hæredes à patre instituti sint, sive ab intestato ad bonorum possessionem à prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure hæredes aut bonorum possessores: sed sua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum possessionem agnoscendo. Sed & hodie, etsi jure civili quoque ab intestato succedunt, *Nov.* 118. *c.* 1. non aliter tamen, quàm si voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi sententia hic notat Wesemb. & suo tempore à nobis confirmabitur.

Qui hæredes à matre instituuntur) Quemadmodum fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est, quod frater impuberi fratri à patre substitutus necessarius fratri hæres sit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios, eosdem & filio facere, *l.* 2. §. *prius* 4. *in fin. l.* 10. §. 1. *de vulg. & pup. l. Julian.* 42. *de acq. hær.* Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l.* 2. §. 4. & 5. Omittendum verò hìc non est, verbo extraneorum hæredum non semper intelligi omnes, qui sunt voluntarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l. filiusfam.* 114. §. *sed & si* 16. *de legat.* 1. *l. peto* 69. §. *pen. & ult. de legat.* 2. atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descript.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: & patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur *in l. libertus* 36. *de bon. lib.* Sanè cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui præteriti aut exhæredati jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quo in genere sunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioso, & præteritis bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure novissimo etiam successio ab intestato una cum suis hæredibus defertur. Item liberi, qui numquam in potestate fuerunt; qui & ipsi exhæredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quod ex constitutione Theodosii liberi omnes à parentibus instituti hæreditatem etiam non aditam, & ante apertas tabulas morientes, transmittant ad eos, qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam est suitatis: & sui hoc amplius tantùm habent, quod hæreditatem ignorantes transmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei hæredes habendi, cùm in ipsis præteritis querela inofficiosi competat. Quin etiam omnes, qui ab intestato sive à lege sive à prætore ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. *in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur: quamvis inscitè eo loco, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his verà intelligi potest, quid sibi velit Baldus *in l.* 9. *col.* 12. 3. *opp. C. de collat.* cùm ait, extraneum dici tripliciter, à suitate, à filiatione, & à cognatione.

TEXTUS.

De testamenti factione.

4 *In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis verò testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio; sive purè, sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solùm habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo, furiosus, & mutus, & prodigus, & infans, & filiusfamilias, & servus alie-*

alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint; attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.

NOTÆ.

4. *In extraneis*) Ex Florent. *l.* 49. §. 1. *de hæred. inst.* ait *in extraneis*, quia in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate.

Qui in potestate eorum) Ratio est, quoniam institutio servorum, qui per se sunt incapaces, substinetur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l.* 31. *d. tit.*

Ut effectum habeat) Id est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit mortis tempore cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eum adeundo possit consequi, *l.* 52. *de leg.* 2.

Et cum adit hæreditatem) Ita & Flor. *d. l.* 49. §. 1. Cæterum non sufficit hoc tempore capacem esse, si mutatio juris hæredi contigerit post mortem testatoris aut conditionis eventum.

COMMENTARIUS.

1 *In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda quæri non posse; de qualitate posse.*

2 *Quid in successione ex testamento circa suos hæredes.*

3 *Notatur & refellitur insignis error Wesembecii.*

4 *Cum de capacitate inspicienda quæritur, nihil interesse, domini an eorum servi instituti sint.*

5 *Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis constitui terminum distinctum à tempore mortis.*

6 *Probatur invictis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura institutione tertium, neque in conditionali quartum terminum constituere.*

7 *In pura institutione ut duo sunt extrema, ita unum tantùm esse medium tempus, quod non noceat; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantùm media.*

EXpositis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentiæ iste præcipuè traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis jure delatæ acquisitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad acquirendam hæreditatem necessario requiritur, ut sint hæreditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem sibi delatam obtinere possint. Qua de re ut habeamus quod certo statuere liceat, primum distinguendum est inter successionem ab intestato, & sucessionem ex testamento: deinde inter qualitatem hæredis, & ejusdem capacitatem. In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda disputari non potest; cùm nemo ad successionem ab intestato vocetur, qui non sit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri potest, puta quo tempore spectandum, an quis suus sit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inspici tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumque quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. *cum autem.* 7. *infr. de hæred. quæ ab int.* §. *proximus.* 6. *infr. de leg. agnat. succ.* quibus locis diligenter hoc à nobis exponitur. In successione ex testamento in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate, cùm non possit non esse cum suo hærede testamenti factio. Cæterum quod ad qualitatem, hoc est, suitatem pertinet, quæri potest, utrum necesse sit eos utroque tempore suos esse & testamenti facti & mortis testatoris; an satis sit, tales fuisse saltem altero, id est, tempore mortis. Sed verius est, sufficere, tales esse tempore mortis, etsi tempore testamenti non fuerint, *per l. si quis.* 18. *de injust. rupt. l.* 23. §. 1. *de lib. & posth.* ut tamen & testamenti tempore capaces fuerint, omnino necesse est: alioqui Catoniana regula impedietur institutio. Notandus autem hic est insignis error Wesembecii, qui scribit, non fuisse necesse, ut de suis & necessariis eadem moneremur, propterea quod ex persona testatoris testamenti factionem habeant. Quis enim umquam fando audivit, quemquam habere testamenti factionem ex persona testatoris? cum servo testamenti factio est ex persona domini, & substinetur servi alieni institutio, si cum domino testamenti factio est, quasi ipse dominus mediatè per servum institutus esset, *l. non minus.* 31. *de hæred. inst. l.* 10. §. 1. *de acquir. rer. dom.* Sed hoc ad servum necessarium hæredem qui applicari potest? aut qui potest domini persona accommodari servo, ubi idem dominus est & testator? Sed valet hic institutio ex persona ipsius hæredis, quatenus consideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore testamento deferri incipit hæreditas. Dicere verò, filiumfamil. hæredem institutum aliunde personam mutuari, sive ab extero hæres institutus sit, sive à patre, intolerabile est. Ut ad rem redeam, tota fere quæstio de inspicienda diversis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eosque testamento institutos pertinet; quemad-

modum etiam hìc de extraneis hæredibus proposita est ex Florentino, *l. si alienum*, 49. §. 1. *de hær. inst.* Quàm rectè dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic observentur, tempus facti testamenti, mortis testatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progressu liquebit.

Sive ii qui in potestate eorum sunt) Cùm extranei hæredes alias capaces sint, alias incapaces, & eorum qui sunt capaces, non minus servi, quàm illi ipsi hæredes institui possint, quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum spectatur, cùm ipsi hæredes instituti sunt, iisdem etiam eadem spectetur, cùm instituti
4 sunt eorum servi? Ait autem Imp. hìc post Florent, *d. l. si alienum*. 49. §. 1. nihil in proposito interesse, utrum ipsi domini hæredes instituti sint, an servi eorum. Et rectè: nam cùm servorum, qui ipsi per se incapaces sunt, institutio sustineatur ex persona domini, quorum testamenti factio est, *l. non minus*, 31. *de hæred. instit. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. consequens omnino est, testamenti factionem iisdem temporibus cum domino esse oportere, servo ejus hærede instituto, quibus oportere, si ipse hæres institutus esset: proinde & facti testamenti tempore & mortis testatoris. Huic tamen patri contradicere videtur Terentius Clemens, *l. servus*. 82. *de acq. hær.* Ait enim, servum ejus, qui capere non potest, & hæredem instituí posse, & eum ipsum, si, antequam jussu domini valeat, manumissus sit, ad hæreditatem admitti. Verùm ut totus iste locus & loci inscriptio ostendunt, non loquitur Clemens de servo ejus, qui omnino non est capax, aut cum quo simpliciter non est testamenti factio, qualis est peregrinus aut deportatus: (nam & hunc nihil prohibet servum habere, *l.* 7. *de legat.* 3.) sed de servo ejus, cum quo quidem ut cive Romano testamenti factio est, sed qui capere non potest ex ejus testamento, qui servum instituisse proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorumdam testamentis aut nihil aut partem tantùm capere poterant, ut cœlibes, orbi, vid. *supr. pr. de hær. inst.* Aliter respondet Cujac. *ad d. l. si alienum*. 49. §. 1. *de hær. inst.*

Duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris) Mox tamen adjicit & tertium tempus, scilicet quo adeunda hæreditas, uti & Jurisconsultus *d. l. si alienum*, §. 1. De duobus temporibus testamenti & mortis testatoris, res expedita est. Nam testamenti tempus ideo necessario inspiciendum est, ut consistat institutio, nimirum propter regulam Catonianam, qui initium spectari vult, nec patitur, institutionem, quæ ab initio non valuit, ex postfacto convalescere, *tot. tit. de reg. Caton.* Mortis verò ideo, ut effectum habeat institutio; hoc est, ut dies ejus utiliter cedat. Quod fit, si quis sit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo sibi acquirere possit, *l. non oportet*. 52. *de legat.* 52. Quod verò duobus istis temporibus Imp. & Jurisconsult. *d. l. si alienum*, §. 1. tertium adjungunt, tempus scilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minus quàm superioribus, atque ut distinctio à tempore mortis capacitatem hæredis inspiciendam ajunt, idque sive sub conditione institutus sit, satisne subtiliter aut consideratè ab iis dicatur, merito dubitaveris. Mihi enim, ut dicam quod sentio, Jurisconsultus, cujus verba descripsit Tribonianus, non satis cautè eo loco locutus videtur: neque id temere à me dictum mox fatebere.

Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. sive purè, sive sub conditione institutus sit) Ita quoque Jurisconsultus in *d. l. si alienum*, §. 1. nimirum ergo Imp. & Jurisconsultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, testamenti sc. & mortis testatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis spectari, sive purè, sive sub conditione instituti. Mihi verò hoc inconsideratius dictum videtur, & sive pura sit institutio, sive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis non bene constitui terminum distinctum à tempore mortis aut conditionis existentis. Primum enim ubi pura institutio est, nego plura tempora in proposito spectari, quàm duo illa, testamenti facti, & mortis testatoris: tempus autem adeundæ hæreditatis à tempore mortis ajo distingui non oportere. Quod sic demonstro. Hæres purè institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cùm qui capax non est tempore mortis, & si postea capax fiat, hæreditatem acquirere non possit: quod ipsum etiam hoc loco & *d. l. si alienum*, 49. §. 1. apertè significatur, cùm ad hoc ut effectum habeat institutio, requiritur ut institutus capax sit tempore mortis; nequ ratio juris aliud patitur, secundum quam constat, tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres*. 54. *de acq. hæred. l. omnia*. 193. *de reg. jur.* Si est capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, post aliquando in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tam quam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne sic quidem hæ-

hæreditatem institutio acquiri posse, ex eo evincitur, quod in pura institutione unum tantùm tempus intermedium est, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quod intercedit inter factum testamentum & mortem testatoris; ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantùm esse extrema, quæ circa capacitatem hæredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris: per hunc *text. vers. modio autem*, & *d. l. si alienum*, §. 1. *vers. eod.* Denique certum est, non tantùm mortuo hærede institutio, sed etiam eo deportato aut servo facto ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis aut hæredibus ab intestato, *l. Gallus*, 29. §. & *quid.* 5. *de l.* & *post. l.* 3. §. 1. *de his quæ pro non script.* Sed nec in conditionali institutione rectè dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus aditionis; sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hìc sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis; alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distinctè consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit; sed tantùm institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *dict. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quàm tria ista, quæ diximus? Ajunt enim, medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur addere debebant, æquè medio tempore inter conditionem existentem & aditionem hæreditatis mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est, tempus aditionis hæreditatis neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum; ac proinde parum consideratè tempus illud hoc loco cōfertur cum prioribus. Et omnino existimo, eo quod hic traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda hæreditate agitur, nihil aliud significari, quàm eum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse: & quamvis nec monitio pene inepta videatur, cùm contradictoria sint, incapacem esse, & posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil profit, si aliquando aut post mortem testatoris aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem) Hic expressa habemus tempora omnia, & quæ considerantur ut extrema, & quæ insuper habentur 7
ut intermedia. In pura institutione extrema duo sunt, testamenti, & mortis testatoris; medium unum, quod inter duo ista interjectum est. In institutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit existentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippe secundum medium in ea est, quod intercedit inter mortem testatoris & conditionem institutionis existentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ sequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inspici debent*, eadem, quæ supra, inconsiderantia prolata esse, & vel non attento tempore conditionis existentis, vel duobus temporibus, mortis, & existentis conditionis, pro uno computatis, forte quod posterius retrotrahitur, & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo. Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse, ut hæres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiori ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est; & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis; atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tantum facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur hæreditas tempore mortis, sed demum existente conditione; quam ob causam etiam in capacitate hæredis inspicienda illius temporis ratio habetur: nihilominus tamen & tempus mortis in eodem negotio spectandum est; quia existente conditione ad id tempus statim recurritur, & perinde habetur, ac si purè institutio facta esset: nec verò ob aliam causam institutio conditionalis sustinetur,

quàm quod, conditione quandoque existente, eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur, ac si purè hæreditas relicta sit. De quo ex professo *sup.* §. *hæres* 9. *de hær. inst.* Sed & apertè satis hoc ipsum significat Justinianus, cùm ait, tria tempora inspici debere: hoc enim tam de conditionali, quàm pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa, quæ antea enumeraverat; ut verò extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota, aut intacta, ut Viglio, Mynſ. Hotoman. Wesembec. &c.

Ex alieno testamento capere) Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam. Quamvis enim propriè is solus testamenti factionem habere dicatur, cui testamenti faciendi jus est; videmus tamen nostros aliquando pinguius ita loqui, ut eos quoque dicant testamenti factionem habere, qui tantùm capere ex testamento possunt, *l. filiusfam.* 16. *qui test. fac. l. ult. pro hæred.* cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatius, ut alibi ostendimus.

Furiosus) Marcellus *d. l. filiusfam.* 16. §. 1. *qui test. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hæreditatem; quoniam eam hæres scriptus, donec resipiscat, nec sibi nec alii acquirere potest, extra quam si patri necessarius hæres existat, *l. furiosus* 63. *de acq. hær.* Planè curator furiosi bonorum possessionem ejus nomine agnoscere potest, *l. ult.* §. *si autem* 3. *C. de cur. fur. l.* 1. *de bon. poss. fur. infant. &c.*

TEXTUS.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. *Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis; sive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit XXV. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, decepis, ita & si temere damnosam hæreditatem susceperint, prætor succurrit. Sciendum est tamen, divum Hadrianum etiam majori XXV. annis veniam dedisse, cùm post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit; & constitutionem tam æquissimam, quàm nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.*

NOTÆ.

5. *Extraneis hæredibus*) Ex Florent. *l.* 49. §. 1. *de hær. inst.* Ait, *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria est. Cæterum postquam suis hæredibus à prætore concessa facultas abstinendi, etiam deliberandi eis data, *l.* 8. & *seq. de jur. del. l.* 19. *C. eod.*

Deliberandi potestas) Si creditores legatarii, &c. non urgeant, potest hæres vel intra 30. annos adire: si instent, aut statim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l.* 9. *C. eod.* ut interim instrumenta hæreditaria & rationes defuncti inspiciat, *l.* 5. *D. eod. l.* 28. *de acq. hær.* à Principe annus conceditur, à judicibus novem menses, *l. ult.* §. 13. *C. d. tit.* olim id fuit arbitrarium, *l.* 1. §. 2. *D. eod.*

Immiscuerit se) Sui non dicuntur adire, prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus hæreditas tantùm oblata est; sed immiscere, aut abstinere, quæ propriè dicuntur de rebus partis & jam nostris, *l.* 14. §. 1. *de relig. l.* 11. *l.* 57. *l.* 71. §. 1. *l.* 87. *de acq. hær.* quamquam interdum hæc accuratio negligitur, *l.* 7. §. 10. *de minor. l.* 6. *C. de leg. hær.*

Nisi minor 25. *annis*) *L.* 7. §. 5. *de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconsultam hujus ætatis facilitatem.

Damnosam hæreditatem) Et ex contrario, si lucrosam tempore repudiaverint, *l.* 2. *C. si ut omn. hær.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredem tam in onera, quàm in commoda hæreditaria succedere.*

2 *Jus deliberandi quorum causa & cujus rei gratia comparatum; quis ejus effectus, & quid hic de suo contulerit Justinianus.*

3 *Etiam suis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem esse.*

Post

4 *Post aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non posse, nisi à minore 25. annis per restitutionem in integrum.*

5 *Majoribus ex clausula generali vix esse ut hic succurratur.*

6 *Beneficium inventarii.*

7 *Quæ neglecti hujus beneficii pœna.*

8 *Jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hæreditatem.*

HÆres suscepta hæreditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non cohærent, repræsentat, *l. hæres. 37. de acq. hær. l. nihil. 24. de verb. sing. l. hæreditas. 62. de reg. jur.* junct. *l. 8. §. 3. de lib. leg.* Hoc autem cùm dicimus, intelligimus, hæredem succedere non tantùm in jus, quod defunctus habuit adversus alios; verùm etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur: in summa, hæredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quàm commodorum hæreditariorum; ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine à creditoribus hæreditariis conveniri posse, conventum iis respondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hæreditas solvendo non sit, *l. 8. de acq. hær. l. 2. C. de hær. vel act. vend. l. ult. C. de hær. act. §. 1. infr. de perp. & temp. act.* Quæ cùm ita sint, periculosum sanè atque anceps est, hæreditatem aut adire statim, aut statim repudiare; illud, ob periculum æris alieni, quod initio latere potest; hoc, ne temere repudiando lucrosam hæreditatem amittamus. Cæterum adversus hujusmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hæreditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantùm de adeundo aut repudiando, sed etiam suis hæredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus. Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum à Justiniano primùm introductum, beneficium scilicet inventarii, quod indicatur vers. *Sed nostra.* Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantùm hæredis gratia comparatum esse: sed eorum quoque, quorum interest hæreditatem statim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, substitutorum, eorumve, qui ab intestato venire possunt. Quin etiam hoc remedio, si nemo istorum sit, qui urgeat, non admodum hæredi opus est: quippe cui liberum, tamdiu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recusaverit, *l. 9. C. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditati legibus præstitutum est; & si aliquo tempore, solùm longissimo, id est, præscriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur, DD. comm. *per l. 3. C. de præscript. 30. ann.* Jas. *in l. 8. C. de jur. del.* Coras. *6. misc. 21.* Cæterum si sint qui urgeant, hic prædictum remedium hæredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hæreditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, *l. si quis 23. §. 2. de hær. inst. l. quamdiu 69. de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat, hæres necne esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de jur. del.* Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti diem præstituebat, *l. 1. in fin. d. tit.* non utique ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, *d. l. 9. C. eod.* quantum scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti: nec pauciores daret, quàm centum dies, *l. 2. eod. tit.* Justinianus summum tempus, si à Principe deliberatio petatur, annum esse voluit, si à judicibus, novem menses, *l. ult. §. & si quidem 13. C. eod.* Impetrato tempore ad deliberandum, licèt hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere ut rationum defuncti & instrumentorum hæreditariorum inspiciendorum sibi copia fiat; ut instruere se possit, atque apud se constituere, expediat nec ne agnoscere hæreditatem, *l. 5. eod. l. Aristot. 28. de acq. hær.* Quod si intra diem præstitutum hæreditatem non agnoverit, respectu substituti aut hæredis legitimi hæreditas pro repudiata habeatur, *l. quamdiu 69. de acq. hær.* Creditoribus autem obligat perinde ac si adiisset, *d. l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei est, ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione aut repudiatione haberi debuit. A Justiniano hoc etiam hæredibus tributum, ut intra annum ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cùm ipsi eam nec addiissent nec repudiassent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus quod ex eo anno reliquum est, in quosvis hæredes transmittant, *l. cum in antiquioribus 19. C. d. tit.* eoque jure etiam nunc utimur. Grot. *lib. 2. manuduct. c. 22.*

Extraneis hæredibus) Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate extraneorum & voluntariorum hæredum proprium est. Nam in suis hæredibus, si jus civile spectamus, quo etiam sunt necessarii, locus esse deliberationi non potest: quippe cùm sine ullo suo facto, ipso jure statim hæredes existant, nec

nec potestatem habeant hæreditatem ita quæ-
3 sitam derelinquendi. Cæterum postquam præ-
tor suos ad instar voluntariorum redegit; da-
to beneficio abstinendi, consequens fuit, ut
etiam jus deliberandi ei daret exemplo extra-
neorum hæredum voluntariorum: ut quemad-
modum extraneis jus est deliberandi, utrum
adeant, an repudient, ita suis deliberandi jus
sit, utrum immiscere se paternæ hæreditati,
an ea abstinere, consultius putent, *l.* 8. *& l.*
seq. de jur. delib. l. cum in antiquioribus 19. *C.*
eodem.

Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non
habet, nisi minor sit) Tempus deliberandi ab
hærede prius petendum est, quàm hæredita-
tem adeat, aut se immisceat. Regula enim
juris est, neminem posse hæreditatem semel
sibi quæsitam, sive per aditionem sive per im-
mixtionem, relinquere aut repudiare, *l.* 4.
*C. de repud. hær. l.*10. *C. de jur. delib.* Neque
4 prætor cuiquam post aditionem aut immixtio-
nem subvenit per in integrum restitutionem,
nisi minor sit 25. annis, qui temere & incon-
sulta facilitate lapsus damnosam hæreditatem
addisse aut appetiisse proponatur: quippe cu-
jus ætatis hominibus prætor ex generali edic-
to, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam
post agnitam hæreditatem se possint abstine-
re, *l.* 7. §. *sed & si* 5. *de minoribus*, *l. necessa-*
riis 57. §. 1. *de acq. hær.* quemadmodum ex
contrario quoque, si quis juvenili levitate du-
ctus omiserit aut repudiaverit hæreditatem aut
bonorum possessionem, aliquando à prætore
restituitur, ut eamdem agnoscere liceat, vi-
delicet si omnia sint in integro, *l. quod si mi-*
nor 24. §. 2. *de minorib. l.* 1. *&* 2. *C. si ut omiss.*
hær. Liberis impuberibus hoc amplius conces-
sum, ut omnimodo se abstinere possint, id
est nec adito prætore, sive se immiscuerint
sive non immiscuerint, *l.* 11. *d. l. necessariis de*
acq. hær.

Veniam dedisse) Quod jus cùm singulare fue-
rit, uni ex singulari gratia à Principe conces-
sum, ut mox sequitur, ad consequentias pro-
5 duci non debuit. Et ideo existimo, contra quam
Wesemb. & Bachov. nec prætorem in propos-
to majoribus 25. annis subvenire solitum ex
clausula generali edicti, *Item si qua alia mihi*
justa causa esse videbitur. Merito namque his
objicietur, quod cùm possent, spatium ad
deliberandum non petierint. Aut enim con-
tempserunt beneficium juris, & indigni sunt
auxilio, aut stultè omiserunt, id est, in jure
errantes, quibus succurri non solere constat,
l. pen. in pr. & §. *ult. de jur. & fact. ign.* Pla-
nè si nihil sit, quod hæredi imputari queat,
non negaverim, causa cognita audiendum:
veluti si emerserit postea æs alienum, quod
toto tempore deliberationis latuerat, nec sci-
ri ab hærede, quamvis omnia diligenter ex-
plorante, potuit, per *d. l.* 8. *de jur. del.* Ne-
que enim simplex facti ignorantia cuiquam no-
cere debet.

Gordianus postea militibus) De jure, quod
Gordianus militibus concessisse dicitur, sic
scribit Justinianus *l. ult. C. de jur. delib. Sed &*
veterum constitutionem non ignoramus, quam D.
Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui
per ignorantiam hæreditatem adierunt, quatenus
pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in
hæreditate defuncti invenerint; ipsorum autem
bona à creditoribus hæreditariis non inquietentur.
Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea
§. *ult. ejusd. l.* confirmat, hoc addito, prop-
terea à se introductum, ut etsi milites inven-
tarium non fecerint, non ampliore tamen
summa teneantur, quàm in hæreditate inve-
nerint.

Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc
beneficium, &c.) Poterat tam paucis verbis,
quàm quibus benevolentiam suam commen-
dat, ipsum beneficium explicare. Est autem
illud, quod vulgo appellatur beneficium in-
ventarii; propterea quod confecto solemni
rerum hæreditariarum inventario hæres hoc
beneficium consequitur. Summa fere consti-
tutionis Justiniani, quæ extat in *l. ult. C. de*
jur. del. hæc est, ut hæres intra 90. dies, ex
quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res
propinquæ sint: intra annum, si longius ab-
sint, inventarium rerum omnium hæredita-
riarum, præsentibus tabulariis ac testibus non
minus tribus, cæterisque, qui ad hujusmodi
confectionem necessarii sunt, puta credito-
ribus, legatariis, eorumve procuratoribus,
Nov. 1. *cap.* 2. conficiat, ipse sua manu id
subscribat, aut à tabulario testibus præsenti-
bus subscribendum curet. Quo ita legitime
confectio, consequitur beneficium Justiniani,
ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, neve
actiones, quas ipse contra defunctum habuit,
aditione confundantur; sed ut posit non mi-
nus quod sibi debebatur retinere, quàm cre-
ditores extranei suum exigere: quorum neu-
trum hæredi tribuebatur jure veteri, *l.* 8. *d.*
acq. hær. l. sicut 75. *de solut. l.* 7. *de pact.* Con-
fectum ab hærede fiduciario inventarium rectè
hæredi fideicommissario cedi, cessumque ei
prodesse; aut si hæres non fecerit, ipsum fi-
deicommissarium rectè facere, post Bart. *d.*
qua ratione 11. §. *quod vulgo* 5. *numer.* 9. *&* 10.
ad leg. Falc. tradit Jas. *in additione ad Pon.*

§. *sed*

§. *sed quia* 7. *infr. de fideicommiss. hæred.*

Nisi omissa observatione nostræ const. deliberandum existimaverint) Etsi Justiniano visum est, post introductum à se beneficium inventarii antiquum jus deliberandi penitus esse supervacuum; tamen, ut ipse testatur, motus plerorumque supplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult.* §. *& hæc quidem* 13. *Cod. de jur. del.* Et verò cur relinqueret, magna causa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, si liceat, minimè volunt. Deliberationem autem ita admisit, ut eam petentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit, tamquam pœnam contempti beneficii sui: primum, ut creditoribus in solidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. ultim.* §. *pen.* Novissimè hoc insuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant, *Nov.* 1. *cap.* 2. Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat, adeat DD. *in d. l. ult.* Clar. §. *testamentum, quæst.* 46. Graff. *lib.* 2. *art. inventarium, per tot.* Apud Burgundiones, & in universa Gallia, item in hisce regionibus invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum beneficio inventarii pro speciali gratia habeatur, ac propterea id à Principe impetrandum sit, aut à Curiis ultimæ jurisdictionis, quemadmodum apud nos, *art. instr. cur. sup.* 23. Impetrato autem beneficio tenetur hæres per apparitorem aliosve ad hoc publicè constitutos, præsentibus duobus testibus, intra dies 40. inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere; dein curare, ut res mobiles æstimentur, ac tunc demum præstita cautione reddendarum rationum, possessio administratioque bonorum ei permittitur, uti cautum uberius constitutione Caroli Quinti, edita anno 1544. Sande *lib.* 4. *tit.* 12. *defin.* 1. Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, si non alius de cognatione defuncti purè & simpliciter omissoque beneficio hæreditatem adire paratus sit: quod & diplomati sive mandato inseri solet. Hoc autem procul dubio institutum est, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo, qui simpliciter adit, solidum consequantur, partim ut honori defuncti consulatur; qui si nemo sine cautione inventarii bona ejus suscipere velit, vulgo creditur solvendo non fuisse. Qua de re adeundi Chass. *ad consuet. Burg. tit.* 7. §. 13. Baro *ad hunc* §. Peck. *lib.* 1. *de test. conjug. cap.* 35. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 2. *cap.* 18. Grot. 2. *manud. cap.* 21. Christin. *vol.* 4. *decis.* 22. Planè extranei idem offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor, *dec. supremi apud nos Senatus* 7. Peck. *d. cap.* 35. Zypæ *not. jur. Belg. C. de jur. delib.*

TEXTUS.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove: & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntas extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere sibi hæreditatem; si tamen intelligit quod agit.

NOTÆ.

6. Tamquam hæres utatur) Potest enim quis res attingere hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres: puta si quid pietatis aut custodiæ causa fecerit, aut si suum putavit, *l.* 20. *pr.* & §. 1. *de acq. hær.*

Vendendo res hæreditarias, &c.) Nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse, *d. l.* 20. §. 1. *l.* 1. *C. de rep. hær. l.* 1. *C. de jur. del.* Quædam etiam sunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere potest. Exemplum in *d. l.* 20. §. 4. *l.* 42. §. 2. *eod.*

Dummodo sciat) Vid. *l.* 19. *l.* 22. *l.* 32. §. *ult. eod.*

In cujus bonis pro hærede gerit) Hic verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quàm in *pr.* §. Nam horum verborum *pro hærede gerere*, & *adire*, etiam generalis significatio est, alterumque pro altero, & unum pro utroque interdum usurpatur, *l.* 12. *de inter. in jur. l.* 88. *de acq. hær.*

Contraria destinatione) Sic tamen, ut declaret se hæredem esse nolle vel verbis, vel scripto

to nutuve, *l.95. eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. *in l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. l.* 23. §. 1. *de inoff. test.*

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinam hujus* §. *propriè pertinere ad hæredes extraneos.*
2 *Duo dumtaxat esse, distincta tamen inter se, genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede geritionem.*
3 *Qui plura genera statuunt, eos egregiè imponere studiosis disciplinæ juris.*
4 *Cretionem nihil aliud fuisse, quàm solemnem quamdam aditionem, contra quam Joseph. Scaliger; & cur nulla hic cretionis mentio.*
5 *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur.*
6 *Porci, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi destinatione notata.*
7 *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat.*
8 *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*
9 *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario, quæ in admittente requiri.*
10 *Etiam surdos & mutos pro hærede gerere posse.*
11 *Quid si hæreditas delata sit furioso, impuberi, infanti.*

1 HIc §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos dumtaxat. Explicatur enim hic rationes proximæ seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in suis hæredibus locum habet, quippe cùm in hos dominium rerum paternarum quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sanè postquàm prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarii; sui tamen hæredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut superius demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare; quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantùm oblata est: sed hæreditatem retinere, immiscere se, aut abstinere, derelinquere; quæ non dicuntur nisi de rebus partis & jam nostris, *l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig. l.* 7. *de jur. del. l.* 12. §. *ult. de bon. libert. l.* 11. *l. necessarias.* 57. *l. si servum.* 71. §. *si quis. l. eum bonis.* 87. *de acq. hær. & passim eod. tit.* Nam cùm hæc, quod rarò fit, nostri confundunt, ut in *l. ult. de success. dict. l.* 4. §. 1. *de fideic. lib. l.* 21. §. *ult. de jur. patron. in fin. l.* 1. §. 10. *ad Tertul. l.* 6. *C. de legit. hær.* minus accuratè loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic proponuntur quàm duo, aditio, & pro hærede gestio sive geritio: sic enim appellatur à Jurisconsulto in *d. l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig.* Utrum autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipsa inter se distincti sint, necne: item an non plures sint, quàm hi duo, videbimus in exegesi textus.

Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate.) Omnis hæreditas, sive testamento delata, sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, ut quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua, & facto: quorum prius qui facit, adire, qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio & pro hærede gestio, *l. si quis mihi.* 25. §. *sed quid.* 7. *l. quamdiu.* 69. *de acq. hær. d. l.* 14. §. 8. *de relig. l.* 19. *C. de jur. del.* Quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit dicatur adire: quemadmodum etiam hoc loco ut diversa aperte distinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem suscipere: ut proinde minimè assentiendum sit Wesembecio asserenti, nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obstare verborum significationem, quominus qui pro hærede gerit dicatur adire, & qui adit pro hærede se gerere: ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in *l.* 12. *de interr. in jur.* Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur, & adire diceretur qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eamdem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l. pro hærede.* 20. *de acq. hær.* cùm ait, pro hærede gerere non tam facti esse, quàm animi. Hoc enim solùm significat, ut quis pro hærede gessisse videatur in eo non tam quid factum sit, quàm quo animo factum sit, spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest, *l. gerit.* 88. *de acq. hær.* ubi definit, eum pro hærede gerere qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictus eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hæreditariam,

riam; quem tamen revera attingere constet; eoque tamquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis quàm duo illa, de quibus diximus, & quæ sola hìc ab Imperatore proponuntur. Et plura non esse omnino statuendum est, cavendumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtione, & agnitione, egregiè studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primum immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc facto nihil novi acquirunt, quod antea non habuerint, sed quæsitum jam ab inito attingentes id se retinere velle declarant, ut supra abunde probatum est. Agnitionem verò statuere modum acquirendæ hæreditatis diversum ab aditione, magnæ iscitiæ est. Quid enim est aliud agnoscere hæreditatem, quàm declarare, se velle hæredem esse? & hoc quid aliud, quàm adire? Quod si tot species acquirendæ hæreditatis facere licet, quot diversis verbis in hac re veteres utuntur, jam non modo quinque, sed vel octo aut plures etiam erunt. Non enim tantùm agnoscere hæreditatem à veteribus dici legimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, *l. 6. §. 1. quæsitum. 40. in fin. l. cum omnis. 87. de acq. hæred.* Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & eadem. Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quàm solemnis quædam aditio; idque ostendit formula cretionis relata apud Ulpian. *tit. 22. §. cretio. 23.* his verbis: *Cùm me Lucius Titius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque.* Et Festus, *Crevi*, inquit, *modo significat hæreditatem adii*, in quem locum quod Josephus Scaliger notat, *crevi non propriè significare hæreditatem adii*, errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevi, hæreditatem adii*, id Ulpianus *d. t. §. 21. & §. 16.* sic exprimit, *cernendo fit hæres.* Varro *lib. 5. de ling. Lat. Cernito in testamento, id est, facito videant te esse hæredem.* Gid. Pet. Fab. 2. *semestr. 22.* Hic autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate, quàm olim desiderabat, *l. cretionem. 17. C. de jur. del.* hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cœpit, aut aditione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritione: quod olim secutus erat, Ulp. *d. loc.* Atque hoc illud est, quod paulo post Justinianus ait, *Et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantùm loci omnes, in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti *in l. quamdiu. 59. de acq. hær. l. 14. §. plerique. 8. de relig. l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. del.* ostendunt, pluribus quàm duobus distinctis modis hæreditatem non acquiri; sed etiam res ipsa evincit, non posse pluribus modis acquiri. Illud enim palam est, voluntatem suscipiendæ hæreditatis hìc totum facere; tantùm relinqui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest, quàm his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede gestionem sive geritionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud Brisson. *l. 7. de formul.* Rævard. *de auct. prud. c. 8.* Gregor. Tholos. *46. syntagm. 2. n. 6.*

Si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur) Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, nisi voluntate & destinatione animi: eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede gerere. Adire cùm sit apertæ testationis, nemo dubitare potest, quid hac testatione hæres voluerit. At si quid hæres voluerit, ambigi potest, quo gesserit animo: quoniam facta non loquuntur, & exerceri possunt alio animo, quàm pro hærede gerendi. Potest enim quis attingere res hæreditatis, ut tamen id non faciat quasi hæres, *l. pro hærede 20. in pr. & §. 1. de acq. hær.* Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sanè. Finge, hæredem quid fecisse, quod citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d. l. pro hærede. 20. §. Papinianus. 4.* aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit, puta servos hæreditarios manumisisse, *l. Julianus. 42. §. 2. eod. tit.* eum qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri. Quid si rebus hæreditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hæreditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quàm alieno hæc fecisse, & in his omnibus gessisse pro hærede, nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse; sed vel ut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent: ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio hæredem testari, se quod hactenus est, non facturum ut hæres esse velit, *d. l. pro hærede. §. 1. l. 1. C.*

de repud. hær. l. 2. C. de jur. del. Planè si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse: quia id officiosum humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig.*

Et quoquo modo voluntatem declaret, vel re, vel verbo) Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda sunt, in qua repeti intelligatur quod prius dictum est, hæreditatem acquiri vel pro hærede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando: vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando: aut fatendum est quod supra dixi, Justinianum verbum pro hærede gerere hìc latius accipere, quàm in pr. §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quàm re. Utcumque fit voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto aliquo, aut aperte verbis declaranda est: siquidem, ut vulgo dicitur, propositum in mente retentum nihil
6 operatur. Ideoque quod Accursius in *l.* 2. *de interr. in jur.* ait, hæreditatis aditionem consistere in occulta voluntate, non sic accipiendum est, eum, qui nudè destinaverit & apud se constituit hæreditatem adire, hac destinatione hæreditati obligari: sed ita neminem obligari ut hæredem, nisi qui ea mente quid gessisse aut protulisse probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatu difficillimum. Neque verò etiam Porcio & Angelo assentior, qui existimant, nuda animi destinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conscientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut rectè Bartolus in *l. gerit.* 88. *de acq. hær.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit; & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius hìc, *Variæ*, inquit, *sunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant: & tunc demum velle aliquid videmur, cùm animum nostrum exteriore aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantius vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut hujusmodi indiscreta voluntate illaqueemur.* Illud in transitu moneo, purè hæreditatem adeundam esse, non sub conditione: nam si quis, verbi causa, dixerit; *Si solvendo hæreditas est, eam adeo*, nulla aditio est, *l. eum qui.* 51. §. *ult. de acq. hær.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse) Duo requirit Imp. ut quis
7 adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum est, ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse. Et prius igitur est, ut certus sit, tum decessisse: neque enim viventis ulla est hæreditas, *l. qui hæreditatem.* 19. *l. neminem.* 27. *l. hæres.* 32. *l. qui superstitis.* 94. *de acq. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cùm ignoraret, se hæredem scriptum, hæreditatem tanquam lege sibi delatam esse, prove domino bona administrasse, hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo se quis obstringat hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. si is.* 22. *eod.* Alterum est, ut sciat, se hæredem esse, id est, hæreditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam: & proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, paterf. aut filiusfam. sit, & generaliter, testamenti factionem habuerit, necne *l. hæres.* 32. §. *ult. eod.* Ad hæc etsi sciat, se hæredem institutum, sed utrum purè, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, *d. l. hæres.* 32. §. 1.

Veteres hæredes pro dominis appellabant) Sic etiam Festus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæchmus peregrinus de palla sic loquitur, *Menæch. act.* 3. *sce.* 2. *v.* 11.

Prandi, potavi, scortum accubui, abstuli
Hanc, cujus hæres numquam erit post hunc diem.

Atque hinc est, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium à nostris promiscuè usurpetur, *l. si is.* 22. *de acq. hær. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem à verbo *herus* dictum existimant; licet ratio prioris syllabæ repugnare videatur, quæ in *heres* corripitur, in *heres* producta est: quam ob causam Viglius & Hotomannus potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur, quasi *hærens*, eo quod proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hìc obstat, quod *herus* & *hæreditas* sine diphthongo scribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujacius. Atque ideo Hotomannum existimo maluisse derivare hanc vocem ab *hæra*, quod terram significat, unde sit *hæredium*, Varroni agellus, qui hæredem sequebatur. Cæterum non sunt hæc magni momenti: nec quantitas syllabæ semper in derivatis retinetur, quod vel pueri in scholis sciunt, & docet Gellius *lib.* 12. *c.* 3. quamquam ille exemplis ad id demonstrandum parum aptis utitur.

Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur) Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ in hæreditatem admittente; ut voluntatem declaret aut apertè verbis, puta ut

ut dicat, se hæredem esse nolle; scriptove aut nutu id testetur, *l. recusari 95. de acq.hær.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujusmodi est, si hæres institutus idemque legitimus de testamentaria hæreditate nihil apertè statuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento testamentariam repudiasse, *l. ne is qui. 17. §. 1. l. illud 77. eod. tit.* Item si prætetitus aut exhæredatus ab hærede instituto, cùm sciret eum hæredem esse, emit aliquid, aut prædia conduxit, vel ei solvit quod testatori debeat. His enim factis & judicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, *l. si ponat. 23. §. 1. de inoff. test.* Scire item debet qui repudiat, vivat is, de cujus hæreditate agitur, nec ne; testatus an intestatus decesserit; hæres necne ei sit; purè an sub conditione sit hæres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet: alioqui uti adeundo ita repudiando nihil agitur, *l. 13. l. 15. & 4. ll. seqq. l. hæres. 32. l. qui superstitis. 94. de acq. hær.*

Qui surdus vel mutus natus vel postea factus) Mutus, necnon surdus, etiam ita nati, pro hæred. gerere & obligari hæreditati possunt, *l. 5. l. pater. 93. in fin. d. tit.* Disertè autem dicitur, pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos, qui natura tales sunt, quos loqui non posse constat. Enim verò si quis casu aliquo surdus factus sit, quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri possit, non est ambigendum. Sed & qui mutus non natus, sed factus est, licet verbis voluntatem declarare non possit, poterit tamen vel scripto, vel alio indicio eam significare, *arg. l. recusari. 95. eod.* Quod si hæreditas delata sit ei, cujus nulla vo- 11
luntas est, qualis est furiosus, curatori tradetur hæreditas administranda ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult. §. 3. & seqq. C. de cur. fur.* Quid si impubes sit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deest, supplebit tutoris auctoritas, *l. pupillum. 49. de acq. hær. l. 9. §. 3. de auct. tut. l. 5. C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l. si infanti. 18. C. d. tit.* Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre rectè adibit, *l. 8. §. ult. de acq. hær.* neque obstat quod impubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, *§. pupillus. 9. in fin. inf. de inut. stip. l. ult. §. 2. de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. si infanti. 18. §. ult. C. de jur. del. l. ult. §. ubi autem 6. C. de bon. quæ lib.* Don. *ad d. l. ult. §. 2. n. 7. de verb. oblig.*

TITULUS VIGESIMUS.

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. C. Lib. 6. 37.

Ratio ordinis cum summa eorum, quæ hic explicatur.

COgnita ratione deferendæ hæreditatis ex testamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tradandarum, facta §. *ult. super quas pers. cuiq. seq.* quasi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum à cœpto deflectit propter legata & fideicommissa; neque absque ratione. Nam cùm legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur, quàm hæreditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommisso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut hoc loco maximè de his disputetur, atque ob hanc etiam causam in hunc locum collatum est, *d. §. ult.* cùm alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legatis; atque ordine hæc docentur, quid sit legatum, quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium,

nium; quibus rebus olim legata distabant à fideicommissis, & quæ postea secuta exæquatio; quæ res dari, legari possint, vel non possint, quibus rectè legetur aut contra; postremo quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

TEXTUS.

Continuatio.

Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cùm omnino de testamentis, & de hæredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti simus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

De iis figuris, quibus per universitatem) *Figuris*, id est, *causis*, *modis*, *rationibus*. Docemus, quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ; quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda verò est memoria ejus, quod notavimus in expositione, §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* in hac distinctione acquisitionum non solus objecti rationem haberi, verùm etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum aut hæreditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat, *l. si quis.* 23. *l. non amplius.* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. cum pater.* 39. *de vulg. & pup.* Ulp. *tit. de legat.* §. *sicut.* 23. tamen hunc legatarium non fieri juris successorem, *d. l. non amplius.* 26. §. 2. proinde nec ullas actiones hæreditarias aut activè aut passivè in eum transire: ob quam causam olim factum, ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & hæredem interponentur, §. *sed quia.* 5. *inf. de fid. hær.* Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impensæ, puta pretia servorum manumissorum, aut sumptus funeris, *l.* 8. §. *ult. de legat.* 2. hoc non tribuit legatario successionem juris; sed tantùm dicitur ad differentiam ejus, quod observatur, cùm pars bonorum, quæ tempore mortis fuit, legatur, quo casu impensas deduci placet, *l.* 9. *d. tit.* Sic cùm in specie *l. cum filius.* 76. §. 1. *d. tit. de legat.* 2. Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non suscipit ut hæreditatem, sed ut bona, quæ à Mævio ad testatorem pervenerunt.

TEXTUS.

Definitio.

1. *Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.*

NOTÆ.

1. *Donatio quædam*) *Quædam* συγκαταγέρμα generi additum, quia legatum propriè donatio non est; in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, *v. sup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis*, *l.* 116. *de legat.* 1. μείωσις κληρομίας, Basil. 44. *tit.* 1. *c.* 1.

A defuncto relicta) Modest. *l.* 36. *de leg.* 2. *testamento relicta.* Sed Tribonianus videtur verbo generaliore usus, serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l.* 2. *C. comm. de legat.*

Ab hærede præstanda) Desunt hæc apud Modestin. nec Theoph. Cujac. Hot. agnoscunt, neque ad definitionem sunt necessaria. Sæpe tamen nostri definitionibus aliquid adjiciunt, plenioris explicationis gratia.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum unde dictum.*
2 *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta?*
3 *Consulto pro* testamento relicta, *ut est in definitione Modestini, hic positum pro* à defuncto relicta.
4 *Verba ab* hærede præstanda, *non videri otiosa, ut quidam censent.*

Legatum inquit Ulpianus *in fragm. hoc tit.* est quod *legis modo*, id est, *imperativè* testamento relinquitur; quæ notatio quædam est & ratio nominis; cæterum quia hoc longiusculè petitum videtur, aliis potius legere dictum putant à *legendo*, quatenus hoc verbum diligere & decerpere significat, quod & Florentium existimasse credibili est, ac proinde legatum definivisse *delibationem hæreditatis*, *l. legatum* 116. *in pr. de leg.* 1. Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Sext. cap.* 56. *omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog.* 3. *vers.* 92.

Qui

Qui legitis flores & humi nascentia fraga. Nec dissimili admodum ratione Varro *lib.* 4. *de ling. Lat.* legatos à *legendo* appellatos tradit, quia scilicet *publicè lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpantur in illo legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit*, &c. ubi hoc verbo *legassit* continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis* 120. *de verb. sign.* VINN. Immo etymologia Ulpiani nihil est verius. Legare enim prima producta non significat delibare, vel decerpere, sed mandare, jubere, legem dicere. Unde & legare dicitur paterfamilias etiam quando hæredem ex asse instituit. Placuit verò hoc vocabulum veteribus, quia, ut supra monuimus, testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant, quam verbis directis & ut ita dicamus, legislatoriis, e. g. *habeto, hæres damnas esto, finito, &c.* Plura eam in rem diximus in *Antiquit. Rom. hoc tit.*

Donatio quædam) Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, *l. legatum* 36. *de legat.* 2. Non est tamen omnino supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum propriè donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, nec mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. & 2. *de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat, atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt, *l.* 5. §. *qui mortis* 17. *de his quæ ut indign.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est verò nihilominus peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum à liberalitate testatoris, estque titulus merè lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, *l. si hæreditatem* 32. *mandat. l. hæreditatis* 119. *de verb. sign.* Additum igitur generi est συλλογιστικόν τι *quædam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi. Vid. Goclen. *de trop. defin. can.* 9. *except.* 1.

A defuncto relicta) Directo scilicet & proximè à defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum; quod quidem etiam relinquitur à defuncto, sed ἐμμέσως atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in 3
definitione Modestini, *testamento relicta*, consulto usus verbo generaliore, *à defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideicommissorum, quæ est *l.* 2. *C. comm. de leg. & fid.* Post hanc enim exæquationem non minus legata, quàm fideicommissa, non testamento tantùm, sed etiam ab intestato relinqui posse cæperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantùm ex testamento valebant, §. *præterea* 10. *inf. de fid. hær.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cùm legatum sic describit: ut sit *delibatio hæreditatis*, (μείωσις κληρονομίας, Basil. 44. *tit.* 1. *c.* 1.) *qua testator ex eo. quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit, l. legatum* 116. *in pr. de legat.* 1. Eadem differentia indicatur ab Ulpiano *in fragm. tit. de fideicom.* §. 3. & 6.

Ab hærede præstanda) Hæc verba non agnoscunt Theoph. Cujac. Hotom. Wesemb. Baro à sciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum sanè est, non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria; quippe in qua quæritur, quid legatum sit: non à quo relinquatur, aut præstandum sit; quod pertinet ad executionem. Cæterum causam 4
nullam admodum video, cur cùm extent in vulgatis codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpe enim nostri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad essentiam rei definitæ non pertinent; ut videre est in definitione tutelæ *l.* 1. *de tut.* item furti, *l.* 1. §. 3. *de furt.* quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideo delenda esse, quia post exæquationem legatorum & fideicommissorum non tantùm ab hærede, sed etiam à legatario legari potest. Ego verò nego, quod ita relictum est propriè legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo nonnihil iterum infra *de fideic. hær. in pr.* Illa autem leviuscula sunt, ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnumquam præstetur, *l. Lucius* 22. *de legat.* 2. deinde quod quæ legantur, recta dicuntur transire ad legatarium, *l. à Titio* 64. *de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat, legatum omne sic relinqui, ut præstetur post mortem testatoris, & proinde ab hærede. Quod si testator antevertat, & ipse præstet, dum vivit, mutatur voluntate testa-

ſtatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, per *l. hujuſmodi* 84. §. *ſi Titio* 11. *de legat.* 1. Quod verò legatum recta à defuncto tranſire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominium: nam poſſeſsio nihilominus ab hærede petenda & præſtanda eſt. Neque enim poteſt quiſquam ſibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare poteſt: alioqui hæredi poteſtas eſt id revocandi interdicto quod legatorum, *l.* 1. §. 2. *quod legat.* de quo vid. Clar. §. *teſtamentum, quæſt.* 68. Peck. 1. *de teſtam. conjug.* 48. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 36. Sed & tranſlatio illa dominii ficta potius eſt, quàm vera, & ideo introducta maximè, ut legatarius poſt diem legatarii cedentem decedens ad hæredem legatum tranſmittat, *l.* 3. *l.* 5. *quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplex legati ſignificatio. Nam & actum ipſum legandi denotat, ut hìc & in definitionibus Modeſtini & Florentini; & nonnumquam titulum ſeu cauſam, ut *tit. pro legat.* Frequentiſsimè autem deſignat rem ipſam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum ſublatis.

2. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum adſignata erant, per quæ ſingula genera legatorum ſignificabantur. Sed ex conſtitutionibus divorum Principum ſolemnitas hujuſmodi verborum ſublata eſt. Noſtra autem conſtitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores eſſe cupientes, & non verbis, ſed voluntatibus eorum faventes, diſpoſuit, ut omnibus una ſit natura: & quibuſcumque verbis aliquid relictum ſit, liceat legatariis id perſequi, non ſolùm per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus conſtitutionis perpenſum modum ex ipſius tenore perfectiſsimè accipere poſſibile eſt.*

NOTÆ.

2. *Certa quædam verba*) Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *tit.* 1. Notæ juris, D. D. E. *Dare damnas eſto.* Per præceptionem ſolummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *d. lib.* & *tit.* §. *ult.* Th. hìc. Formula: *Lucius Titius mihi ex parte hæres rem illam præcipito.* Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum, Græc. ἐξαιρέτου δόσις.

COMMENTARIUS.

1 *Pro formularum diverſitate olim quatuor genera legatorum fuiſſe, non ſolùm nominibus diſtincta, ſed etiam natura & jure.*

2 *Primum Juſtinianum effeciſſe, ut omnium eadem vis eſſet, ſalva tamen manifeſta voluntate defuncti.*

3 *Explicatur vetus differentia circa poteſtatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis, ſublata conſtitutione Juſtiniani.*

4 *Hypothecariam beneficio Juſtiniani accepto ferendam: qua de re, adverſus quos ea competat; aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

PER *vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem*) His nominibus 1
ſic genera hæc diſtincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cujuſque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legebatur, *Do, lego, capito, ſumito; tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita, *Hæres meus damnas eſto dare, dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Sinendi modo ſic, *Hæres meus damnas eſto ſinere L. Titium ſumere illam rem ſibique habere.* Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula, *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito, aut præcipuam habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba teſtatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad hæredem; in ſinendi modo formula mixta videtur. Non tantùm autem hæc genera verborum formulis, ſed natura quoque & jure diſtincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari ſolùm poterat res teſtatoris propria; ſinendi modo etiam hæredis, per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuiſſe in relicto ſinendi modo: quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc caſu electio erat hæredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem: quamquam eo nomine & in perſonam ex teſtamento agi poterat, quod per damnationé, id actione in perſonam ex teſtamento perſequendum erat. Nomine quoque ejus quod ſinendi modo relictum erat, non aliam actionem quàm ex teſtamento competiiſſe, poſt Theoph. Bachovius ſcribit: Cajus etiam vindicari potuiſſe, *lib.* 2. *hoc tit.* §. *pen* quod ego locum habuiſſe puto, cùm res teſtatoris propria hoc genere legati relicta eſſet. Quod per præceptionem

nem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ ercisfcundæ agebatur in cohæredes. Hæc fere, & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *t.* 5. Paul. 3. *sent.* 3. Theophil. *hic.* Si cui vacat, etiam per me licet, adeat Ant. Fab. *6. conject.* 1. cautè tamen. VINN. Rectè Cajum interpretatur Vinnius. Si enim res propria hæredis vel testatoris alicui finendi modo fuerat relictum, & legatarius eam vindicabat; tunc hæres non contra vindicare, nec dicere poterat: *Et ego ajo illam rem meam esse*: quia jussus erat finere, ut legatarius rem sibi haberet. Præclarè hoc observavit V. C. Schulting. *ad Cajum lib.* 11. *tit.* 6. §. 6. *p.* 120. Cæterum septemdecim horum legatorum differentias ex jure antiquo eruditè erutas habuit Merill. *Obs. lib.* 6. *cap.* 32. *p.* 175. HEIN.

Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitas sublata) Significatur *l. in legatis* 21. *C. hoc tit.* qua una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini, Constantii & Constantis, quos si singulos spectes, totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum possessione, *l. quoniam* 15. *C. de testam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss.*

Nostra autem constitutio) Est *l.* 1. *C. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoque genere uti; nec latino tantùm, sed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuscumque alterius generis sermone legatum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur Ulp. *tit.* 25. §. 7. manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat quàm ante: aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc generum differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l.* 1. *C. comm. de leg.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, *per vindicationem*, aut *per damnationem*, ubique sustulit: rem autem ipsam & effectum reliquit. VINN. Id negari vix potest. Nam sic e. g. in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accrescere dicitur, *l.* 16. §. *ult. & l.* 34. *ff. de legat.* 1. *l.* 31. §. 1. *ff. de statu lib.* Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accrescit conjuncto, *l.* 16. *pr. ff. de legat.* 1. *l.* 16. *de legat.* 2. Non itaque dicendum cum Cujacio *in Paratitl. C. ad l. un. de cad. tollend. sub fin.* hanc differentiam non esse sublatam, sed Pandectarum compositores festinantius agentes vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus immutavit, non delevisse. Vid. Merill. *Variant. Cujac. lib.* 11. *cap.* 10. *p.* 241. HEIN.

Non verbis, sed voluntatibus) Ætimologia hujus exæquationis: quæ talis tamen est, ut quivis facile intelligat, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem respondere, in hujusmodi legato electionem tribuendam esse hæredi, cum DD. comm. & Zas. *in l. legat.* 37. *n.* 22. *de legat.* 1.

Non solùm per actiones personales) In *d. l.* 1. *C. comm. de legat.* Utitur numero singulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento, *l. servo* 69. §. *ult. l. non quocumque* 82. *in pr. l. quæsitum* 91. §. *ult. de legat.* 1. *l. qui concubinam* 29. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 6. *de in lit. jur.* §. *si res aliena* 6. *inf. eod.* Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet hæredem, à quo relictum est. Obligatio est quasi ex contractu: quippe cùm hæres adit aut agnoscit hæreditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere; scilicet ut præstet, quod testator injunxit; atque hoc facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. *hæres* 5. *inf. de obl. quæ quas. ex contr.* Ex quo apparet, tertium possessorem hac actione convenire non posse, hæredem posse, etsi non possideat, per *actionem*, 25. *de obl. & act.*

Sed etiam per in rem) Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis fuit, sed non omni legato; ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio: de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat: quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta à testatore in legatarium transibat, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. à Titio* 64. 3

de

de furt. Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transibat ad hæredem, & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam rectè legabatur. Jam verò certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l. in rem* 23. *in pr. de rei vind.* fierique consequens ut in qua specie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantùm personalis, sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia quam in personam actio competere posit. Ex constitutione verò Justiniani etiam pro legato damnationis consequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis, quàm vindicationis dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Illud forte aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse intendat, contra §. *sic itaque* 14. *inf. de act.* Respondent nonnulli, speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantùm jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium, quod non placet. Nihil enim refert, quo jure dominium agenti quæsitum sit, *d. l. in rem* 23. *de rei vind.* & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hasce actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione hæredis; in rem ex jure dominii, quod statim à morte testatoris in legatarium transfertur; quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento, petentemque ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantùm ut creditorem, qui hæredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab hærede, non ut obligato, sed ut possessore vindicantem: nam & contra alios possessores sic in rem ageret. Concursus autem duarum harum actionum non cumulativus est, sed electivus, hoc est, non ita simul competunt, ut liceat experiri utraque, sed ut una, utra legatarius velit: una autem electa, altera consumitur, *l. cum filius* 76. §. *variis* 8. *de legat.* 2. *l. hujusmodi* 84. §. *ult. l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit, ponendi sunt termini habiles: primum, ut legata sit certa species aut corpus; neque enim quantitate, aut nomine legato, vindicatio locum habere potest: deinde ut res, quæ legata est, propria testatoris fuerit: nam quod testatoris non est, id ab eo non potest recta transire ad legatarium, *l. nemo plus juris* 54. *de reg. juris.*

Et per hypothecariam) Priores duæ actiones, etiam veteribus, secundum ea quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l.* 4. §. 1. *de separ.* id, ut locus ipse indicat, junct. *l.* 1. §. *sciendum* 3. *eod. tit.* accipiendum est de specie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascumque res à defuncto relictas, adversus quosvis earum rerum possessores. Ajo, à defuncto relictas; siquidem non res hæredis propriæ, sed hæreditariæ ex hac causa pignoris sunt legatariis ex d. constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim fit legatarii; rei autem nostræ pignus non consistit, *l. neque pignus* 45. *de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse, receptum est, Mynsi. 1. *observ.* 58. Charond. 4. *responsi.* 52. cum vindicatione autem adversus eumdem cumulari non posse tradit Bald. *in auth. contra*, *n.* 11. *C. ad sen. Treb.* sed Cyn. *in d. l.* 1. *n.* 10. *C. comm. de legat.* etiam harum cumulationem admittit: quem sequitur Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 7. Utut sit, certi juris est, actiones, quæ se invicem non consumunt, successivè intentari posse, nimirum ut etiam post sententiam in una latam altera in judicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in personam consumatur, aut rei vindicatio: ut proinde simpliciter verum esse non posit, quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hasce actiones electivè concurrere, non cumulativè: sed nec pignus liberari debitore ad solvendum condemnato responsum est, *l. quamvis* 8. *C. de pign.* Illud pene supervacuum monere, actionibus hisce locum non esse, nisi adita ex testamento hæreditate. Nam si hæreditas adita non fuerit, nihil eorum, quæ testamento scripta sunt, valet, *l. si nemo.* 9. *de test. tut. l. eam.* 14. *C. de fideicom.* nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquitur etiam ab hæredibus legitimis præstari, *l. ex ea scriptura.* 29. §. 1. *qui test. fac. l. ex testamento.* 29. *de fideic. l. ult.* §. 1. *C. de codicill.* de quo plura Jas. *d. l.* 14. & post eum Sichar. *n.* 6. 7. &

& 9. Don. *num. 9. & seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures hæredes ipso jure divisam esse, *d. l. 2. in fin. C. comm. de legat.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l. rem hæreditariam. 65. de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit, *l. non est mirum. 26. de pign. act.* cùm in dubio credendum sit, testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui, add. Christin. *vol. 4. decis. 47. n. 3. & 4.* Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare, *in d. l. 1. num. 12.* VINN. Atqui de cumulatione actionum frustra quæritur, si ex principiis juris Romani decidenda sit quæstio. Nam id jus cumulationem ignorare, & ad ea planè abhorrere videtur, *l. 6. ff. de except. rer. jud.* Nec contrarium liquet ex *l. 1. §. 4. de edendo. & l. 12. §. 1. ff. de adqu. vel amitt. poss.* quarum altera ad primam editionem, altera ad mutationem actionis pertinet. Poterat itaque actor duas edere actiones, protestatus, ex altera se velle consequi, quod se contingat: potest & relicta actione petitoria ad possessoriam confugere, sed non duas actiones cumulare. Totum id jus ex jure canonico videtur proficisci, quod praxis sequitur. Cæterum hæc docet, frequenter cumulari actionem personalem ex testamento & hypothecariam, (modo non agatur adversus tertium possessorem, contra quem ex testamento agi nequit,) non autem rei vindicationem & hypothecariam, quum alterutra sufficiat. HEIN.

TEXTUS.

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cùm enim antiquitatem invenimus legata quidem strictè concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixtim de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare: ut natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

NOTÆ.

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*) Vid. Ulp. *d. tit. 25.* Caj. *lib. 2. tit. 7.* Theoph. hic. *Necessarium esse duximus*) *l. 2. comm. de legat.* *Nulla sit inter ea differentia*) Scil. in ipsa re. Ait enim, se non verbis, sed rebus leges imponere, *d. l. 2.* Itaque essentialis differentia legati & fideicommissi sublata non est: sed quod verbis directis & imperativis legis modo est relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommissum est. Sed neque ea differentia sublata, quam facit manifesta voluntas testatoris: cujus rei exemplum habemus §. *pen. inf. de sing. reb. per fid. rel.*

COMMENTARIUS.

1 *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum itidem esse Justinianum.*
2 *Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit?*
3 *Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus?*
4 *Exæquatione hac non esse sublatam utriusque relicti differentiam essentialem.*
5 *Quando amplius fuerit in legato, quàm in fideicommisso?*

SUperiore §. didicimus, legata omnia inter se exæquata esse, hìc docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, *l. 2. C. comm. de legat.* quod hoc loco expressè profitetur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Cajus *lib. 2.* commemorant, certè maxima earum pars usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpianum *l. 1. de legat. 1.* legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicommissis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam triennio fere ante editionem Pan-

dectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam & detrahere scriptis veterum possent, *l.* 1. *C. de vet. jur. enuel.* Idque in plurimis locis ab iis factum esse animadvertere licet. Vid. Govean. 1. *var. lect.* 29. Duar. 2. *disp.* 9. Don. 8. *comm.* 2. Baron. Hotom. Wesemb. *hic* Covar *in c. Raynaldus*, §. 1. *n.* 3. 2. *de testam.* Aliter & diversimodè hoc expediunt Cujac. 8. *obs.* 4. Rævard. 3. *var.* 4. Robert. 2. *sent.* 23. quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantùm ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hæreditates fideicommissarias non pertinere. Is enim, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberiùs *infr. de fideic. hær.*

Strictè concludentem) Id est, strictam legatis naturam tribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, & voluntates testantium juris subtilitati subjicientem. Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solemnibus ac præscriptis verbis utendum erat, sicut & in hæredis institutione, nec aliis verbis relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *l.* 7. *de vulg. & pup. l. ult. C. de testam.* qualia sunt: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt & legislationis propria, respexit Ulp. *in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Cæterum prisca illa & præcisa verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus *in* §. *præc.* Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat. Siquidem legatum relinqui non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. *præterea.* 10. *infr. de fideic hær.* Cajus *lib.* 2. *tit.* 7. Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis institutionem, nec post mortem hæredis, nec à legatario aut fideicommissario, sed à solo hærede, §. *ante.* 34. *& seq. infr. eod. & tit. de sing. reb. per fideic. rel. in pr.* Ulp. *hoc tit.* §. *post mortem.* 16. *&* §. *à legatario.* 20. Cajus *dict. tit.* 7. Denique verba legatorum strictè accipiebantur, neque in his, si perspicua erant & minimè ambigua, facile admittebantur conjecturæ, aut questio voluntatis, *l. ille.* 25. §. 1. *de legat.* 3.

Ex voluntate magis descendunt) Quàm ex lege aut certo jure. Quod significat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cum ait, *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta essent, modo certa esset testatoris voluntas, *l. cum virum.* 16. *C. de fideic.* adeo ut fideicommissum non minus Græco, quàm Latino sermone rectè relinqueretur, *l.* 11. *in pr. de legat.* 3. Ulp. *d. tit.* §. *item Græce.* 9. Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, *l. nutu.* 21. *d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minimè obscura essent, magis tamen voluntas, quàm verba, spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. l.* 16. *C. de fideic. l. quisquis.* 95. *de legat.* 3.

Pinguiorem naturam indulgentem) Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coercentem intra rigorem juris civilis, laxiorem longè & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quàm in legatis admittentem. Unde nihil eorum quæ legatum vitiasse diximus, oberat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis institutionem & post mortem hæredis. Poterat & à legatario & à fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum Ulp. *tit.* 25. & Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit. VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat, iis fideicommitti posset. §. 1. *Inst. de fideic. hæred.* Hinc deportatis, orbis, in cælibatu viventibus legari non poterat, quum posset fideicommissum relinqui, immo & Latinis, quum hi legatum non caperent, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulp. *tit.* 17. §. 1. *& tit.* 25. §. 7. Unde omnino apud Ulp. *tit.* 25. §. 6. legendum videtur: *Fideicommissa dari possunt his, quibus legari non potest.* Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum esse, nondum constat. HEIN.

Ut nulla sit inter ea differentia) Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius sicut olim diversa eorum vis sit ac potestas. Hoc enim exæquare est, alterius vim ac naturam alteri communicare; quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicare *& in d. l.* 2. *C. comm. de leg.* Itaque nunc legata æquè ac fideicommissa & ab intestato, & nutu, & à legatario, &c. relinqui poterunt, ac fideicommissa, & voluntas legantis servabitur. Quod ideo mo-

monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione essentialem harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est, etiam fideicommissum factum; & contra quod precariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit Ac proinde etiam adhuc fieri potest, ut aliquo casu dissimilem hæc necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti: quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis, §. *pen. inf. de sing. reb. per fideic. rei.* Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas: sed perspicuo errore, nec digno qui confutetur.

Si quid amplius est in legatis) Mutua igitur est hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat, quàm in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommisso numquam: item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat, etiam rei vindicatio: de fideicommissis una tantùm competebat extraordinaria persecutio. De quo dicendum amplius *inf. tit. de fideic. hær.* §. 1. Cæterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iisdem quoque actionibus, quibus legata, peti possint, *l.* 1. & 2. *C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & postea de fid.) Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita disserit, tamquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublatas voluisse. Veluti *in* §. *præterea.* 10. *infr. de fideic. hær.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et *in pr. t. de sing. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi à legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re Testatoris, hæredis, aliena, cujus non est commercium.

4. *Non solùm autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita, ut hæres cogatur, redimere eam, & præstare; vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur; veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius nomenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset, alienam rem esse, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

4. *Cujus commercium non est*) Ejus rei, quæ absolutè commercio exempta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt, quæ hic & in *l.* 39. §. 8. & *seqq. eod.* 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, *l.* 41. *cum* 2. *seqq. eod.* Quid si vel testator, vel hæres commercium rei non habeant? Resp. Si legatarius habeat, utile esse legatum, *l.* 49. §. 3. *eod.* 2. fac. *l.* 34. *de verb. obl.* sin minus, non valere, *d. l.* 49. §. 2. *d. l.* 34. Non obstat. *l.* 114. §. 5. *eod.* 1. neque *l.* 11. §. 16. *eod.* 3. illa tibi quod respondeas ipsa subministrat; in hac agitur de legato militiæ, cujus natura æstimatio continetur, *d. l.* 49. §. 1. in *l.* 40. *eod.* delenda videtur secunda negatio: alioqui illa abundant, *cujus commercium legatarius non habeat.* Cujac.

Legatarium probare) Hoc iidem iisdem verbis Marcian. tradit *l.* 21. *de prob.* fac. *l.* 23. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum legatum consistat, aut non consistat.*

2 *Legem* 12. *Tab. non impedire, quominus res aliena legari possit. Et num jus Canonicum?*

3 *Quid juris sit in legato rei communis? Quæstio subtilis & elegans.*

4 *Effectus legati rei alienæ.*

5 *Legatum rei simpliciter exemptæ commercio, aut usibus Principis deservientis, prorsus inutile esse. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus junctæ.*

6 *Rei exemptæ commercio certæ personæ legatum valere, si legatarius commercium habeat; sin minus, secus: subjecta plenissima solutione omnium quæ obstare videantur.*

7 *Quid juris, si feudum legatum sit?*

8 *Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adju-*

adjuvetur, cur demum valere placeat, si testator sciverit, alienam esse; & cur legatorio ejus rei probatio incumbat?

INchoatur hìc tractatio de rebus, quæ legari possunt, aut non possunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat; nec est 1 sine multiplici distinctione prævius. Primum hoc in genere teneamus, non solùm res speciatim sic dictas, sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: nec solùm res corporales, sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res, quæ actu sunt inrerum natura, verùm etiam quæ futuræ sperantur: quæ non sunt, nec esse possunt, earum legatum inutile esse. De quibus omnibus accuratius agemus suis locis. Porro interest, utrum res legata sit in commercio, an non sit: & si extra commercium, utrum simpliciter atque in totum, ut sunt res publicæ, sacræ, sanctæ, religiosæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti est: an verò res talis sit certo respectu, & vel ob specialem circumstantiam commercio exempta, cùm alioqui per se & conditione sua sint in commercio, cujusmodi sunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta, quæ inutiliter itidem uno atque altero casu excepto legantur: vel exempta commercio, quorumdam, non omnium ut mancipium Christianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus, *tit. C. ne mancip. Christ.* item militia, hoc est, officium alicujus eorum, qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt, ex quo salaria à Principe consequuntur: cujusmodi officiorum constat quoque non omnes jure capaces esse. Vid. Cujac. *in l.* 3. §. *si quid minori.* 7. *de minorib.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium est, cum præside non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo post. Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatoris propria, vel non est: & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, vel in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re hæredis scriptum hìc est, eam non minus quàm rem testatoris legari posse: neque ullam hoc dubitationem habet; adeo ut hujusmodi legatum valeat, etiamsi testator existimaverit rem suam se legare, *l. unum* 67. §. *si rem* 8. *de legat.* 2. De re legatarii legata distinctè dicetur *inf. sub* §. *sed si rem* 10. De re aliena hìc itidem traditum est, eam utiliter legari: cum ea tamen distinctione, quam legatum rei testatoris aut hæredis propriæ non recipit. Postremo illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius *sub.* §. *ex contrario.* 14.

Sed etiam aliena) Etiam res alienas legari posse, semper constitit, & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait Jurisconsultus *l. cum servus.* 39. §. *constat.* 7. *de legat.* 1. Nec 2 obstat lex duodecim tabularum, quæ tantùm de suo legandi potestatem facit, *l. verbis.* 120. *de verb. sign.* Nam qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim hæredem, ut rem redimat, & redemptam præstet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur: sicut indicat *l. qui quatuor.* 30. §. *ult. de legat.* 3. & expressè testatur Ulpian. *in fragm. sub. tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta, *do, lego,* aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus.* 104. §. 2. *de legat.* 1. Ejus rei, quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii, *l.* 9. *l. si servus.* 98. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius.* x. *de testam.* ubi videtur ejusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat, speciem *d. c.* esse singularem, quod res alterius Ecclesiæ legata proponeretur sepulturæ causa: & ideo extra speciem illic propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque Mantic. 9. *de conj. ultimam. vol.* 10. Fachin. 5. *contr.* 38. At enim negari non potest, quin Pontifex in *d. c.* ostenderit, sibi displicere rei alienæ legatum, cùm id magis *sæculi legibus* quàm *legi Dei* convenire significet. Quamobrem D. Tulden. *hic. c.* 5. fatetur quidem, improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterùm cùm eam expressè non abroget, merito eam adhuc obtinere debere contendit: maximè cùm probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, ut eo nolente vendere, justam rei æstimationem legatario præstet. Crediderat Pontifex rei alienæ legatum legibus sæculi ita sustineri, ut eam rem velit, nolit, Dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemtione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat; legi divinæ minime repugnare.

re. Quæsitum est, quid juris sit in legato rei communis? Finge testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit *fundum meum*. Hic enim portionem tantùm debere, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, disertè respondet Paul. *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & addit, hoc constare, ut ostendat, certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro hærede faciunt. Verba, quia *fundum meum* rectè interpretamur, quatenus meus est: nam meum rectè dicitur, quod pro parte meum est, *l. in re communi.* 26. *de serv. præd. urb. l. si quis.* 74. *de legat.* 3. *l.* 2. *de cond. inst.* quamvis totum meum esse non rectè dicamur, *l. rectè.* 25. *de verb. sign.* Mens testatoris, quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator onerare hæredem suum voluisse necessitate redimendi, *l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantùm portio, quæ testatoris fuit? Accursius existimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur. Quod & Donello visum in *l.* 10. *Cod. de legat. num.* 2. Sed contrariam sententiam, quam probant Bartol. Bald. Jas. Ang. Zas. Duar. in *d. l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. Mant. 9. *de conj. ult. vol. tit.* 1. *num.* 12. veram esse existimo, partem tantùm deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ & pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi potest, quàm voluisse legare totam. At cum pars tantùm testatoris fuit, omnino credibile est, eum potius de sua illa parte cogitasse, quàm voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficacissima est, *l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. *l. Sticho.* 36. *in fin. de usufruct. legat.* Eamdem rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus.* 71. §. *ultim. de legat.* 1. *fac. l.* 24. *de instruct. vel instr. leg. l.* 30. §. 4. *de legat.* 3. Planè si testator nominatim dixerit, se legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, responderem, utramque partem & tam alienam, quàm testatoris deberi, *argum. l. Juliano.* 68. *in pr. de legat.* 3. Fusius hanc quæstionem tractamus *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 26.

Si eam non potest redimere æstimationem ejus dare) Effectus legati rei alienæ hic est, ut hæres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l. si domus.* 71. §. 3 *de legat.* 1. *l. non dubium.* 14. §. *ult. l. qui quatuor.* 30. §. *ult. de legat.* 3. & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium ejus rei recta à morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc verò ita obtinent, si testator rem alienam legavit sciens; secus est si ignorans, ut paulo post audiemus. 4

Si talis sit res cujus commercium non est, nec æstimatio debetur) Ejus rei, quæ simpliciter atque absolutè extra commercium est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ, usibus publicis destinatæ, *l. cum servus.* 39. §. *pen. de legat.* 1. Idem est, si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, velut horti Salustiniani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt: quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est, talia legata adscribere, *d. l. cum servus*, §. *antepen. & ultim.* Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. cætera* 41. *cum* 2. *ll. seqq. d. tit.* Excipiuntur duæ causæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una est in *d. l. cætera* §. *sed si quis*, 5. altera in *l.* 11. §. *si quis illicite.* 14. *de legat.* 3. nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam hæ res legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus; *l.* 2. *C. de ædif. priv.* Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata. Quod si certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testator is, aut hæres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat *l. multum* 34. *de verb. obl.* Idemque est, si hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona hæredis, utpote à quo res mox abitura est, confi- 5 6

de-

derari debet. Textus est in *l. mortuo bove* 49. §. *sed Proculus* 3. *de legat.* 2. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu, uti & superiora, recepta. Grot. 2. *manuduct.* 22. *vers. pen.* Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *dict. l. mortuo bove*, §. 2. cui simile est, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *dict. l.* 34. *de verb. obl.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *l.* 9. §. *ult. de donat.* οἷον χρηματιστὴν ἀνδραποδιστὴν αἱρετικῶν προσώπων, ut ibi Græci. Cæterum non est hoc æquè expeditum ac præcedentia. Nam primum obstare videtur, quod responsum est, militia servo alieno legata, domino æstimationem deberi modo testator sciens eam servo legaverit, *l.* 11. §. *si serv.* 16. *de legat.* 3. Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademptam esse totius juris civilis communionem. Sed sciendum, testamenti factionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militia relinqui potuit, & servo possit, atque in persona servi ipsi domino relicta videatur, *l. non minus* 31. *de hær. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit, legatum utile sit, & æstimatio quæ natura legati militiæ continentur, *d. l.* 49. §. 1. *de legat.* 2. debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique si testator non ignoraverit servum esse: nam si liberum putavit, scriptum est *in d. l.* 11. §. *si serv.* 26. denegari fideicommissi petitionem, addita hac ratione, quia si scisset servum non reliquisset. Itaque nec dominium quicquam isto casu ex legato aut fideicommisso redire voluit, reperiturque res relicta ei solùm, qui commercium ejus non habet. Quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur *l. si filiusfam.* 114. §. *si quid alicui.* 5. *de legat.* 1. Sed hic locus ipse tibi quod respondeas subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid alicui licitè fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliamve probabilem causam, habere non potest, alius tamen habere potuit æstimationem deberi.* Proponitur legatum licitè relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet, prædium provinciale licitè legari præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo & probabili ex causa rem habere non potest, non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, surdo, muto; aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debebitur: at non deberetur, si ea res relicta erat incapaci, *arg. d. l.* 11. §. *si serv.* 16. *de legat.* 3. Postremo hic objicitur *l. sed si res* 40. *de legat.* 1. qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expressè est, utile esse fideicommissum, & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus *in d. leg. multum.* 34. *de verb. obl.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque, aliud esse non habere jus possidendi, aliud non habere rei commercium. Verùm ista distinctio locum habet, ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum est. Robertus 3. *animadvers.* 11. & alii, interesse putant, sciverit testator legatarium, sive fideicommissarium incapacem esse an ignoraverit: priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet, quod Cujacius *in d. l. multum.* 34 contendit redundare in *d. l. sed si res.* 40. secundam negationem, eamque demendam, ut hìc sit sensus, æstimationem deberi, si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ sententia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur, ac si fideicommissum recta ab hærede relictum esset: estque casus hic simillimus ei, qui proponitur in *d. l. mortuo bove.* 46. §. *pen. de legat.* 2. Secunda autem negatione retenta fit scriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet.* Quid enim refert, legatarius, à quo res per fideicommissum relicta est, commercium ejus rei habeat, nec ne, si fideicommissarius non habeat; aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *d. l. sed si res* 40. Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus possidendi non est*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ac ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi jus non est*, abundare? Existimat autem Duarenus, in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile esse: fideicommissum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æstimationem fideicommissario deberi. Argumento esse, quod in iis locis, ubi negatur deberi æstimatio, agatur de legato, ut in *dict. l. mortuo bove.* 49. *de legat.* 2. §. *pen.* contra ubi æstimatio dicitur deberi, de fidei-

com-

commisso, ut in *d. l.* 11. §. *si servo.* 16. *de legat.* 3. & *d. l. si filiusfam.* 114. *si quid alcicui.* §. *de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re quod Duaren. sentit, non inelegantem sibi hujus differentiæ rationem reddere videtur, nimirum quia legatum recta transit in legatarium, fideicommissum primo consistit in persona ejus, à quo relinquitur. Ego verò non magni hæc æstimo. Nam si tam insignis hoc in casu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminisset Ulpian. & Cajus *sub. tit. de fideicomm.* ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem plerisque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis de quo fere hìc quæritur, & fideicommissum ejusdem esse hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum reliqui possunt, possit & per alterum, *d. tit. de fideicomm.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit, quàm ex fideicommisso: ex quo apparet, rationem illam differentiæ, quam Bachovius profert, non esse usque adeo elegantem. Quid si feudum legatum sit? Hic æstimationem deberi negant Gail. 2. *obs.* 154. *num.* 13. Fachin. 5. *contr.* 37. Vult. 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 72. Petr. Greg. 42. *syntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideic. art.* 11. *num.* 103. & *seq.* Matheac *lib.* 2. *epit. legat. cap.* 19. *num.* 4. Quorum sententia probabilior videtur Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disput.* 13. *thes.* 5. Sed prior apud nos obtinet, si testator de suo feudo disposuerit non interveniente domini consensu, D. Grot. 2. *manuduct.* 42. sive de alieno, nisi aliunde liquido constet, testatorem & æstimationem præstari voluisse, ubi supremam apud Mechlinienses Curiam censuisse refert D. Christin. *vol.* 6. *dec.* 28.

Si sciebat alienam rem esse) Non semper res aliena legata debetur: sed ut superius diximus, interest, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, au ignoraverit: si scivit, debebitur, si ignoraverit, non item, *l. cum alienam.* 10. *C. h. t. l. unum* 67. §. *si rem* 8. *eod.* 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione, *forsitam enim*, inquit, *si sciviſset alienam rem esse, non legasset.* Sed unde illud colligimus, testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit, hæredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. l. unum* 67. §. *si rem* 8. *l. Sticho* 36. *in fin. de usufr. leg.* Atque hinc intelligere licet, distinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi, etiam si testator eam suam existimans legaverit: nempe cui rei legatæ dominium apud hæredem est, tam facile eam hæres præstare potest, quàm rem quæ defuncti fuit, *d. l. si unum* §. *si rem.* Planè aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistinctè debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legatum fuisse, *d. l.* 10. *C. eod.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt Tiraq. *priv. piæ caus.* 66. Vasq. *lib.* 3. *de succ. progr.* §. 27. *n.* 41.

Legatarium probare oportere) Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter hæredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra sciviſse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbit probandi, hæredine ignorasse defunctum, an legatario sciviſse: ideo Imperator, quid in hac re juris esset simul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere, sciviſse defunctum rem alienam esse adjecta hac ratione ex novissima juris regula, *l. actor* 23. *C. de prob. l.* 4. *C. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit: qui hìc legatarius est, non hæres. Hoc idem iisdem verbis & Marcianus tradidit *l. verius* 21. *de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod hæres præsumptione juris adjuvatur, quæ, etsi actoris partes hæres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l.* 8. & 6. *eod. tit.* Planè potest hoc jus ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, sciviſse defunctum rem alienam esse, add. Gomez. 1. *res.* 12. *num.* 13. Christin. *vol.* 4. *dec.* 32. *n.* 5. & *seqq.*

TEXTUS.

De re pignorata.

5. *Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet hæres eam luere.*

NOTÆ.

5. *Si rem obligatam*) Fac. *l.* 57. *de legat.* 1. *l.* 15.

l. 15. *de dot. præl. l.* 6. *C. de fideic.*

Hæres eam luere) In *d. leg.* 15. *liberare.* Luere est pignus solutione vel satisfactione liberare.

Et hoc expresserit) In testatoris certa & expressa voluntate conjecturis non est locus, *l.* 33. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinæ hujus* §. *non obstare quod alibi traditur, si res certa legata sit, talem dari debere, qualis est.*

2 *Interdum etiam tunc cùm testator nescivit rem obligatam esse, hæredem eam luere debere, & quibus casibus.*

3 *Quid juris sit pignore distracto?*

RES pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstare cogimur, *arg. l. Labeo* 14. *de verb. sign.* unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc est, quod in re pignori obligata idem placet quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta liberare pecunia, *hoc text. l. si res* 57. *de legat.* 1. *l. licet* 15.
1 *de dot. præl. l. prædia* 6. *C. de fideic.* Non obstat, quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est; verbi causa, si fundus, qui legatus est, servitutem debet, eum cum servitute rectè præstari, *l. servo* 69. §. 3. *de legat.* 1. si servus statu liber legatus est, statu liberum rectè dari, *l. servum* 44. §. *pen. & l. seq.* §. *ult. eod.* Nam hoc quod de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est fundo legato, cujus ususfructus alienus est, hæredem hunc usumfructum redimere debere: quoniam scilicet & in usufructu res aliena legata videtur: nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *l. Mævius* 66. §. *pen. l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *de legat.* 2. Planè si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum hæredem prædium liberare, post Joan. Fab. D. Tuldenus *hic, cap.* 11. annotavit, & ita observari ait: quoniam ejusmodi opera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione. *Decis. Cur. Holland.* 11. *in fin.*

Ita demum, si sciebat defunctus) Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res à legatario luenda est, *dd. loc.* Duo sunt casus, quibus placet, etiam tunc cùm ignoravit defunctus rem obligatam esse, hæredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æquè legaturus fuisset, si scisset, obligatam, *d. l. si res* 57. *de legat.* 1. *d. l. prædia* 6. *C. de fideic.* de quo constare poterit, si vel testator id aliquando apertè professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, *arg. l. cum alienam* 10. *C. de legat.* Alter casus est, cùm debitum exæquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *d. l. si res.* 57. *in pr.* ubi ita legendum est, *vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*: ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ, & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pacius: non ut vulgo legitur, *vel potest aliquid esse superfluum, &c.* Nam hac lectione retenta, hic Jurisconsulti sensus fuerit, ut rectè Fachin. *lib.* 12 *cont.* 41. quotiescumque plus est in re legata, quàm in debito, pro quo obligata est, hæredem eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat Fachin. *d. l.* & Tulden. *hic c.* 11. Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam rarissimè fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Donellus 8. *num.* 19. alium sensum vulgatæ lectioni affingit, nimirum cùm debitum excedit pretium rei legatæ, quàm testator obligatam nesciebat, pro ea quidem quantitate, quæ rei pretio respondeat, legatarium luiturum: cæterum quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præstandum: quam interpretationem verba ista, *si potest esse aliquid superfluum exsoluto ære alieno*, minimè ferunt. Illud hic monendi sumus, tunc solùm hæredem posse pignus luere, cùm id nondum à creditore legitimè distractum est. Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium translato, *l. non post novum* 46. *de acq. rer. dom. l. ult. C. si vend. pign. agat.* Proinde hoc casu id superest, ut hæres aut redimat, aut si redimere non possit, æstimationem ejus præstet; nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur, *d. l. prædia.* 6.

C.

C. de fideic. VINN. Quum vexatissima sit *l.* 57. *ff. de leg.* 1. Stephani autem & Baudozæ lectio etsi violenta videtur, nec præsidium in vetustis Codicis MSS. reperiat; omninò videtur Donelli sententia liquidissima. Ponit primo Ulpianus regulam bimembrem. Si testator scivit, rem obligatam, tum hæres luit, nisi alio animo fuerit. Sin nescivit testator, tunc luit fideicommissarius. Jam sequuntur exceptiones aliquot ad posterius membrum pertinentes: (1) nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset. (2) *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*, id est, nisi exsoluto ære alieno nihilominus aliquid superfluum manet, quod solvendum, e. g. usuræ diu non solutæ; tunc id quod solvendum superest, ab hærede solvendum. Ad hunc casum etiam pertinent verba sequentia, in quibus frustra Ant. Fab. *lib.* 11. *Conj. cap.* 10. & Donell. *lib.* 8. *cap.* 19. *pro noluerit* legunt *voluerit*. Qua emendatione non opus esse, si versiculus ille ad hunc casum referatur, jam ostendit Osvv. Hillig. *Donell. Enucl. ib. lit. Q.* HEIN.

Voluerit legatarium luere, & hoc expresserit) Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus; sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l. si pluribus.* 33. *de legat.* 1.

TEXTUS.

De re aliena post testamentum à legatario acquisita.

6. Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, siquidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si verò ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem & eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res ei debetur, interest, utrum rem an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem agere potest.

NOTÆ.

6. *Traditum est duas lucrativas, &c.*) Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cùm ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenit, *l.* 17. *de obl. & act.* fac. *l.* 108. §. 4. *de legat.* 66. §. 1. *eod.* 2. *l.* 83. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *de solut.* Ratio est, quia cùm creditoris jam res esse cœperit, in eum casum devenit obligatio, à quo incipere non potuit, §. 10. *infr. eod.* §. 2. *inf. de inut. stip.* §. 4. *inf. de act.* Diversa ratio est causæ onerosæ: quia cui pretium abest rei, adhuc res ipsa abesse videtur, *l.* 44. *de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1 *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cùm res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*

2 *Duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursum esse speciem liberationis, & quo ea pertineat?*

3 *Quid si eadem res eidem sæpius legata sit eodem testamento?*

4 *Quid si eadem quantitas eidem legata, vel unius testamento vel duorum?*

5 *Si duorum testamentis eadem res relicta sit, eum, qui rem nactus est, posse ex altero adhuc æstimationem petere: non contra, & cur tam variè?*

SI res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf.* §. *sed si rem.* 10. Quod si eo tempore aliena est, & legatarius postea ex alia causa dominium ejus nactus sit, placet, inspiciendum esse, quali ex causa nactus sit, ex onerosa, an lucrativa: Si ex causa onerosa, actione ex testamento eum agere posse, & pretium consequi: contra si ex lucrativa, non posse, propter regulam, quæ diffinit, duas causas lucrativas in eamdem rem & personam concurrere non posse: quam statim explicabimus. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. ex promissione.* 19. *de obl. & act.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest, quales sunt legatum, fideicommissum, donatio, *l.* 4. §. *si quis.* 29. *de dol. mal. exc. l. inter.* 93. §. *si rem.* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum.* 61. *de solut. l. nu.* §. *lucrativus. C. de imp. lucrat. descript.*

Si res aliena legata fuerit) Ab eo scilicet, qui sciebat, rem alienam esse: alioqui legatum inutile est, nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum supra in explicatione §. 4.

Vivo testatore) Exempli causa hoc dictum putant Gloss. & DD. Idemque obtinere, quamvis id contigerit testatore mortuo; quibus assentior. Nam etsi hæreditatem aditam ponamus ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nempe hæredem libera- 1

ri, si antequam rem redimere & præstare posset, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l. omnes.* 17. *de obl. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit Bachov. diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eamdem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant comm. DD. Sed ego subsisto propter *l. non quocumque.* 82. *in pr. de legat.* 1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente, dominium rei adhuc apud legatarium existat.

Ex causa emptionis &c. pretium consequi potest) *L. planè.* 34. §. *quod si.* 7. *de legat.* 1. add. *l. si à substituto.* 45. *l. hujusmodi.* 84. §. *qui servum.* 5. *eod. tit.* & quidem si rem totam emit, aliove oneroso titulo acquisivit, pretium totius; si non totam sed partem, pretium partis, quam emit, consequetur, *d. l. non quocumque.* 82. §. 3.

Duas causas lucrativas in eumdem hominem & eamdem rem) Definitio generalis, cui locus est non tantùm, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l. si servus.* 108. §. *Stichum.* 4. *de legat.* 1. *l. Mævius.* 66. §. 1. *de legat.* 2. *l. nutu.* 21. §. 1. *de legat.* 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act. l. inter stipulantem.* 83. §. *si rem.* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum.* 61. *de solut.*

2 Est enim duarum lucrativarum causarum circa eamdem rem & personam concursus species liberationis, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act.* quæ ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, §. 2. *infr. de inut. stip.* Cùm enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, cœpit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, §. *sic itaque.* 24. *inf. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eamdem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cùm ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus quàm si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat; emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse secundum veterum doctrinam, qui sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l. Labeo.* 14. *de verb. sign.* Porro locus est propositæ regulæ, si certa res sit aut species, quæ debeatur: nam si certa quantitas aut summa bis, verbi causa, legata sit, non potest dici eamdem rem deberi, *l. planè.* 34. §. 3. *de legat.* 1. *l. Titia.* 87. *de legat.* 2. quamvis, si ab eodem, multiplicatio legati non præsumatur, *d. l. si planè.* 34. §. 3. Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio locum non habet, *l. non quocumque.* 82. *in pr.* & §. 1. *de legat.* 1. *l. in perpetuum.* 61. *de solut. fac. l. aliud.* 71. *de verb. sign.*

Si ex duobus testamentis eadem res) Ait *duobus*, id est, *duorum testamentis.* Nam si eadem res eidem sæpius legetur eodem testamento, amplius quàm semel peti non potest, sufficitque, vel rem consequi vel rei æstimationem, *l. planè.* 34. §. 1. *de legat.* 1. Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, *l. si alii.* 42. *de usufr.* nec tam legasse sæpius, quàm sæpius locutus creditur, *l. Mævius* 66. §. *eum.* 5. *de legat.* 2. *l. si tibi* 86. §. 1. *de legat.* 1. nisi manifestè constet ampliandi legati causa sæpius legasse; ut in hac specie: Duos quis scripsit hæredes, & damnavit unumquemque solidum legatario præstare; hic idem esse responsum est, atque si duobus testamentis legatum esset, *l. quid ergo.* 53. §. 2. *de legat.* 1. Ait *eadem res*, id est *eadem species*, *idem corpus*; nam si eadem quantitas eidem duorum 4 testamentis relicta sit, puta centum aurei, solidum legatum est utriusque testamento peti potest: quamvis si in eodem testamento non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quàm si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; præsumitur enim potius repetisse legatum, quàm voluisse multiplicare, *d. l. planè.* 34. §. 3. nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento & codicillis: tunc enim nisi hæres contrarium ostendat, legatum duplicatum præsumitur, *l.* 12. *de probat.* & ibi Gloss. & comm. DD. Duar. *ad d. l. planè.*, ubi occurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l. cum centum.* 9. *de adm. leg.* Bald. Castr. Raphael. Jas. *in d. l. planè.* §. 1. Gomez. 1. *resol.* 12. *n.* 38.

Utrum rem, an æstimationem) Igitur quod scriptum est *in d. l. planè.* 34. §. 2. Si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est, ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, ex altero rem

rem adhuc petere posim : non autem, ut posim de æstimatione agere, si rem antea consecutus fuero : eoque jure utimur, Grot. 2. *manuduct.* 22. Non obstat huic distinctioni *l. hujusmodi.* 84. §. 2. *de legat* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit. Nam in specie *d. l.* hæres Titius id dumtaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræsentationis contineatur. Rationem propositæ distinctionis suppeditat *l. tantum.* 88. *de verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus, eum, qui rem habet, & æstimationem habere intelligi : contra qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam : re enim æstimationem contineri, æstimatione rem non contineri : ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet : qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Ad hæc etiam affectio ad rem esse potest supra æstimationem, *l. si in emptionem.* 35. *de minorib.*

TEXTUS.

De his quæ non sunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, rectè legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt; aut quod ex illa ancilla natum erit.*

COMMENTARIUS.

1 *Purumne sit legatum, de quo hic agitur, an conditionale? & plenius num.* 2.

QUæ in rerum natura non sunt, nec actu nec potentia, frustra & inutiliter legantur, veluti si hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus sit; quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est, §. 1. *inf. de inut. stip. fac. l. servus* 108. §. *qui quinque.* 10. *de legat.* 1. Quòd verò in rerum natura nunc quidem non est, sed futurum est, aut futurum speratur, legari potest, licet fieri posit, ut actu in rerum natura nunquam existat : veluti si fructus legentur, qui in fundo Tusculano nascentur, vel quod ex Arescusa natum erit, aut insula in flumine nascitura, *l. quod in rerum.* 24. *in pr. de legat.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* Cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantùm relinqui potuisse docet Cajus *lib.* 2. *inst. de legat.* §. 3. De eo quæritur, purumne sit hujusmodi legatum, an conditionale? Dicendum est pro puro haberi, quoad transmissionem; pro conditionali, quoad obligationem : cum Gloss. & DD. comm. *ad l. cum illud.* 25. §. 1. *quand. dies legat. eod. ced.* Gomez 1. *res.* 12. *n.* 24. quoad mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo) Ille casus huc non pertinet, quando quis simpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini, aut olei; quæ omnino præstanda est : sed quando legantur fructus aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo, puta hoc modo, *fructus qui nascentur in fundo Tusculano, hæres dato*, vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, hæredem meum dare jubeo, d. l. quod in rerum.* 24. *de legat.* 1. *l.* 5. *de tritic. vin. leg.* Ex his autem legatis, si nihil natum sit, nihil debetur; si non tantum, quantum legatum, non amplius debetur, quàm quantum natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset. *si hoc vel tantum natum fuerit, d. l.* 5. *de tritic. leg. l.* 8. §. 2. *de legat.* 2. Et hoc est, quod Pomponius significat, cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipsius rei, *l. interdum.* 73. *in pr. de verb. obl.* extrinsecus, non ex testamento, venientem. Hujusmodi autem generis conditiones, cùm non impediant, quominus dies legati à morte testatoris cedat, mortuoque, licet nondum natis fructibus, legatario, spes legati transmittatur ad hæredem, *l. cum illud.* 25. §. *ult.* junct. *l.* 6. §. 1. *quand. dies leg.* inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, *l. conditiones.* 99. *de cond. & dem.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Non obstat *l. cum ita.* 16. *eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo & tali specie, in qua duplex est dubium, & quid nasciturum, & quid hæres electurus sit, nondum autem edito partu, electioni locus non est. Utique verò legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ postea nascentur, pro conditionali hactenus habentur, ut nulla eo nomine obligatio aut actio esse intelligatur, antequam res natæ sint, & tunc demum actio incipiat, cùm per rerum naturam præstari possunt, *d. l. interdum.* 73. *de verb. obl.* Obiter & illud hic monendum est, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamsi fundus adjectus sit, non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo adjecto tantum percipi non possit, *l. Lucius.* 12.

de alim. leg. 1. *l. Paula* 27. §. *ult. de legat.* 3.

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniunt ad legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat,* Titio & Sejo hominem Stichum do, lego. *Disjunctim ita,* Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & si expresserit* eumdem hominem Stichum, *æquè disjunctim legatum intelligitur.*

NOTÆ.

8. *Si alter deficiat, totum ad collegatarium*) Si plures sint vel conjuncti vel disjuncti, pars deficiens omnibus accrescit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur, disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic tamen, ut conjuncti unius personæ potestate fungantur, *l.* 34. *eod.* 1. *l.* 89. *eod.* 3. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Conjunctis autem accrescit cum onere, disjunctis sine onere: illis non nisi volentibus, his etiam invitis, *d. l. unic.* §. 11.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Hi re & verbis conjuncti dicuntur, *l.* 142. *de verb. signif.* Quod si testator adjecerit, *æquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt dumtaxat, *d. l.* 142. *d. l.* 89. inter quos tamen & ipsos juri accrescendi datur locus, ut evincit *d. l.* 89. nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, necessario præsupponit jus accrescendi.

Disjunctim) Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti respectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur: triplex enim conjunctio est, *d. l.* 142. *d. l.* 89.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit jus accrescendi?*
2 *In hæreditatibus id jus valere ex necessitate: unde ea necessitas, & quis ejus effectus?*
3 *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accrescant?*
4 *Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris: unde dissimilia effecta, & quæ?*
5 *Vetus inter genera legatorum circa jus accrescendi differentia.*
6 *Juri accrescendi locum non esse, nisi inter conjunctos: & genera conjunctorum exposita.*
7 *Qui hic & passim disjuncti dicuntur, eos & ipsos verè conjunctos esse, & n.* 10.
8 *Quibus pro quarta parte defecta pars collegatarii accrescat?*
9 *Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.*
10 *Singulos tam conjunctorum, quàm disjunctorum diversa consideratione, rectè & totum habere dici & partes.*
11 *Quid sit partes ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano?*
12 *Locus Ulpiani in* l. planè 34. §. si conjunctim 9. de legat. 1. *expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*
13 *An partem faciat, qui è conjunctis tempore testamenti mortuus est, aut incapax?*
14 *An conjuncti post obitum testatoris mortui portio conjuncto accrescat?*
15 *An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat?*
16 *Quibus argumentis probari videtur, verbis conjunctos re conjunctos non esse: quibus item contra?*
17 *Communis sententia, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.*
18 *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum?*

TAngitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse, vel subtilior, vel perplexior. Jus accrescendi est, quo deficientium hæredum ejusdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis, qui suam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum possessores intelligimus, *l.* 3. §. *ult. de bon. poss.* junct. *l. hæreditatis* 38. *de verb. sign. & l.* 2. *d. tit. de bon. poss.* & res quoque, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, *l. Papin.* 43. *cum l. seq.* §. 1. *l. antepen. ad Trebell. l. si totam* 83. *de acq. hær.* Gomez 1. *resol.* 1. *num.* 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, *l. ult.* §. *un. C. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc est, *Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, l.* 4. *C. de rep. hær.* Alterum, *Neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, l.* 1. *& l.* 2. *de acq. hær. l. quidam* 20. *C. de jur. del. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.* Quin nec ipsum testatorem hoc jus in hæredibus prohibere posse, demonstra-

vi-

vimus sup. in §. *hæreditas* 15. *de hær. inst.* Si verò non prohibuerit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tamquam ex tacita substitutione, *l. si Titio* 61. §. 1. *de legat.* 2. Vid. Osvv. Hill. *in not. ad* Don. *lib.* 7. *cap.* 12. & 26. Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. hæredi* 31. *l. qui ex duabus* 53. §. 1. *de acq. hæred. l.* 9. *de suis & legit. hær.* & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum, *d. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.* Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: sin promiscuè conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjunctis portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit verò singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis: & in distributione, si permixtim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet, conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quàm singuli disjuncti, *l. planè* 34. *in pr. de legat.* 1. *d. l. un.* §. *his ita* 10. Eademque ratio est hæredum legitimorum, cùm alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur: quod fit, cùm quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. *cum filius* 6. *inf. de hær. quæ ab int.* fratres & fratrum filii, *Nov.* 118. §. 3. Valet idem jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verùm effectu nonnihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eamdem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur, & legatum scindi, si concurrant: si verò non concurrant, solidum, postposito hærede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest, & si singulis res singulæ relictæ sunt, uno deficiente, portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuisset, *l. hujusmodi* 84. §. *pen. de legat.* 1. Deinde cùm deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus & cum onere semper accipit, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantùm, sed cum onere accrescat, si separatim, invito quidem, sed sine onere, *l. un.* §. *ubi* 11. *C. de cad. toll.* Ratio est, quia cùm conjuncto ex persona deficientis portio defecta deferatur, potest eam non admittere, quoniam deficiens potuit: ea autem admissa, etiam onus ei adjunctum subire debet, *arg. l. qui in jus* 117. *de reg. jur.* Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet, quàm consequitur alienum, ut huic potius non decrescere videatur; sic enim Justinianus disputat in *d. l. un.* §. *ubi* 11. *vers. sin vero*, & facit *l.* 4. *de legat.* add. Gomez. 1. *resol.* 10. *n.* 42. Bart. & comm. DD. *in d. l. un. & in l. re conjuncti* 89. *de legat.* 3. Duar. *de jur. accresc.* 11. Jure veteri fuit in hac quæstione nonnulla in legatis ipsis differentia: nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat; si per damnationem, manebat penes hæredem: at utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim, singulis solidum debebatur, sed in legato vindicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes Ulp. *tit.* 24. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. atque ex parte Justinianus *d. l. un.* §. *ubi* 11. Hæc differentia etsi novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocumque genere legati & quocumque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum, quæ non satis accuratè ad normam novi juris à Compilatoribus descripta sunt: quod est maximè, quod hanc quæstionem tam perplexam facit. VINN. Nec tamen in universum per legem Papiam sublatum jus accrescendi, quod visum Em. Merill. *Var. Cujac. lib.* 1. *cap.* 39. Noluit enim, si post apertas tabulas aliquid deficeret: valuit si collegatarius haberet liberos: valuit in usufructu, aliisque casibus, de quibus Jan. à Costa *ad* §. *ult. Inst. de SCto Orphit* & Jac. Gothofr. *ad L. Jul. & Pap. Caduc. c.* 19. HEIN. Porro autem cùm non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti sunt) locus sit juri accrescendi, nec olim etiam fuerit, inde nata quæstio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l. triplici.* 142. *de verb. sign. & l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. ex cujus disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes,

5

6

nes, qui ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est. Cæterum hos solos, non alios, ac proinde nec eos, quibus rei diversæ, quamvis una ratione, *l. hujusmodi.* 84. §. *pen. de legat.* 1. nec quibus res eadem à diversis testatoribus, *l. si sub conditione.* 16. *quib. mod. usufr. am.* nec quibus separatim partes ejusdem rei legatæ sunt, *l.* 1. *in fin. pr. de usufr. accresc.* jus
7 conjunctionis aut accrescendi habere. Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eamdem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur, *d. l. triplici.* 142. *&* *d. l. re conjuncti.* 89. in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantùm, quorum scilicet singuli separatim, seu diversis orationibus ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, *Titius hæres esto. Sejus hæres esto. Titio fundum Tusculanum do, lego: Sejo fundum Tusculanum, aut eumdem fundum do lego*; alii re & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit, ut, *Titius & Sejus hæredes sunto. Titio & Sejo fundum Tuscularum do lego*: alii denique verbis tantùm, qui eadem oratione ad eamdem successionem aut rem vocantur, additis his verbis, *æquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus hæredes sunto æquis partibus. Titio Sejo fundum illum æquis partibus do lego.* Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere; nam ubi jus conjunctionis, ibi jus est accrescendi, & contra, *l. si sub conditione.* 16. *quib. mod. us. am.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est, quàm ut sciremus, inter eos, qui conjuncti sunt jus accrescendi esse, inter alios non esse; quamvis sint, qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes conjunctos non æquè conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores: & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantùm, oratio separat: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l. planè.* 34. *in pr. de legat.* 1. *l. hæredes.* 63. *de hær. inst. l. un.* §. 10. *& seq. C. de cad. toll.* & apud Ulp. & Cai. Estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur & oratione separatos excludant, *d. l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. *d. l. hæredes.* 63. *de hær. inst. d. l. un.* §. *his ita.* 10. *vers. fin verò.* ubi etiam hujus rei ratio affertur. Planè si testator plures una oratione comprehenderit, non eo animo, ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet, tum si quis ex his defecerit, cæteri non plus in hujus portione juris habebunt, quàm alii, qui apertè oratione sejuncti sunt, *l. si quis.* 66. *de hær. inst.* Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit; si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æquæ & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *l. legata.* 19. §. *ult. l. servum.* 67. §. 1. *de legat.* 1. Si conjuncti & disjuncti commixti sunt, conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes, quàm unus ex disjunctis, *l. planè.* 34. *in pr. d. tit. d. l. un.* §. *his ita.* 10. Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione usufructus quædam sunt peculiaria, quæ à nobis notata sunt sub §. *ult. sup. de usuf.* Attigi strictim pleraque omnia, quæ in hac materia visa sunt cognitu maximè necessaria, quibusque perceptis res tota utcumque intelligi, & de plerisque controversiis judicari poterit, nonnulla etiam latius declarabo inferius.

Eadem res) Quod obiter antea tetigimus, hic prolixius explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi, nisi ad eamdem rem plures vocati sint, aut, quemadmodum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit; inter diversarum rerum legatarios non esse, sive singulis legetur separatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do lego: Mævio Pamphilum do lego*, sive etiam una ratione conjunctim, ut, *Titio, & Mævio singulos servos do lego, l. hujusmodi* 84. §. *pen. de legat* 1. Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto: *Mævio fundi illius partem dimidiam, Sejo partem dimidiam do lego*, non intelligitur res eadem legata, sed altera atque altera, & diversæ singulis; ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium, sed ad hæredem pertinet, *l. in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt divisæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l.* 5. *de stip. serv.* Neque obstat, quod ex duobus hæredibus, quorum unus institutus sit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accrescit alteri, qui ex sua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui solus sit hæres, ejusdem hæreditatis partem habere possit, partem non habere, *l.* 1. *l.* 3. *de acq. hær. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. tol.* At nihil prohibet, ejusdem fundi partem di-

dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hæredem. Illud frustra objicitur, quod nemini concessum est ejusdem rei sibi legatæ partem velle, partem nolle, *l. 4. de legat.* 2. Nam in proposito cùm pars tantùm singulis legata sit, qui partem suam agnoscit, totum quod sibi legatum est, agnoscit: quod si partem tantùm partis suæ amplecti vellet, & reliquum repudiare, hìc ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis; hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert, toties jus esse accrescendi, quoties ex duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res diversa est, *l. 3. in pr. de usuf. accr.*

Sive conjunctim sive disjunctim) Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur: disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eamdem rem vocantur: ut hìc sunt plures enuntiationes, illic una copulata, *d. l. un.* §. *his ita.* 10. & §. *seq. l.* 1. §. 3. *de usufr. accr. l. si pluribus.* 33. *de legat.* 1. indeque est, quod alii conjuncti, alii disjuncti passim dicuntur. Cæterum conjunctio hæc & disjunctio ex verbis potius quàm ex re æstimatur, cujus respectu omnes conjuncti sunt, quibus res eadem legata, licet disjunctim: & hi sunt, qui in specie re conjuncti appellantur, *l. triplici.* 142. *de verb. l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. quod & supra notatum est, & simul observatæ nonnullæ inter hæc genera differentiæ, cùm de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cùm permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum) Hoc alibi sic dicitur, *concursu partes faciunt*, aut *concursu partes habent*, *l. 3. de usufr. accr. l. planè.* 34. §. *sed si.* 10. *de legat.* 1. *l. conjunctim.* 80. *de legat.* 3. *l. 7. C. de legat.* Estque hoc certissimum argumentum, in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim, sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cùm dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemque solidum petere posse, non expectato casu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un.* §. *ubi autem.* 11. *C. de cad. tol. l. si pluribus.* 33. *de legat.* 1. quo in loco valde conspicua sunt emblemata Triboniani: sed habere solidum, considerato eventu alterius deficientis: idque ex voluntate testatoris. Omnino enim credibile est, testatorem ad hunc eventum respexisse, atque ideo re conjunxisse singulos, seu singulis eamdem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cùm absque eo foret, ut pars deficientis rediret ad hæredem. Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utrisque concurrentis, partes habere rectè dicuntur: easque etiam in hunc eventum habent ex voluntate testatoris, quæ hìc manifesta est, cum utroque concurrente, quod utrique futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur, non totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum, qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concursu faciunt; quales sunt, quibus partes tantùm ab initio assignatæ. Cæterum quod tam conjunctos, quàm disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. planè.* 34. *si conjunctim.* 9. *de legat.* 1. expressè scribit, si conjunctim res legetur, partes ab initio fieri: nec solùm partem facere eos, in quorum persona consistit legatum, verùm eos quoque, quorum in persona non constitit. Hunc locum obstare non putant, qui non in- 11
telligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minimè obscurum est. D. Gothofredus in notis ad *d.* §. *si conjunctim.* 9. scribit, *partem facere, non quorum personæ in divisione partem accipiunt, sed cùm ejus, qui deficiat, aut incapax est, pars conjuncto accrescit*, contra manifestam *d.* §. sententiam & perpetuum usum juris auctorum, quibus partem facere est facere, ut quis partem tantùm habeat in eo, quod totum habiturus esset; si solus esset, aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut constat ex *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *l. qui repudiantis.* 77. *de inoff. test. l.* 7. *de reb. dub. l. hujusmodi.* 84. §. *si Titio.* 8. *de legat* 1. *cum simil.* Et igitur perspicuè etiam errat Goveanus, qui *lib. de jur. accr. n.* 6. & 7. scribit, eos qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accrescendi excludatur, necesse esse partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eos dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur, sed quia utroque solidum vidicante res inter eos scinditur. Tot errores, & errores conspicui, quot

pe-

pene dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio non habent, in his dici non potest, partes ab initio fieri, sed tantùm concursu; quæ perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est partes habere ab initio, quàm partes ab initio fieri? Utroque enim significatur, alterum hoc casu solidum habere nunquam posse, seu quod idem est, juri accrescendi non esse locum: & quamvis qui partem facere dicitur, non concurrat, aut concurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur, ac si concurrisset, suamque partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu: quod in tanto viro vix ferre possum. Postremo illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulos conjunctos solidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet, quàm delatum est: at in eventum, quo uterque concurrit singulis non solidum, sed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant, Faber. *decad. 49. err. 9.* Quamobrem miror, D. Svvanemburgium
12 locum hunc Goveani notatu tam dignum existimasse ut eum integrum verbis Goveani descripserit *cap. 8. tract. de jur. accrescend.* Quid ergo respondemus ad d. locum Ulpiani in *l. planè. 34. §. si conjunctim. 9. de legat. 1.* ubi tam disertè Jurisconsultus ait *conjunctis partes ab initio fieri*? Ant Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis, restringit ad verbis conjunctos tantùm, qui effectu ne conjuncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum: ut adeo dicamus, de iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate mansissent; vel accrevissent conjuncto; nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accrescebat nisi post diem legati cedente (cedebant autem demum ab apertura tabularum) legatarius decessisset, aut tempore facti testamenti non fuisset in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non scripto habebatur, *l. unic. §. 1. & seqq. C. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod est *in l. hujusmodi. 84. §. si à Titio. 8. de legat. 1.* Planè illud concedo, disjunctis apertius atque expressius solidum ab initio assignari, quàm conjunctis, utpote quibus ipsa conjunctione quodammodo partes attribui videantur; quod considera vit Justinianus *d. l. unic. §. ubi autem. 11.* sed tamen nec disjunctis solidum simpliciter datum dici potest; alioqui non concursu res divideretur, sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

Si alter deficiat) Non potest dici deficere, in cujus persona legatum numquam constitit: veluti si quid ei datum sit, qui quo tempore testamentum condebatur, in rebus humanis non erat puta diem suum functus, cùm id testator ignoraret: aut ei, quicum testamenti factio non est, sive incapaci, puta deportato aut peregrino. An igitur si alter è conjunctis autem testamenti tempore jam mortuus sit, aut capere ex testamento nequeat, partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem, qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse, testatur Justinianus *d. l. un. §. 3. C. de cad. toll.* Porro autem, & quod ei, qui capere non poterat, conjuctim cum alio relictum erat, in eadem causa fuisse, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æquè quàm illud pro non scripto habebatur, *arg. l. 1. C. de hær. inst.* quod tamen non aliter processisse, quàm si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. planè. 34. §. si conjunctim. 9. de legat. 1.* ubi Jurisconsultus ait, etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non consistit, conjuncto partem facere, innuens, ut paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum) Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. tit. 24. §. 11. & seq.* ubi scribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum est, in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos esse pares.

Vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo) Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui è conjunctis vivo testatore decesserat, vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum, aut deportatione, ut ex d. loco Ulpiani manifestum est: idque quod huic relictum erat, dicebatur esse in causa caduci, *d. l. un. §. 2. C. de cad. toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eamdem rem accrescit sine discrimine generis legati aut modi legandi, *d. l. un. §. 4. §. 10. & seq.* Verùm quid

quid si unus decesserit testatore jam mortuo? Ego existimo, hoc casu nihil conjuncto accrescere; sive legem Papiam spectes, sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas decessit, & pars ejus ex lege fit caduca; aut post aperturam tabularum, ex quo legati dies ex lege cedit; & hic quidem, quod ei adscriptum est, non fit caducum; jam enim ei debere cœpit: cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hæredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l. 5. & poss. quand di. leg. ced.* & textus est in *l. 4. in fin. pr. de alim. leg.* Ex constitutione autem Justiniani, cui placuit diem legatorum statim cedere à morte testatoris, effectum est, ut idem juris nunc sit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut scilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accrescat collegatario, sed ad hæredem similiter transmittatur, quemadmodum, si solus esset, totum transmitteret, *per d. l. un. §. in novissimo.* 5. Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

Totum ad collegatarium pertinet) Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantùm, vel tantùm disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti conjuncti, & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus sic ut in divisionem omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. planè* 34. *in pr. de legat.* 1. *l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. *d. l. un. §. his ita.* 10. *C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit, accrescit cum onere, quod disjunctis, sine onere, *d. l. un. §. ubi autem.* 11. *sub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Quod in his, quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solùm utitur exemplo re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent verbis tantùm conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Govean. *n.* 29. Hotom. 6. *obs.* 12. Ant. Fab. 6. *conj.* 1. & *dec.* 49. *err.* 4. D. Svvanemb. *de jur. accresc. cap.* 8. Sed sanè hoc argumentum perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam, nulla hoc loco est conjunctorum inter se oppositio; sed conjunctorum, id est, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorum, quibus quid legatur orationibus diversis, ut licet in exemplo proposito Titius & Sejus sine re & verbis conjuncti, tamen ut tales hic non considerentur, sed ut conjuncti simpliciter: ac proinde hic locus potius contrariam sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali conjunctione juri accrescendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitus inquirere. Illud pro confesso habendum 15
atque omnino retinendum est, nullos esse conjunctos, ad quos quidem jus accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti, sive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii, quibus res diversæ relictæ sunt, quamvis una oratione pro conjunctis hic habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do, lego*: utut verbis conjungantur, *l. hujusmodi.* 84. §. *pen. de legat.* 1. neque ulla, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantùm ejusdem rei singulis simpliciter datæ: ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi esset, *l.* 1. *in fin. pr. l. pen. de usu accres.* Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantùm conjuncti, qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum, non sint simul re conjuncti, ex superiore definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re quoque conjuncti sunt, ut ecce in hoc exemplo, *Titio & & Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do, lego*, constat, Titium & Sejum verbis conjunctos esse & appellari: sed jus accrescendi inter eos verborum conjunctio parere non potest, si non etiam accedat conjunctio ipsius rei. Non esse re conjunctos; ipsa appella- 16
tio statim à principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantùm conjuncti, *l. triplici.* 142. *de verb. sign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. Idem videtur ostendere expressio partium singulis attributarum: nam ut hæ partes indivisæ sint; sunt tamen diversæ, ut dici non possint re conjuncti, aut singulis relicta eadem res. Denique non est realis conjunctio, nisi inter eos, qui solidum ex judicio defuncti habent: verbis autem conjuncti non solidum, sed partes habent, easque expressas verbis testatoris, ut proinde & partes ab initio facere, *l. planè.* 34. §. *si conjunctim.* 9. §. *de legat.* 1. & semper partes habere dicantur, *l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tusculanum do, lego ex æquis partibus*, is utique utrumque conjungit in eamdem rem, dum simul & semel eumdem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio: nam etsi hæ partes non exprimuntur, tacitè tamen significantur enumeratione persona-

rum, *l. cui fundus. 56. de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur, tamen si exprimantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius. 69. de hær. inst.* ut omnino verum sit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos à conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æquè exprimantur, in his non item: judicio autem defuncti pari jure censeri, *arg. l. 16. in fin. de legat.* 1. Sed cur igitur dicuntur verbis tantùm conjuncti, conjuncti verbis, non re? Non quia verè verbis tantùm conjuncti sint, re planè disjuncti: sed quia tales videntur in comparationem re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum, quæ sola hæc genera separat, & adscriptis æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diversas facere videtur; quod tamen non ita est, si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio cum pariter ad eamdem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur, si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum: idque adeo verisimum esse ostendit *l. conjunctim. 80. de legat.* 3. ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse *tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri.* Quæ definitio, cùm generalis sit, dubitandum non est, eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expressè partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente ejus à sic prudentibus acceptum, non quod duobus, verbi gratia, ita conjunctis, simpliciter velit singulas partes adscriptas atque in omnem eventum habere, etiamsi non conccurrant; sed quòd cùm sciret, si concurrerent ambo, quod & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit, quid in hunc eventum singuli habituri essent. At si unus deficiat, etiam in verbali conjunctione sic mentem testatoris acceptam, quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec ob aliam causam ad eamdem rem utrumque vocaverit, quàm quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit, quàm hæredem suum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l. re conjuncti.* 89. Ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto. Respondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus eo loco, docendi gratia, distinguit verbis conjunctos à conjunctis & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur: quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum; re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod verò apud Ulpianum scriptum est, si conjunctim res legetur, partes *ab initio* fieri, *d. l. planè. 34. §. si conjunctim. 9. de legat.* 1. id tam ad verbis re simul conjunctos pertinet, quàm ad conjunctos verbis tantùm: ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujusmodi. 84. §. si à Titio. 8. eod.* In *l. 7. de legat.* 2. apertè Jurisconsultus loquitur de legato damnationis: eodemque pertinere principium *l. 16. de legat.* 1. arguit ejusdem *l. §. ult.* Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere; quippe cui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidum legata est, sic ut partes concursu habent, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressa, sive ex tacita, *l. 4. de usufr. accr.* Atque hæc communis est sententia, probata quoque Duareno *lib. 1. de jur. accr. c. 10.* Baroni *in comm. ad hunc §.* Donello. 7. *comm.* 13. & 8. *comm.* 21. Gœd. *ad l. triplici.* 142. *de verb. sign. num.* 12. Confirmatur hæc sententia primum aperto tex- 17
tu *l. 16. §. ult. de legat.* 1. ubi non solùm qui re & verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est, conjunctis verbis tantùm; *arg. d. l. triplici.* 142. non concurrente altero, totum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure quàm is, qui re tantùm conjunctus est, *d. l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem: & præposterum est, quod Ant. Fab. *dec.* 86. *err.* 89. respondet verbis conjunctos, licet per se re disjuncti sint, ex accidenti tamen & postfacto etiam re conjunctos fieri, concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur. Nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eamdem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus, considerari ut ab initio sententia testatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit, quod à Javoleno responsum est, in hac specie, si testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eumdem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio solùm, sed etiam Titio accrescere, *l. Mævio. 41. in pr. de legat.* 2. Nam Mævius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantùm, verbis inter se separati: quod ipse Jurisconsultus expresè testatur. Ait enim, separatim

&

& partes fundi & totum legatum esse: apparetque, legatum hoc sic à Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti: Titius autem cum his in eamdem dimidiam, quia cui totus fundus legatus est, utique & eadem dimidia legata intelligitur, cùm verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint: similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alter ususfructus ejusdem fundi legatus, *l. si alii* 19. *de usuf. leg.* quod plenius & eleganter explicat Don. in *epist. ad Albert. Gent.* insertæ opusculis Donelli posthumis. Postremo cùm nullus alius conjunctionis in hac quæstione sit effectus, quàm ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus? Non obstat communi sententiæ, quod Celsus *l. & Proculo* 20. *de legat.* 2. respondit, servo communi quod legatum est, id si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio est, ut ipsa textus verba evincunt, & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur, fortuitumque est, quod æquales singuli habeant. At verò non est jus conjunctionis nisi inter eos, quos testator in eamdem rem conjunxit æqualiter. Magis obstare videtur *l. pen. de usuf. accr.* ubi minimè obscurè Papinianus pronuntiat, re separatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legato; sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate; utpote quæ difficilius accrescit, quàm ususfructus, *l.* 1. §. 3. *d. tit.* Sed bene mihi videtur respondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cujus ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorum hæredum à quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & planè confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba, *cùm alius ab alio hærede usumfructum vindicet.* Bene autem Papinian. negat, in hujusmodi specie legatarios in eamdem rem conjungi, cùm partes hæreditariæ prius divisæ sint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo casu, quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est, sed hoc verbis Papiniani minimè convenit. In hæreditate huic quæstioni non est locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat, partem habere, partem repudiare permittit: & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit: quamquam illud etiam in hæreditate quæri potest, ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expediet: plura tamen qui desiderabit, adire poterit DD. *in d. l. re conjuncti* 89. Gomez 1. *res.* 10. Graff. §. *jus accrescendi.* Ant. Fab. *dec.* 49. *&* 50. Christin. *vol.* 1. *dec.* 312. *&* 2. *seq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duar. Govean. Ant. Fumæum, Jo. Suev. Corn. Svvanemb. D. Grotius *lib.* 2. *manuduct.* 23. scribit, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus præcipuè rationem haberi, quod proprius abesse videtur à sententia & mente testatoris: idque æstimari non ex verbis tantùm & rei pretio, verùm etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris, tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l.* 57. §. *ult. de usufr. l.* 16. §. 2. *de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l.* 16. *de acq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l.* 33. *in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit, ut rectè Cujac.

TEXTUS.

Si legatarius proprietate fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit.

9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, recte eum agere & fundum petere, Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

NOTÆ.

9. *Quia ususfruct. servitutis locum*) Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *l.* 10. *l.* 19. *de usufr. leg. l.* 58. *de verb. obl.* R. in casu proposito eo verbo nudam dumtaxat proprietatem significari, ut usufr. intellectu à fundo separetur, & tamquam servitus consideretur: quoniam proprietas, quæ adest ex causa onerosa adhuc abesse intelligitur, *l.* 14. *de verb. sign.* fac. *l.* 25. *eod.* junct. *l.* 66. *de judic.*

Jubeat æstimationem præstari) Judex tanti rem æstimabit, quantum actori aberit, *d. l.* 82. §. 2.

2. Itaque habemus hic casum, quo condemnatio fit in rei petitæ æstimationem: quod interdum necessarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1 *Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam* §. 6. *sup.*
2 *Quæ sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur?*
3 *Interpretum error circa ejus explicationem notatus.*
4 *Ant. Fabri opinio confutata.*
5 *Non esse novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem.*

1 HIc locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. *si res aliena* 6. ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit, interesse, utrum pervenerit ex causa onerosa, an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extingui, sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi; hoc casu contra, legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eamdem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto ibi traditum est, id etiam valet in partibus, ut, si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit, detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex causa lucrativa, perinde hoc habendum, ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit; tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet, *l. Mævius* 66. §. *pen. l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *de leg.* 2. *l. qui usumfructum* 58. *de verb. oblig.* Cæterum in hac specie nihilominus fundum rectè peti, nec plus quàm oportet, ea petitione contineri intelligi, tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l. non quocumque* 82. §. 2. *de legat.* 1.

2 *Rectè eum agere & fundum petere*) *Rectè*, id est, *impune*, *sine metu cadendi causa*; quæ pœna est eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. *si quis agens* 33. *inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum hærede simpliciter intendere, fundum sibi dari oportere, etiamsi nudam dumtaxat proprietatem emerit, usumfructum adeptus sit gratis; neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere, quàm oporteat. Fundum, inquam, ipsum, non διατίμησιν, æstimationem, ut male Theophil. & Pac. quod arguunt sequentia.

Quia ususfr. in petitione servitutis locum obtinet) Poterat objici, immo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque apertè plus petere, si simpliciter fundum petat; quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *l.* 10. *l. si alii* 19. *de usuf. leg. l. qui usumfructum* 58. *de verbor. obligation.* ac proinde tanto plus, quàm oportet, eam petitionem complecti, quanto pluris æstimari constat plenam proprietatem, quàm nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait, usumfructum in proposita petitione servitutis locum obtinere. Quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, eum qui fundum petit, etsi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantùm proprietas designata intelligatur, seu fundus, quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tamquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cùm & alias, cùm ususfructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l. rectè* 25. *de verb. sign.* Hæc interpretatio cùm petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. si quis* 66. *de judic.* Scio longè aliter hunc locum ab aliis explicari: sic enim fere cæteri existimant, quod Justinianus hic ait, legatarium rectè agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium rectè, id est, strictæ rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amissionis causæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & usumfructum comprehendat, aut posse eum ipso jure petere solidi fundi æstimationem; & quod mox pro ratione Justinianus affert, usumfructum in ea petitione locum servitutis obtinere, id sic accipiunt, quasi dixisset, quia ususfructus non jure partis, sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor, me hæc capere non posse. Neque enim intelligo, quo colore defendi possit, legatarium in proposito rationi juris conve-

venienter agere hoc modo : *Ajo, te mihi fundum Sempronii, legatum mihi à Titio, dare oportere*; ut hæc sit formulæ illius intentio, *Ajo, te mihi dare oportere & proprietatem fundi & usumfructum aut solidi fundi æstimationem.* Sive in ea intentione consideretur ususfructus ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut à proprietate separatus & tamquam servitus. Nam si illo modo accipias, manifestum est, petitione id contineri, quod jam habet ex causa lucrativa, & ita obstare regulam juris, quæ non patitur, duas causas lucrativas circa eamdem rem & personam concurrere: si hoc modo, adhuc dico, id ipsum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate: aut si tu neges, fatendum tibi erit, peti quod legatum non est. Immo verò nego, unquam eum, qui fundum petit, posse intelligi usumfructum jure servitutis petere. Quicumque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l. 5. in pr. si usufr. pet.* aut nudam, *l. rectè dicimus 25. de verb. sign.* Denique non rectè in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, satis apertè, ut mihi videtur, probat, quod apud Julianum in *d. l. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* 1. notat Marcellus; ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit, aut donata, idem esse, quod in specie proposita à Juliano, & ideo me partem dumtaxat petere debere. Quibus verbis non obscurè innuit, nec in præcedenti specie Juliani solidum rectè peti: alioqui species, quam proponit Marcellus, ut similem Juliani, longè esset dissimilis. Ant. Faber *6. conj.* 8. nec hoc
4 quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum rectè peti, utut ea intentione nuda proprietas petita esse intelligatur; quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum est, amplius meum fieri non potest. Sed ut supra in §. 6. ostendimus, quod ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, interpretatione juris perinde habetur, ac si non pervenisset, propter pretium, quod ei abest, *l. 14. de verb. sign.* & refellit Fabrum *l. ex promissione 19. de obl. & act.* ubi disertè Julianus scribit, eum, qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eamdem ex causa lucrativa petere: tum etiam manifestè locus Marcelli modo citatus. Nam si partem fundi, quam ex causa onerosa consecutus sum, rectè peto, cur prohibear proprietatem petere, quæ ex tali itidem causa apud me est? Cætera, quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat, assis non æstimo.

Sed officio judicis continetur, &c.) Quamvis 5
ratio judicii hoc exigat, ac proinde regulare sit, ut condemnatio fiat in rem ipsam, quæ petita & in judicium deducta est, *l. ut fundus 18. com. div.* evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem: veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta sit, *l. si ex legati 23. de verb. obl.* item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit, aut venalis quidem, sed immenso pretio, *l. 14. §. ult. de legat. 3.* vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l. ex promissione 19. de obl. & act. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. de legat. 1. §. si res 6. sup. eod.* Idemque est, si creditor partem, quam ex simili causa nactus est, petat, *l. non quocumque 82. §. 3. de legat. 1.* in casu proposito, ubi fundo alieno legato fundi proprietas, quæ ex causa onerosa apud legatarium est, petitur, *d. l. non quocumque 82. §. 2.* Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præstet deducto usufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet: sed ut præstet fundi deducto usufructu æstimationem; hoc est, ut tantam pecuniam legatario det, quantum ille venditori pro fundi nuda proprietate persolvit. Julianus hoc sic expressit, *Judex tanti litem æstimabit, quamtum actori aberit, d. l. non quocumque 82. §. 2.*

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec æstimatio ejus.*

NOTÆ.

10. *Licet alienaverit eam*) Propter definitionem regulæ Catonianæ, *d. l. 41. §. 2.* cui obstat, *l. 1. §. 2. de reg. Cat.* nisi dicamus verbis illis, *si eum vivo testare alienaveris*, conditionem significari, ad cujusmodi legatum regula non pertineat, *l. 3. & 4. eod. l. 98. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1 *Celsum videri à cæteris dissensisse circa casum, quo legatarius rem suam sibi legatam vivo te-*

testatore alienaverit : tentatur tamen conciliatio.

2 *Quomodo temperandum quod dicitur rem suam nemini rectè legari.*

SED *si*) Particula hæc videtur arguere, hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in §. *præc. & §. si res aliena. 6. eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est; ita hic de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res, quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata aut potius per fideicommissum relicta sit, docebitur *inf.* §. 1. *de sing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Justinianus, tale legatum inutile esse, propterea quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominum acquirat, *l.* 3. §. *ex pluribus.* 22. *de acq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, *l. nemo.* 82. *de verb. obl. l.* 16. *de contr. empt.* Idem rescriptum est in *l. propriis.* 13. *C. de legat.* & responsum ab Ulpiano *l. cætera.* 41. §. *de legat.* 1. Quamobrem nec res nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est *in fin. hujus* §.

Et licet alienaverit eam) Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur, legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, *l.* 1. *in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp. *d. l. cætera.* 41. §. 2. Aliud tamen Celsi judicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse à cæteris, existimant Cujac. Hotom. Bachov. per *d. l.* 1. §. 2. ubi sic Celsus scribit: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur si testator statim decessisset.* Et sanè locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed tamen videamus, quid obstet, quominus verba illa, *Si eum vivo testatore alienaveris*, dicamus esse testatoris, non Jurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum, quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario: nec perpetuo observatur, *l. si stipulatus.* 76. *in pr. & §.* 1. *de verb. obl. l.* 1. §. *in honorariis.* 10. *de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l.* 4. *de reg. Cat. d. l. cætera* 41. §. 2. *de legat.* 1. ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati à Celso proponi tamquam exceptio regulæ, in quo definitio Catonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species in §. 1. *d. l.* 1. *eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regula Celsus excepit. Denique difficulter adduci possum, ut credam, in diversis Jurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quasi in re certa minimèque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit, ineptè Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu, æquè ineptè & prius exemplum à Celso excipi. Verùm ego puto, quod nescio, an quisquam alius animadvertit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cùm conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiusculè vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut contra quàm regula definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent. Cæterum meminerimus quod initio dictum est, rem suam nemini rectè legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfectè legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui reipub. causa aberat, usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sit, postea evincatur, rectè ex testamento petam, eam mihi dari oportere, *l. non quocumque.* 82. §. 1. *de legat.* 1. Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusim, superficiem, aut pignus testatori aut alii in re legatarii constitutum; rectè ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. senatus.* 43. §. *ult. l. si domu.* 71. §. *pen. l. si tibi.* 86. *in pr. & §. ult. de legat.* 1. *l.* 1. §. 1. *de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum sit, si alius in ea re usumfructum habeat, *arg. l. cum filius.* 76. §. 2. *de legat.* 2. licet dissentiat Accurs. propter textum in *l. Mævius.* 66. §. *pen. in fin. de legat.* 2. Quo in loco vitiosè legitur *propter istas causas*, cùm legendum sit *præter*, ut bene Cujac. *lib.* 5. *ad Afric. in l. etsi.* 25. *de vulg. & pup. subst.* observavit. Et nonnullis in exemplaribus legi tes-

testis est Donell. 8. *comm.* 11. In quibusdam editionibus *præter* in margine adscriptum vidi. Postremo si nec ea res testatori debita sit; nam debitori quod debet, rectè legatur, licet dominus ejus rei sit, *l.* 1. *in. pr. de lib. leg.* vid. *inf.* §. *si quis debitori.* 13. VINN. Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic sensus esse. Dixerat Papinianus, fundo legato etiam usumfructum rectè peti, itemque tuendum fundum, si oppignoratus sit, præstandam possessionem, si alius possideat. Ne quis autem existmaret, idem etiam locum habere, si res nostra nobis legata sit, addit; *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas caussas non valebit.* Id est, uti rectè interpretatur Osvv. Hilliger. *Donell. Enucl. Lib.* 8. *cap.* 2. non licebit ex superioribus argumentum ducere. Et hinc assentiri non dubito Accursio. Inter pignus enim & usumfructum multum interest. Rem meam oppignoratam recipere non possum, nisi soluto ære alieno: ususfructus ad me redit, mortuo usufructuario, vel ex aliis caussis. HEIN.

TEXTUS.

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

NOTÆ.

11. *Plus valet, quod in veritate*) Ratio hæc potius ad casum sequentem pertinet: nam hoc priore casu etsi verum esset, alienam rem legatam esse, tamen legatum valeret: quoniam si suam esse testator scivit, multo facilius eam legasset, per ea, quæ *sup.* §. 4. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Male ad priorem speciem hujus* §. *accommodari regulam*, Plus valere, quod in veritate, *&c. & qua ratione isto casu sustineatur legatum.*

2 *Prædictam regulam pertinere ad casum posteriorem, atque eos actu tantùm, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUpra §. 4. audivimus, si testator rem alienam suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegesi posita & declarata. Quod si quis rem hæredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, *l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Hic ex converso docemur, quid juris sit, si testator rem suam legavit quasi alienam: item quid si legavit suam, cùm crederet eam esse legatarii, placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit quasi hæredis, *arg. d. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8.

Nam plus valet, quod in veritate, &c.) Puto 1
rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animadvertit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cùm quis rem suam quasi legatarii legavit. Nam non rectè hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quàm opinabuntur, verum est, testatorem rem suam legasse, quoniam etsi opinionem attendas; aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Et verò in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato; nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredem que suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse *d. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2.

Sed & si legatarii esse putavit, valere constat) Ad hunc casum rectè accommodabimus regulam, *Plus valere, quod in re & veritate est, quàm quod in opinione.* Nam si hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, §. *præc.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos dumtaxat casus & actus pertinent: locum enim tantùm in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit id, in quo errat. Ut ecce, in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit, quominus rem suam legare potuerit: neque etiam quominus velle eam legatam existimari debeat; nisi quis dicat, quotiescumque res sua legatario legatur, ideo legatum non valere, quia animus legandi desit: quod verum non est. Neque enim ideo tale legatum inutile, quia voluntatem legandi testator non habuit: sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cùm quod alicujus jam est, id ejus amplius fieri non possit, §. *præc.* Hæc verò ratio cùm cesset, si non legatarii, quod testator falso existimabat, sed ipsius testatoris res esse deprehen-

hendatur, cessare quoque debet ista dispositio. Quod & ipsum Justinianus non obscurè significat, cùm ita infert, *quia exitum voluntas defuncti habere potest*. Ejusdem generis exempla, atque ad ea eamdem hanc regulam applicatam videmus in *l.* 4. §. 1. *de man. vind. l. pen.* §. *qui ignoravit* 4. *de jur. & facti ign.* In iis verò actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quàm quod in veritate, *l. is qui* 15. *& l. seq.* junct. *l. qui hæreditatem* 19. *de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit quominus fiat, quod fieri verè poterat, si quis sciret, quod in re est; ac proinde quod verum est, procedere non finit. D. Hotomannus sic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus posse opinionem.* Quod ego falsum esse puto. Nam etsi testator rem suam tamquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubiè legatum: è contra si in facto errans rem legatarii legaverit tamquam suam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri; & ideo legatarium cum hærede ejus agere posse, ut prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.*

NOTÆ.

12. *Si non adimendi animo*) Quod colligitur ex causa alienandi: nam si ea necessaria fuit, puta ex causa æris alieni, non creditur animo adimendi facta alienatio, *l.* 11. §. 12. *eod.* 3. si libera fuit, contra. Quomodo accipiendi textus in *l.* 8. *eod.* 1. *l.* 15. *de adim. leg. l.* 1. *&* 3. *de pecul. leg. &c.* aut si donaverit, nam in donationem non cadit istiusmodi distinctio, *l.* 18. *de adim. leg. l.* 34. *in fin. de aur. arg. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus ex rebus conjiciatur, utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, necne?*
2 *Responsum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*
3 *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

PErtinet hic locus ad *tit. seq. de ademp. leg.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere à priore voluntate videtur. Cæterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hìc oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, necne, ut si non sit, legatum adhuc peti posit. Quod hìc docet Justinianus.

Si non adimendi animo) Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi, quæ si libera planè fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cùm necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi id eum fecisse creditur, *l. rem legatam* 18. *legatum* 24. §. 1. *de adim. leg.* ac de hoc casu accipiendi textus in *l.* 8. *pr. de legat.* 1. *l. cum servus* 15. *de adim. leg. l.* 1. *&* 3. *seqq. de pec. legat.* §. *si quis ancillas* 17. *inf. item l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam interesse inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynsingerus est. Quod si causa alienandi necessaria fuit, id est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hìc contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non esse: & ideo legatum peti potest, nisi probetur, etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse. Probatio autem mutatæ voluntatis hìc ab hæredibus quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. *si rem.* 12. *de legat.* 3. quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienare, qui etiamsi maximè legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Cæterum distinctioni propositæ non parum obstare videtur responsum Scævolæ in *l. prædia.* 27. §. *liberto.* 3. *de instr. legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, Jurisconsultus sine dis-

distinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem hæredes aprobant. At vero si alienatio extra causam necessitatis facta argumentum est mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, nisi de contraria voluntate doceat libertus. Respondent nonnulli, in ea specie Scævolæ venditionem vini factam ante factum testamentum. Ego magis Ant. Fabro assentior, qui *lib.* 1. *conj.* 6. respondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum est; & maximè cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, *arg. l. quod vendidi* 19. *de cont. empt.* §. *venditæ* 41. *sup. de rer. div.* Planè pro qua parte pretium testator accepit, difficile dictu est, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptione summovendum esse.

Divi Severus & Antoninus rescripserunt) Neque responsum Celsi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatam* 18. *de adim. leg.* junct. *l. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. *de legat.* 3.

Qui prædia pignori dedit, ademisse legatum non videri) Pignoris datio etsi propriè alienatio non est, quippe cùm res pignori data in dominio debitoris manet, eique soluto debito restituenda sit, tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non al.* Cæterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem: neque enim pignus dari solet nisi ab eo, qui necessitate adductus est. Ut proinde rectè & superiori sententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus rescripserint, eum, qui rem legatam oppignorat, adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur, *non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare.* Extat rescriptum in *l.* 3. *C. de legat.* Enimverò audiendum nihilominus hæredem existimem, si paratus sit ostendere, animo adimendi rem à testatore pignori datam.

Cum hærede agere, ut prædia luantur) Hoc est, ut hæres de suo tantam pecuniam creditori solvat, in quantam prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præstet, *d. l.* 3. *C. hoc tit.* quod tamen accipiendum est secundùm distinctionem traditam sub §. *sed & si* 5. *eod.*

Si verò quis partem rei alienaverit, &c.) Hoc omnino præcedentibus est consequens: nam quod juris est in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de tota* 76. *de rei vind. l.* 82. §. 3. *eod.* Et ideo si pars tantùm rei legatæ alienata sit, pars, quæ non est alienata, semper debetur, *l.* 6. *l.* 8. *in pr. de legat.* 1. quæ alienata est, debetur, aut non debetur, prout eam animo adimendi aut non adimendi alienatam esse constabit.

TEXTUS.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab hærede ejus potest hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco sit. Sed & potest à debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ne hæres petat.*

NOTÆ.

13. *Neque ab hærede*) Nisi legatum personæ debitoris cohæreat, *l.* 8. §. 3. *de lib. leg.*

Petere) Cum effectu scil. quia petens exceptione doli repelli potest: ipso enim jure legato liberationis non dissolvitur obligatio, *dict. l.* 3. §. 3.

Ut liberet eum) Nempe per acceptilationem, *d. l.* 3. §. 3. *l.* 22. *eod.*

Ad tempus) Cujus legati quæ sit vis, disce ex Pomp. *l.* 8. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Liberationem debitori jam certo jure rectè legari.*
2 *Quis liberationis legatæ effectus?*
3 *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere?*

QUod Titius mihi debet, id & Sempronio rectè lego, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. sub* §. *tam autem* 21. *eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præsenti §. Respondet *tit. Pand. de lib. lege.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l.* 3. §. 1. *d. tit. fac. l. qui chirographum* 50. *de legat.* 3. *l. si servum* 44. §. *eum* 5. *de legat.* 1.

Legatum utile est) Liberationem debitori posse legari, jam certum est, ait Jurisconsul- 1

tus in *l.* 3. *pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur verò fuerit, significare videtur idem Jurisconsultus *l.* 1. *pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea quæ debent, rectè legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum propriè non est, quod est in credito, *l.* 27. §. 3. *l.* 34. *de aur. arg. leg.* Bohet. *in Top. Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim suspicari licet, fuisse antea, qui negarent ipsi debitori, quod debet, rectè legari: quia scilicet nemini res suas legari potest. Sed eorum opinio merito explosa est: nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantùm quod creditor habet, seu obligationem debitumve remissum.

2 *Neque ab ipso debitore*) Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitori liberatur: sed potest liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi, excipiendo, si debitum hæres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *l.* 3. §. *nunc* 3. *l. quod mihi* 22. *de l. legavi* 25. *in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur, hæredem petere non posse, *l.* 2. §. 1. *l. si quis* 15. *eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli.

Neque ab hærede ejus, neque ab alio, qui hæredis loco) Qualis est bonorum possessor, & is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est. Interdum tamen effectus hujus legati intra personam solius debitoris consistit, veluti si quis ita dixerit, *Hæres meus à solo Lucio Titio ne petito*: vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret personæ legatarii, ad hæredem ejus non transit; sicut nec ullum aliud jus personale ad hæredem transmittitur, *l.* 8. §. 3. *l. Aurelius* 20. *eod. tit.*

3 *Ad tempus jubere, ne hæres petat*) Potest hæres damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut hæres intra id tempus petens à debitore hæredeve ejus exceptione summoveatur. Cæterum debitor agere non potest, ut liberetur, *d. l.* 8. §. 1. nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuum obligationem tollit; nec pacto quod exceptionem perpetuam parit, cùm temporalem tantùm ex testamento habeat. Ut autem hæres paciscatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quàm jam habet, exceptionem scilicet temporalem. VINN. Quin & is præcipuus hujus legati effectus est, quod interea usuræ promissæ non debentur, *l.* 88. *ff. de R. J. l.* 117. *ff. de V. O.* HEIN.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum: si nihil plus est in legato, quàm in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei purè legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit; quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à quo incipere non potest.*

NOTÆ.

14. *Si nihil plus in legato*) Nam ut legatum consistat, necesse est in eo aliquid utilitatis ab initio versari, *l.* 29. *de leg.* 1. *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc.* Alias non ex testamento agitur, sed ex pristina obligatione, ὡς χρέος ἀπαιτεῖται, Schol. Theophil.

In diem, &c.) Vel si alio quocumque modo accidat, ut plus sit in legato, quàm in debito, *v. l.* 28. *& seq. de leg.* 1. aut creditoris interfit, ex testamento potius agere, quàm ex pristina obligatione, *l.* 11. *de lib. leg.*

Quia in eam causam pervenerit) In hac sententia videtur & Paulus fuisse, *l.* 82. *eod.* 2. qui tamen alibi fatetur, novum non esse, ut quod semel utiliter gestum est, duret, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset, *l.* 85. §. 1. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis accidat, ut plus sit in legato rei debitæ, quàm in debito?*
2 *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3 *Quando locus sit regulæ.* Quod semel utiliter constitutum est, durare, licet ille casus extiterit unde incipere non potuisset? *& quando locus regulæ contrariæ?*
4 *Pauli à Papiniano dissentientis sententiam à Justiniano improbari.*
5 *Jure C. & Inst. vix esse, ut non sit plus in legato, quàm in debito.*

UT consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter de-

definivimus, ex quo judicandum de legato, quod hìc proponitur, si quis creditori suo quod debet legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere possit, uti non potest; si nihil amplius est in legato, quàm in debito; legatum non valeat: sin verò emolumenti quid contineat, aut quacumque ratione plus in legato sit, quàm in debito, utile sit legatum, *l. si creditori. 28. cum l. seq. de legat. 1. l. Mævius. 66. de legat. 2. l. legavi. 25. sub fin. de lib. leg. l. 1. §. si quis. 10. ad leg. Falcid.*

In diem vel sub conditione debitum purè legetur) Hæc exempli tantùm causa proferuntur: nam longè pluribus modis, quàm his duobus accidit, ut plus sit in legato rei debitæ, quàm in debito; & totidem modis fit, ut legatum sit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat. 1 Ut plus in legato sit, quàm in debito, primum efficitur debiti repræsentatione, puta si id quod sub conditione aut in diem debetur, purè legetur: sic enim fit ut in legato plus sit tempore, *l. sin autem. 29. de legat. 1. & hoc text.* Secundo si quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hoc enim loco plus est in legato, quàm in debito, *d. l. 29.* Tertio ut plus sit in legato; sæpe efficit nova actio ex testamento; nempe si ea vel efficacior sit vetere, vel plenior. Efficacior est, si vetus removeri poterat, exceptione: quæ exceptio legato debito remissa creditori intelligitur, *d. l. 28. de legat. 1.* Plenior est, si vel diuturnior, ut si vetus actio est honoraria; ubi ideo legatum valet, quia honoraria actio sæpe temporaria, ex testamento civilis est & perpetua, *d. l. 28.* vel alias uberior; ut est actio ex testamento, quamvis alia actione stricti juris, propter incrementum usurarum & fructuum, *l. 3. l. usuræ. 34.* junct. *l. videmus. 38. §. si actionem. 7. de usur. l. 3. C. eod.* proinde si id, quod ex stipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, legatum utile est, *d. l. 28. §. 1.* Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris interest, ex testamento potius agere, quàm ex pristina obligatione. *l. 11. de lib. leg.* Erratque adeo perspicuè Vvesemb. cùm negat, ex eo solo videri plus esse in legato quàm in credito, quod nomine legati pinguor actio sit. Sed & in eo nonnihil commodi est, quod specie à debitore eodemque domino legatæ dominium statim in creditorem transeat, & pro sola actione personali etiam in rem habere incipiat, *l. 3. §. 2. de legat. 3.* Cæterum etsi hæc legata ob commoditatem novæ actionis sustinentur; quia tamen hæreditatem non minuunt, neque ipsa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti potest, *d. l. 28. §. 1. d. l. 3. §. 2.* Ubi verò commodum est repræsentationis, pro modo istius commodi Falcidia inducitur, & fideicommissum valet, *l. 1. §. si quis 10. ad. leg. Falc. l. 2. de dot. præleg.* Si exceptio metuebatur creditoris, fideicommitti potest, *l. 7. §. ult. de legat 3.* VINN. Potest & eatenus pinguius videri legatum, quam debitum quod quum ex hoc actio dumtaxat personalis competat, ex legato etiam nascitur actio hypothecaria, ob hypothecam legatario competentem in rebus defuncti, *l. 1. C. comm. de legat.* HEIN.

Propter repræsentationem) Id est, quia ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est ante diem aliud præstare aut solvere, vel antequam aliquid debeatur solvere. Sueton. *August. c. ult. l. 1. §. 2. de dot. præleg. l. Publius. 36. §. 1. de cond. & dem.* Cicero *epist. ad fam. lib. 16. ep. 14. Dies promissorum adest quem etiam repræsentabo, si adveneris.* Seneca *epist. ad Lucil. 95. Petis à me, ut id, quod in diem suum dixeram debere referri, repræsentem.* Gloss. *ver. repræsentare ἐν παρουσίᾳ ποιεῖν repræsentatio, ἐμπαρουσιασμὸς. Theoph.* omnemque accelerationem significat; ut in illis Ciceronis: *repræsentare improbitatem, lib. 16. ad Attic. epist. 2. repræsentare libertatem, 2. Philipp. cap. 46.* Sic Curtius *lib. 6. cap. 11. repræsentare consilium* dixit pro *ante diem exequi.*

Papinianus scripsit, ultile esse nihilominus legatum) Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti possit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus sit, aut fideicommissum creditori impositum exigere liceat; utpote sublata jam utilitate repræsentationis, quæ sola legi & oneri locum facit. *l. 1. §. si quis. 10. ad l. Falcid. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* Quod visum monere propter confidentiam Anton. Fabri, qui *lib. 4. conj. 12.* contra manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cùm dies venit, aut conditio extitit, & Falcidiæ locum dari, & fideicommissum deberi. Falso nimirum ille contendit, cùm dies aut conditio legatum facit. Falcidiam non in commodo repræsentationis dumtaxat, sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommisso gravari posse, temere id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1. §. si quis. 10. eod.* & Ulp. *in d. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* qui id disertè negant, nulla necessitate committens. Utique 2

nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommissum præstet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil consequitur, nullumque omnino commodum in re sentit, *fac. l. si creditori* 28. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Extat responsum Papiniani *l.* 5. *ad leg. Falc.*

Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam &c.) Hic iterum, ut *sup.* §. 11. occurunt duæ regulæ contrariæ, quarum una definit, *Quod semel utiliter gestum est, durare, etiam si ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset.* Altera contra, *Negotium extingui, cùm is casus postea incipit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat, non possunt simul esse veræ simpliciter & in universum. Immo neutra earum perpetua est, aut
3 vera in omnibus causis, *l. in ambiguis.* 85. §. 1. *de reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, à quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit; exempla suppetunt *l.* 8. *de his qui sui vel al. jur. l. oratione.* 16. §. *ult. de rit. nupt. l. donationes.* 31. *in pr. de don. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut impediat, quominus negotium rectè cœptum ad finem perducatur, placet, quod ante gestum est, resolvi: si non impedit, durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa, etiamsi ab initio utiliter constituta sint, non statim tamen ita plenè perficiuntur, ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur: reliquum enim adhuc est, ut hæres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum, qui testamentum jure fecerat, capite postea minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatum, aut ademptum. Dicimus, irritum fieri testamentum; nempe quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personæ testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem omnino, §. 4. *sup. quib. mod. test. inf. l.* 6. §. *irritum.* 5. *& seqq. de injust. rupt. l.* 8. §. 1. *& seqq. qui test. fac. l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Finge, servo alieno quid legatum esse, cumque servum postea à testatore redemptum; dicimus similiter, legatum extingui, quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere possit, *l.* 3. §. *ult. de his quæ pro non script.* Ejusdem generis exempla occurrunt, *l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *de verb. obl.* §. 2. *inf. de inut. stip.* §. *pen. inf. de noxal. act. l. falsus.* 43. §. *ult. de furt. l. pro parte.* 11. *de servit. l. si à me.* 11. *de judic. l. huic scripturæ.* 15. *in fin.* junct. *l. seq. ad leg. Aquil.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi, loquendive, aut bonis ei interdictum. Hic contra dicimus, testamentum, quod antea rectè factum erat, nullo horum casuum infirmari; quippe quia nec furor interveniens, nec auditur sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, utpote statum & fortunas suas testatore retinente, §. 1. *& 2. seqq. sup. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. §. 1. *l. is cui.* 18. *qui test. fac.* fusè Don. post. DD. vulg. in *d. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Cæterum non idem 4
omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet ex *l. existimo.* 98. *de verb. obl.* Atque in casu hic proposito, cùm quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo purè legavit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit. Paulus in *l. debitor.* 82. *de legat.* 2. apertè dissentit à Papiniano in *l.* 5. *ad leg. Falc.* Si demum jam mortuo testatore dies venerit, aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati; si vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici, quamvis ab initio constiterit. Contra Papinianus etiamsi vivo testatore dies venerit, &c. utile esse hujusmodi legatum scribit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequam dies aut conditio existat, testator mortuus sit: Papinianus unum tantùm hic tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendum, existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejecta Pauli Justinianus hic amplexus est. Tota disputatio hujus §. 1. quod Compositores ipsi non animad- 5
verterunt, hodie inutilis pæne & supervacua videtur: vix enim est, ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypotechariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti, *l.* 1. *C. comm. de legat.* ut proinde uno tantùm casu nunc accidere possit, ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando le-

ga-

gatarius creditor etiam extra causam legati jus pignoris habet, constitutum sibi jam ante vel à debitore, vel à lege, ut in specie §. proximè sequentis. VINN. Nemo hanc rem accuratius tractasse videtur Viro eximio, Jac. Gothofredo in *Comment. ad l.* 85. §. 1. *ff. de R. J. p.* 391. ubi regulas has ita conciliat: 1. *Quæ ex præsenti vires capiunt, quæque non tantum ab initio semel constiterunt, verùm etiam utiliter constituta sunt, quorumque DIES utiliter ante casum existentem CESSIT, ea durant, etsi casus extiterit, à quo initium capere non possent*, nisi rei aut personæ statu essentialis ita mutatus fuerit, ut jam adimpleri res nequeat. 2. *Quæ ex præsenti vires non cœperunt, vel quamvis consistant, non tamen* CONSTITUTA *sunt ante casum existentem, denique quorum* DIES *nondum* CESSIT, *ea evanescunt, emergente casu, à quo initium capere non potuerint.* Ex his duabus regulis egregie solvi quæstiones singulares, idem Gothofredus per indictionem ostendit, simulque docuit, dissensum veterum, quem jam Cujacius observavit, inde esse, quod non satis distinxerint illa, *negotium consistit & negotium utiliter constitutum est*: quæ diversa admodum esse, nemo non videt. HEIN.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, divi Severus & Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

NOTÆ.

15. *Plenius est legatum*) Propter repræsentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ἐπιαυτῷ, διετία, τριετία, id est, tribus annuis pensionibus reddebatur. Ulp. *tit.* 6. §. 5. Hodie autem dos rerum mobilium annua die præstatur, *l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.* In legato immobilium etsi non est repræsentatio, Ulp. *d. loc. & d. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis. vid. *in comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse, quàm in obligatione.*

2 *An novo jure adhuc aliquid in ejusmodi legato commodi?*

3 *Quid juris, si, quæ non accepta est, dos, aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore?*

SI *uxori maritus dotem legaverit*) Exemplum legati rei debitæ; proinde quid hic statuendum sit, discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quàm in debito, legatum valeat; si nihil amplius, legatum sit inutile.

Quia plenius est legatum, quàm de dote actio) Hæc verba arguunt, veteres semper existimavisse, plus esse in legato quàm in obligatione dotis, ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, *fac. tit. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius esset, faciebat aut utilitas repræsentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐπιαυτῷ, διετία, τριετία, id est, tribus annuis pensionibus redderetur, legatum autem statim peti poterat, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *d. tit.* Ulpian. *tit.* 6. §. 5. aut commoditas novæ actionis: nam etsi cæteræ dotes statim reddebantur, teste Ulpian. *d. loc.* tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor, quod dominum rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequebatur, cùm pro dote repetenda personalem tantùm actionem rei uxoriæ haberet, *arg. l.* 3. §. 2. *de leg.* 3. aut si dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulatu consequebatur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionum bonæ fidei: per *l. si creditori.* 28. §. 1. *de legat.* 1. Ad hæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpe etiam dos lucro mariti cedebat, vid. Ulp. *d. t.* 6. *l.* 15. §. 1. *sol. matr. l. un.* §. *taceat.* 5. *& seq. C. de rei ux. act.* quibus locus non erat dote relegata. Justinianus verò jus & petitionem mulieris sic auxit *d. l. un. & l. in rebus.* 20. *C. de jur. dot.* ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioqui præstatio animi dilationem ex constitutione Justiniani habet, *dict. leg. unic.* §. *cum autem.* 7. *vers. exactio.* Tentari tamen potest cum plerisque interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l. scien-*

sciendum. 25. *de re jud.* sufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere, *l. etiam filius.* 18. *solut. matr.* atque ita aliquando legatum utile esse posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantùm fieret condemnatio, quod reus facere posset. VINN. Sed hæc commoda legati non adeo magni momenti sunt. Actionem enim realem uxor soluto matrimonio habet tamquam domina dotis. Actio ex stipulatu de dote æquè bonæ fidei & pinguis est, ac actio ex testamento, excepta repræsentatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentiæ ob legatum hoc amittant. vid. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 18. *ff. sol. matr. l.* 25. *de re jud.* junct. *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. observavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenstech. *in Admonit. ad ff. Part.* §. 116. HEIN.

Si quidem simpliciciter, inutile est legatum) Si dos uxori prælegata sit non designata certa quantitate aut certo corpore demonstrato, & dos nulla data sit, legatum inutile est: quia apparere non potest, quid aut quantum fuerit
3 legatum. Neque hoc tantùm in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatis, *l. si sic legatum.* 75. §. 1. *de legat.* 1. *l. legavi.* 25. *sub. fin. de lib. legat. fac. l. cum post.* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.*

Si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta) Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*: aut, *Fundum Tusculanum, mihi in dotem datum, uxori do lego*, aut, *Centum, quæ instrumento dotali conscripta sunt*, *l.* 3. *l. ult. C. de falf. ca. adi. leg.*

Valere legatum) *D. l. legativi.* 25. *in fin de lib. leg. d. l.* 3. *& ult. C. de falf. ca. adi. leg. d. l. si sic legatum.* 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Ratio aperta est, & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum non vitiat; de quo pluscula *inf.* §. *huic proxima.* 30. *eod.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quàm in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, *l.* 6. *de dot. præl.* Obstare tamem his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit, *l.* 1. §. *sed & si.* 7. *eod. tit.* si quis ita legaverit, *Centum, quæ in arca habeo*, aut, *quæ ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit, aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed rectè respondet Jo. Faber, referre, utrum legetur certa quantitas ut quantitas, an ut certum corpus aut species, veluti *Centum, quæ in arca habeo*, *l. planè.* 34. §. *sed hoc* 4. *l. sed si.* 51. *de legat.* 1. Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato: posteriore idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut si quidem extet quantitas sic designata, legatum veleat, si non extet, inutile sit, *l. si servus.* 108. §. *qui quinque* 10. *de legat.* 1. *l. omnia.* 32. §. *specie.* 5. *de legat.* 2.

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16. Si res legata sine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si verò hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri eum, Julianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, à se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.

NOTÆ.

16. Sine facto hæredis) Sive naturali interitu, v. c. si servus legatus ἰδίῳ θανάτῳ, *sua morte*, ut Suet. *in Jul. c. ult.* defunctus sit, sive facto alieno, nisi mora hæredis intervenerit, *l.* 36. §. *ult. l.* 47. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 23. *de verb. obl.* Vide in *comment.*

Legatario decedit) Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores, qui certam speciem debent, *d. l.* 23.

Sine facto hæredis manumissus) *L.* 35. *de leg.* 1. hæc enim manumissio morti proxima est, *l.* 92. *de solut.*

Nec interest sciverit, &c.) *l.* 112. §. 1. *eod.* 1. *l.* 28. *qui & à quib. man. l.* 91. §. 2. *de verb. obl.* Ratio est in *l.* 25. §. 2. *in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1 *Servi alieni qui legatus sit, manumissione hæredem ita liberari, ut nec æstimationem debeat, & quid si res legata evicta sit?*

2 *Hæredem, qui servum proprium à se legatum vel igvorans manumisit, obligatum à se remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de servo hæredis proprio?*

HUjus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in universum jus est, ut rei debitæ interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contingit, obligatio extinguatur ita ut nec ulla æstimationis petitio supersit, *l. si ex legati.* 23. *de verb. obl. l. in ra-*

ratione. 30. §. *res tamen.* 6. *ad leg. Falc. l. cum res.* 47. §. *ult. de legat.* 1.

Si res) Id est, res certa, species, seu certum corpus, *l. non amplius.* 26. §. 1. *de legat.* 1. *d. l. si ex legati* 23. *de verb. obl. d. l. in ratione.* 30. §. *certis.* 4. *ad leg. Falc.* idque ex prædicato, *perierit*, satis intelligitur, quod in res certas seu species solùm cadit. Nam cùm res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est, numquam dici potest res legata aut alias debita periisse: quoniam omnes homines vocabulo hominis, & quicumque aurei generaliter & infinitè centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive hæres sive quis alius debitor liberetur, *d. l. in ratione.* 30. §. *incertæ.* 5. *ad leg. Falc. l. incendium.* 11. *C. si cert. pet.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest *d. l. in ratione.* 30. §. *certis.* 4. *l. si certos.* 37. *de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit) Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l. arbitrio.* 18. §. *ult. de dol.* Nam si ipsius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quàm cæteris creditoribns, quæ facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali facto perierit, cæterum post moram ab hæredc factam, hæredis id detrimentum erit, *l. cum servus.* 39. §. 1. *de legat.* 1. Certa enim est juris regula, mora interveniente, perpetuari obligationem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam si res adhuc extaret, *d. l. si ex legati.* 23. *de verb. obl. l. nemo.* 82. §. 1. *l. si servum.* 91. §. *sequitur.* 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.* de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, *perierit.* Periisse non tantùm res intelligitur, cùm in rerum natura esse desit: verùm etiam cùm commercio exempta est, §. 1. & 2. *inf. de inut. stip. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *de verb. obl. l. si mihi.* 92. *de solut.*

Legatario decedit) Hoc locis compluribus traditum, *l. non amplius.* 26. §. 1. *l. Titiæ.* 36. §. *ul. l. cum res.* 47. §. *ult. l. si quis inquilinos.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *d. si ex legati.* 23. *de verb. obl.* atque, ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum, qui certam speciem debent.

Sine facto hæredis manumissus) Etiam servi alieni legati manumissione hæres liberatur, si nulla ejus culpa argui potest, *l. si hæres.* 35. *de legat.* 1. *l. si servum* 91. §. 1. *vers. fin. autem de verb. obl. l. si mihi.* 92. *de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse; scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. Quare nec æstimationem præstare hæres tenetur, quam præstare cogitur, cùm 1
res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, §. 4. *sup.* Quid si res legata non perempta, sed legatario evicta sit? Et si quidem ex causa pignoris evicta sit à creditore, hæres obligatus manet: nec interest, generaliter res legata sit, an una aliqua specialiter & certa; nam nec illo casu sufficit rem talem dare qualis est; sed ita dare oportet; ut eam habere liceat, *l. qui concubinam.* 29. §. *pen. de legat.* 3. *l. si à substituto.* 45. §. 1. *eod.* 1. & hoc casu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. *sup.* Sin autem evicta fuerit à domino ut res aliena, hìc interest, in genere res legata sit, an in specie: nam si in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea à domino evincatur, non liberabitur, ob eamdem scilicet causam, quam modo dixi: si verò in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est; ut si testator eam rem tamquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere, aut æstimationem ejus dare; §. 4. *sup.* si tamquam suam, placet hæredem liberari, modo præstet rem talem, qualis apud testatorem fuit, *l. cum pater.* 77. §. *evictis.* 8. *de legat.* 2.

Hæredis servus legatus, & ipse eum manumiserit) Si hæres servum proprium à se legatum 2
manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit à se legatum esse, *l. si quis inquilinos.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l. hæres.* 28. *qui & à quib. man.* quippe etiam manumissione res interire intelligitur, quia definit esse in commercio, & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, *l. quidam.* 25. §. 2. *in fin. ad sen. Trebell. l. si servum* 91. *de verb. obl.* Quod ergo dicitur in *d. l. hæres.* 28. *qui & à quib. man.* hæredem sevum proprium quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum: ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat, quod etiam Accurs. observavit. Non obstat huìc sententiæ, quod excusatur ignorantia ejus, qui servum indebitum sibi datum manumisit, *l. in summa.* 65. §. *pen. de cond. ind.* Nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit, præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur verò Justinianus hoc loco, & Jurisconsulti *d. l. si quis inquilinos.* 112. §. 1. & *d. l. hæres.* 28. nominatim loquuntur de servo hæredis proprio? Nimirum quia hæres servum

tes-

testatoris à se legatum aut per fideicommissum alteri relictum ne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem, quam restituere jussus est, alienandi potestatem habet, *l. ult. §. 2. C. comm. de legat.* Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis sit, placet tamen, libertatem ab hærede consequi non posse, *l. generaliter. 19. §. 1. qui & à quib. man.* Sed quid est igitur, quod Paulus in *l. si servum. 91. §. 2. de verb. obl.* scribit, Julianum putasse, teneri hæredem, qui, cùm nesciret, à se petitum codicillis ut restitueret, manumisit? Nam libertate non procedente, non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Juliani, quod extat in *l. quidam. 25. §. 2. ad sen. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus servum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres restituere rogatus est, posse manumisione hæredis liberum fieri: sed posse hæredem, qui hæreditatem restituere jussus est, servum, qui ex ea hæreditate sit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque servi fideicommissario præstet. Inter quæ multum interest. Nam cùm servus hæreditarius certus specialiter legatus est, manifestum est, testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At in fideicommisso hæreditatis potest favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate sit, alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit, utrum res ipsa, an æstimatio præstetur.

Sed & si alii donaverit, & is eum manumiserit, &c.) Hæres, qui servum proprium à se legatum alteri donavit, quamvis eum à se legatum ignoret, tamen si is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur in servi æstimationem, *d. l. si quis inquilinos. 112. §. 1. de legat. 1.* Ratio eadem, quæ in specie præcedente; qui facto hæredis accidit, ut servus commercio sit exemptus; quod alteri damnum afferre non debet. Tantùm hic non proxima, sed remota causa hæres est.

TEXTUS.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

NOTÆ.

17. *Idem est, si ordinarii cum vicariis*) Nam vicarii hìc non considerantur, ut pars peculii ordinariorum, sed ut eorum conservi, ut & revera sunt, *l. 9. d. tit.* itaque etiam in hac specie duo sunt legata separata, *l. 4. d. tit.*

Sed si servus cum peculio, &c.) *L. 1. d. tit.* Ratio est, quia peculium accessionis locum obtinet, cujusmodi, perempta re principali, & ipsa extingui solent, *l. 2. d. t. l. 178. de reg. jur.*

Idem est, si fundus instructus) Quia nec hìc duo sunt separata & principalia legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis: spectanda tamen mens testatoris, *l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum suis natis legata sit, duo intelligi legata separata & æquè principalia.*
2 *Idem esse, si servus cum vicariis suis legatus sit.*
3 *Secus, si servus cum peculio, aut penus cum vasis.*
4 *Aut si fundus instructus, vel cum instrumento.*
5 *Paulus cum Justiniano conciliatus.*

HOc. §. & 3. *seqq.* docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decesserit, sit principale, reliquum accessorium; neque hæres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus quod superest, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum suis natis; servorum ordinariorum cum vicariis, *hoc* §. legati gregis, §. *seq.* legati peculii, §. 20. Cæterum, ut dixi, ita quod superest, legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus, quod decessit: nam perempta re principali etiam legatum accessionis extinguitur; quod ostenditur hoc §. exemplo legati servi cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui postea adjecta plura capita §. *seq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid accessit, *d.* §. 20. Latè autem hic locus patet. Nam huc etiam per-

pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, insula inconfinio nata, & plura alia, quæ hîc non tangit Justinianus, *l. 8. l. quod in rerum. 24. §. 2. & 3. l. cum servus. 39. §. 1. de legat. 1. l. 10. l. si areæ. 39. de legat. 2. l. sæpe. 16. eod. 3.*

Partus legato cedunt) *L. si ancilla 62. cum l. seq. de legat. 1.* Poterat videri unum hîc esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium: quod etiam Servio visum fuit, qui ob id, mortua ancilla, negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt; statim enim ut sunt editi, separatam planè habent existétiam & ideo rectè Paulus scribit, duo hîc esse legata separata, hoc est, æquè principalia, *l. 3. de pec. leg.* & Celsus in *l. si ancilla. 63. de legat. 1.* sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Jo. Fabri & Aretini falsam esse puto, & voluntati testatoris minimè consentaneam, qui existimat, si pecudes cum fœtu legatæ fuerint, morte pecudum legatum fœtus tamquam accessorium extingui. VINN. Genuina ratio, cur nec ancillæ partus, nec fœtus animalis hîc pro accessione ancillæ, vel animalis haberentur, hac esse videtur, quia post partum non pertinent ad ancillam vel animal, sed ad dominium, adeoque hujus respectu utraque res erat separata, utraque principalis, nullaque remanebat inter matrem & fœtum connexio. HEIN.

Idem est, si ordinarii cum vicariis) Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti: nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, qui sunt in peculio ordinariorum, *l. 17. de pecul.* etiam horum accessio videntur, ac proinde, his mortuis, illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in ejus peculio sunt, debeantur. Et sanè fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur, ut pars peculii ordinariorum: cæterum ex se non sunt, sed revera ordinariorum conservi, *l. 9. de pec. leg.* Atque ut tales considerantur in casu proposito, cùm disertè cum ordinariis & ipsi legantur, ut hîc quoque sint duo legata separata, & vicarii æquè principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l. 4. d. tit.*

Sed si servus cum peculio) Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo legatum etiam peculii extinguitur *l. 1. de pec. leg.* Cur tam variè? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cùm principales res peremptæ fuerint: ratio reddita à Cajo in *l. 2. d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata, consumpta, ne vasa quidem deberi, *l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio, quæ necessario servum sequatur: quippe si simpliciter servus legatus sit, peculium legato non cedit, *l. si legatus. 24. de pec. leg.* Sed vasa penuaria pura puta sunt accessio; & ideo penu simpliciter legata, vasa quoque, sine quibus rectè penus haberi non potest, legato continentur, *l. 3. §. ult. d. l. 4. pr. de pen. legat.*

Si fundus instructus, vel cum instrumento) Exemplum simile proximè præcedenti: ideo 4
enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur; quia hîc non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et si quidem sic aliquis legaverit *fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumentum peti non posse semper constitit, *l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.* Cæterum an idem sit, si sic legaverit, *fundum & instrumentum*, aut, *fundum instructum*, non satis convenit. Labeo *lib. 1. pithan.* putat, inter omnes hasce scripturas nihil interesse, *l. 5. de instruct. leg.* Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo ut eamdem vim habentia conjungit, *d. l. 1. in pr. eod. tit.* Verùm idem Paulus in notis ad Labeonem *d. l. 5.* hanc scripturam, *fundum cum instrumento*, à cæteris disertè separat sic ut dicat, ex illa scriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis posse iustrumentum esse legatum. Eguinarius Baro existimat, Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posse. Hotomannus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone simultate solo Labeonis redarguendi studio contrarium respondisse. Verum ego, ut fatear, Paulum eo genere morbi laborasse, eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in *l. pen. §. 1. & 2. de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari in *d. l. 5.* non arbitror tamen aut secum
eum pugnare, aut cum Justiniano. Labeo di- 5
xerat, inter superiores scripturas omnes nihil interesse. Paulus ait, interesse: nam ex hac scriptura, *fundum cum instrumento*, alienato fundo, nihil deberi: ex his *fundum & instrumentum*, vel *fundum instructum*, posse in-

ſtrumentum eſſe legatum. Quaſi dicat, in hac ſpecie, cùm fundus cum inſtrumento legatus eſt; tam perſpicuum eſt, teſtatorem inſtrumentum acceſsionis loco habuiſſe, ut alienato poſtea fundo, fruſtra de mente teſtatoris, quad ad legatum inſtrumenti attinet, diſputetur: quod ipſe *d. l.* 1. §. *de inſtruct. leg.* ſic expreſſit, *fundo cum inſtrumento legato & alienato, inſtrumento non vindicabitur ex ſententia defuncti.* Cùm autem fundus & inſtrumentum, aut fundus inſtructus legatus eſt, licet regulariter etiam utroque hoc caſu legatum inſtrumenti pro acceſſorio habeatur, eoque alienato fundo legatum inſtrumenti evaneſcat; tamen quia mens teſtatoris hìc non tam plana ac perſpicua eſt, quàm in ſpecie ſuperiore, ideo admitti poſſe quæſtionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus inſtrumentum, tamquam ſeparatim atque æquè principaliter legatum, ex ſententia teſtatoris deberi, eoque probato, legatarium vincere, non pugnat igitur ſecum Paulus, cùm in *d. l.* 1. *in pr.* ait, ſive cum inſtrumento fundus legatus ſit, ſive inſtructus, duo legata intelligi: nam in illa ſpecie alterum ſemper acceſſorium eſt, in hac poteſt utrumque eſſe principale. Sed nec cum Juſtiniano, quippe qui quod regulare eſt, hìc tantùm propoſuit: quod & fecit Labeo *d. l.* 5. quem idcirco explicari potius à Paulo, quam taxari oportuit. Ad hunc ferme modum hæc quoque componunt Cujac. Weſemb. poſt Bart. *d. l.* 5. aliter *l.* 30. *ibid.* Mynſ. Balduin. *hic.* Quanto plenius ſi legatum fundi inſtructi, quàm fundi cum inſtrumento, docet Ulpian. *l. quæſitum.* 12. §. *ſi ſuppellex.* 15. & §. *ſed ſi fundus.* 27. *cum ſeqq. de inſtruct. vel inſtrum. legat.*

TEXTUS.

De grege Legato.

18. *Si grex legatus fuerit, & poſtea ad unam ovem pervenerit, quod ſuperfuerit vindicari poteſt. Grege autem legato etiam eas oves, quæ poſt teſtamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Eſt autem gregis unum corpus ex diſtantibus capitibus; ſicut ædium unum corpus eſt ex cohærentibus lapidibus.*

NOTÆ.

18. *Si grex legatus, &c. quod ſuperfuerit vindicari*) Quamvis grex eſſe deſierit, quæ ratio eſt dubitandi, *l.* 22. *de legat.* 1. Sed nimirum qui gregem legat, etiam ſingula capita, quæ in eo grege ſunt, ut partes totius legare intelligitur, per *l.* 113. *de reg. jur.* Aliud juris eſt in legato uſufr. gregis, *l. ult. quib. mod. uſ. am.* quia uſusfructus rei mutatione extinguitur, v. *ſup.* §. *pen. de uſufr.*

Unum corpus) De generibus corporum vid. *l.* 30. *de uſurp. & uſuc.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio dubitandi circa priorem ſpeciem hujus* §. *& cur non idem in legato uſufructu gregis remiſsivè.*

2 *Ratio exempli poſterioris.*

GRege legato, ſi numerus ovium decreverit, tamen quæ ſuperſunt capita debentur, etiamſi unica tantùm ovis reliqua ſit, *l. ſi grege.* 22. *de legat.* 1. Quo loco Pomponius etiam dubitandi cauſam ſignificat: quæ hæc eſſe poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, §. *ſi res.* 16. *ſup. eod.* Etenim grex etſi neque accretione neque decretione mutetur, ſed idem maneat, *l. ſi cum.* 21. §. 1. *de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit uſque ad numerum minorem decem, interiiſſe cenſetur, quia iſte numerus gregem non conſtituit, *l. ult. de abig. l. ult. quib. mod. uſ. am.* vid. *l.* 65. §. 1. *de leg.* 2. Fabrot. *ad Th. h. l.* 79. *de leg.* 3. Gregem autem legavit teſtator, non ſeparatim ſingula capita, quæ aliud ſunt, quàm grex, *l.* 1. *in fin. de rei vind.* Dicendum eſt, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege ſunt, legare intelligi, atque ideo quicquid ex grege ſupereſt, die legati cedente, legatario deberi. Licet enim capita, quæ ſuperſunt, pauciora ſint, quàm ut per ſe gregem conſtituant, tamen quotquot ſuperſunt, pars ſunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus eſt; ac proinde etiam legato continentur, *l. in toto.* 113. *de reg. jur.* Nam nec area inſula eſt: & tamen ſi inſula legata combuſta ſit, reſponſum eſt, aream adhuc vindicari poſſe, *d. l. ſi grege.* 22. Nimirum quia area pars eſt aut fuit rei legatæ, id eſt, inſulæ, *l. qui res.* 98. §. *aream.* 5. *verſ. non eſt. de ſolut.* Nec eſt contrarium, quod traditur in *l. ult. quib. mod. uſ. am.* uſumfructum gregis legatum, ſi in eum numerum pecus reciderit, quod grex conſtare non poteſt, perire. Aliud enim longè juris eſt in legato gregis, aliud in legato uſufructu gregis. Diverſitatis rationem alibi diligenter expoſui ſub §. *pen. ſup. de uſuf.*

Ad unam ovem) Quamvis unica hæc ovis gregem non conſtituat, id eſt, univerſitatem multorum capitum; eſt tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem conſtituebant, ac proinde pars

pars rei legatæ. Vide & *l. pèculium.* 63. §. 1. *de leg.* 2. *l. si chorus.* 79. *de leg.* 3. Fabrot. *ad Theoph. hìc*

Post testamentum gregi adjiciuntur) Exemplum contrarium, cùm rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, *l. grege.* 21. *de legat.* 1. Ratio est, quia testator non illum gregem, quantus tunc erat, sed planè quantuscumque erit, cùm dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitii.

Unum corpus ex distantibus capitibus) Ut ædium, sic etiam gregis unum corpus est: verùm illud συνημμενον, id est, *connexum*, atque ex plur ibus partibus inter se cohærentibus constans; hoc διεστὸς, *disjunctum*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem.* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind. l. rerum.* 30. *de usuc.*

TEXTUS.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.*

COMMENTARIUS.

1 *Si areæ legatæ domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit?*

ALiud exemplum argumenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, *l. cætera* 41. §. *item.* 9. & *seqq. de legat.* 1. Sed & si areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut disertè traditum est in *l. si areæ.* 39. *de legat.* 2. & *l. si servum.* 44. §. *si areæ* 4. *de legat.* 1. ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem: sed exceptio illa confirmat, solo eo facto testatorem voluntatem mutasse non videri; ac proinde in dubio aream cum superficie deberi. Quippe cui superficies etiam alias jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quàm mutata videatur, §. *cum in suo.* 29. & *seqq. sup. de rer. div. l. qui res.* 98. §. *ult. de solut.* Non est contrarium, quod apud Cajum scriptum est, si domo, quæ legata erat, destructa, aliam eodem loco testator ædificaverit, legatum non deberi, *l. si ita legatum* 65. §. *ult. de legat.* 1. quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, *l. lana* 88. §. 2. *de legat.* 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Magis obstat locus Celsi in *l. si chorus.* 79. §. *pen. de legat.* 3. & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba *quamquam tunc peti non poterat*, per concessionem accipiantur: ut sit hic sensus, quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio, legatum peti non potuit, uti non potest, cùm constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi; quæ exceptio est *d. l. servum* 44. §. *si areæ.* 4. *de legat.* 1. tamen nunc, id est, ædificio destructo, posse aream peti: quia mutatio voluntatis tantùm in eo fuit, ne domus deberetur: ita Duar. *ad l.* 8. *de leg.* 1. Don. 8. *comm.* 17. Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, si quidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercidit, *l. quæsitum* 78. §. *illud* 4. *d. l. lana* 88. *pr.* & §. 1. *de legat.* 3. Si verò species, in quam res translata est, in suum initium redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam prævalere, *d. l. quæsitum* 78. §. *illud.* 4. *d. l. lana* 88. §. *ult. fac.* §. *cum ex aliena.* 25. *sup. de rer. div.* nisi tamen aut hìc hæres probet, testatorem à legato recessisse, aut illic legatarius probet, non recessisse: quomodo accipi debet Ulp. in *d. l. servum* 44. §. *si pocula.* 2. *de legat.* 1. adi Don. *d. cap.* 17. Cujac. 5. *ad Africant in l. qui usumfructum* 36. *de usuf.* & 23. *obs.* 22.

TEXTUS.

De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit. Julianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur,*

tur, & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum; ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Idem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.

NOTÆ.

20. *Sufficit, si non adimatur*) Hoc enim ipso, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obscurè id ei donat, *l.* 53. *de pecul. l. un. C. de pec. ejus, qui lib. mer.*

Quam in rationes dominicas) Hoc ideo, quia quod dominus servo debet, verum debitum non est, quamvis peculium augeat, *l.* 6. §. 4. *de pec. leg. l.* 7. §. *pen. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus lucro vel damno fit, quod peculio legato, vivo testatore accedit aut decedit?*
2 *Cur placet, si servo manumisso peculium legatum sit, etiam quod post mortem testatoris ante aditam hæreditatem extrinsecus accesserit, legato cedere: si extraneo, non item?*
3 *Explicatur* l. 8. §. ult. de pecul. legat.
4 *Cur servo testamento manumisso peculium non debeatur, nisi legatum sit: inter vivos manumissum sequatur, nisi ademptum fuerit?*
5 *Legato peculii non contineri, quod servus domino expensum tulit.*
6 *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est.*

MUlta ex hoc §. discimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde servo, qui peculium habet, manumisso, quem peculium sequatur: tum legato peculii an contineatur, quod expensum in rationes dominicas: postremo, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo testatore) Peculium est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita. Passim *tit. de pecul.* unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, *l. peculium* 65. *pr. de legat.* 2. Papyrius Fronto dicebat peculium simile esse homini: quippe nasci, crescere, decrescere, mori, *l. peculium* 40. *de pecul.* Ait, *vivo testatore.* Neque hic distinguitur, utrum ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo: neque etiam, utrum ex rebus peculiaribus auctum sit peculium, an extrinsecus. Ratio est, quia quamdiu testator vivit, nullo casu dies legati cedit, id est, nihil dum deberi intelligitur.

Quod si post mortem testatoris, &c.) Si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic interest, ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo: deinde si extraneo, utrum auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quæstu servi, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet, omne argumentum legato cedere: si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus dumtaxat; cætera non deberi, sed ad hæredem pertinere, *l.* 8. §. *ult. de pec. leg. & hoc nostro text.* Rationem diversi juris mox audiemus.

Quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit) Ratio cur placeat in casu, quod ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu opposito penes hæredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cùm quæritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, *l.* 8. §. *ult. de pec. leg.* id est, cùm res legata deberi incipit; *l. cedere.* 213. *de verb. sign.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentem; id solùm, quod res ipsa ex se producit. Jam verò quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati, quàm libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l.* 7. *in fin. cum l. seq. quand. dies legat.* quando autem extraneo, cedit statim à morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus, & quæ ad hæredem non transeunt, *l.* 2. *cum* 3. *seqq. d. tit. l. un.* §. *in novissimo.* 5. & §. *seq. C. de cad. toll.* Consentaneum igitur omnino est, ut peculium legatum servo crescat, eamque sequatur cum omni argumento usque ad aditam hæreditatem: extraneo augeatur quovis quidem modo usque ad tempus mortis testatoris; ceterum quod jacente hæreditate extrinsecus accedit, hæredis lucro fit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei apertè adversatur, quod ex Juliani sententia Ulpianus *in l. denique* 8. §. *ult. de pecul.*

cul. legat. scribit, si ipsi servo peculium legetur, *tempus spectandum quo dies legati cedit*: si verò extraneo, *mortis tempus.* Ergo in extraneo mortis tempus non est illud, quo dies legati peculii cedit. Paucissimi sunt interpretes, qui hoc animadverterunt: & tamen locus iste cum aliis omnibus, quibus pro certo jure traditur, diem legati cedere à tempore mortis testatoris, tam manifestè pugnat, ut sine incusatione Compilatorum pugna hæc sedari non possit. Quid ergo dicimus? Nimirum Ulpianum cum Juliano respondisse secundum jus suorum temporum & senatusconsulta, quæ circa legem Papiam facta sunt, ex quibus dies legatorum non à morte testatoris, sed ab apertura tabularum cedebat, *d. l. un.* §. 1. *C. de cad. toll.* Quam ob causam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt petitam à conjectura voluntatis testatoris. Id verò antiqui juris vestigium oculos ac manus consarcinatorum fugisse. VINN. Id & alibi factum, veluti in *l.* 104. *& l.* 31. *ff. de constit. & demonstr. l. fin. ff. de donat. mort. caus. l.* 3. §. *ult. & l.* 42. *ff. de hæred. inst.* Quæ loca jam notavit Cujac. ad Ulpian. *Fragm. tit.* 24. §. 31. HEIN.

Nisi ex rebus peculiaribus) Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve pecorum, *d. l.* 8. §. *ult. de pecul. leg.* Hoc enim cùm accedit, ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur: ut hujusmodi augmentum etiam post diem legati cedentem contingens merito legatarium sequatur, *arg.* §. *item ea.* 19. *sup. de rer. div. l.* 6. *de acq. rer. dom.*

Peculium autem, nisi legatum, &c. quamvis sit inter vivos) Servo testamento manumisso peculium, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l. si legatus.* 24. *de pec. leg.* At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi, si non adimatur, *l. si Sticho.* 53. *de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Glossa ex Joanne hanc affert, quod inter vivos manumissus operas patrono debeat, in quorum compensationem peculium ei relictum credendum sit: libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præstare teneatur. Schneidvvinus ex Jo. Fabro hanc, quod dominus servum, quem inter vivos manumittit, majori affectione prosequatur, quàm quem testamento, ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligatur liberalitatem, quàm erga hunc, cui libertatem in id tempus confert, quo rebus suis amplius uti non potest. Hinc esse, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemosynam, quàm qui moriens, &c. Sed quid nodum in scirpo quærimus? Peculium servo vindicta, verbi causa, manumisso relictum, eum neque ut compensatio operarum sequitur; quippe quas etiam adempto peculio præstaret, neque quia major putatur esse affectio domini erga servum, quem vindicta, quàm quem testamento manumittit: licet enim hoc verum sit, tamen, cùm morientes longè simus liberaliores, quàm viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quàm viventium, *l. in testamentis.* 12. *de reg. jur.* Denique & cum testamento & cum vindicta servus manumittitur, missio ipsa præter libertatem nihil ei tribuit: est enim manumissio non peculii datio, sed libertatis. Sed quod vindicta manumissum peculium sequi placet, si id ei non adimatur, hanc rationem habet, quod duplex in tali casu donatio est; una expressa, libertatis; altera tacita, minimè tamen obscura, peculii. Etenim cùm dominus manumisso peculium non adimit, sed id eum jam liberum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cùm si donatum nollet, posset adimere. Hoc verò in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non potest: & quia cùm poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud hæredem suum cum cætero jure manere voluisse censetur. *fac. d. l. si Sticho.* 53. *de pecul. d. l. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas) Quamvis, quod servus domino expressum tulit, id est, quod ei dominus debet, peculium servi augeat, veniatque in actionem de peculio, *l.* 7. §. *pen. de pecul.* tamen quia verum debitum non est, nec ex ea causa actio servo competere potest, placet peculio legato id non contineri, *l.* 6. §. *ficut.* 4. *de pecul. leg.* Quin etiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademptum non sit, ac proinde concessum, tamen eum debitores peculiares convenire non posse, nisi mandatis sibi actionibus, *d. l. si Sticho.* 53. *de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus scribit, peculio legato, τὰ ἐν προχείρῳ ὄντα καὶ ἐν ἑτοίμῳ, *quæ in promptu & in parato sunt*, dum taxat dominum legasse censeri.

Et ex eo reliqua inferre) Ex eo solo quod quis servum suum liberum esse jussit, si rationes reddidisset, peculium ei legatum defendi non potest: nam nec si vetuisset testator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum censeretur, *l. dominus* 23. §. 2. *de pec. leg.* Cæterum si rationibus redditis, reliqua, id est, quæ pu-

putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest, legatum intelligitur, *l.* 8. §. *interdum* 7. *d. tit.* Nam qui servum ex peculio, quod debet, aut partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cætero aliter sensisse, *per l. quæsitum* 12. §. *idem respondit* 43. *vers. denique Neratius, de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus, & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari possunt quàm incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet:* Damnas esto hæres meus domum illius reficere: *vel*, illum ære alieno liberare.

NOTÆ.

Actiones legatario præstet) *D. l.* 43. §. 9. *d. l.* 75. §. 2. *eod.* 1. Sed & non expectata cessione actionum directarum utilibus suo nomine experiri potest, *l.* 18. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Legato nominis quid contineatur?*
2 *Extingui hoc legatum, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum; & quare?*
3 *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circunstantiis.*
4 *Quid juris, si cùm debitum peti cœptum esset, testator inter moras judicii, aut nondum facta solutione decesserit?*
5 *Etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat; & quibus conditionibus?*

CONcludi hic videtur locus de rebus, quæ rectè legentur. Duo autem sunt, quæ hoc §. docemur. Unum est, posse legari tam res incorporales, quam corporales. In textu trajectio est. Alterum, non solùm res, quæ propriè & specialiter dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

Quam incorporales) Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, usufructus, servitutes prædiorum, pars hæreditatis, aut bonorum liberatio, actio, seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l. cætera* 41. *in pr. de legat.* 1. Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineatur, explicatur propriis *tit. in π̃* quid legata parte hæreditatis, *l.* 8. §. *ult. de legat.* 2. *l. mulier* 22. §. *ult. ad sen. Treb.* quid parte bonorum, *l.* 9. *de legat.* 2. *l. non amplius* 26. §. 2. *l. si quis* 23. *de legat.* 1. De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. §. *si quis debitori* 13. agiturque de eo item tit. proprio in *π̃*. Hic de legato nominis agendum est.

Quod defuncto debetur potest alicui legari) Quod mihi debetur, & debitori meo rectè lego, legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Sejus ex causa mutui debet, Tertio do, lego, l. si sit legatum* 75. §. 1. & 2. *l. non quocumque* 82. §. *pen. de legat.* 1. estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. servum* 44. *sed etsi* 6. *de legat.* 1. *l.* 11. §. *ergo* 13. *l. nomen* 34. *l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l. ex legato* 18. *C. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solùm, *d. l. servum* 44. §. *eum* 5. *de legat.* 1. *d. l. qui chirographum* 59. *eod.* 3.

Ut actiones legatario præstet) Legato nominis nihil amplius continetur, quàm ut actiones suas hæres præstet, *d. l. servum* 44. §. *sed & si* 6. *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. *l. legatum* 105. *de legat.* 1. Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, hæredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debetur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixerit, *Decem, quæ mihi Sejus debet, Titio lego, d. l. si sit legatum* 75. §. 2. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario venditori, aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experirentur; sed expectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine & procuratores in rem suam experiebantur. Postea verò his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non expectata cessione directarum, exercerent, *l. ex legato* 18. *C. hoc tit. l.* 5. & *l.* 7. *C. de hær. vel act. vend. l. cum* 16. *in pr. de act.* Quod ideo videtur constitutum esse, quia

quia cessio actionum sæpe protrahebatur, & interdum nec cedi actio potest, ut in specie *l. 1. C. de obl. & act.*

2 *Nisi exegerit testator pecuniam*) Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum à vivo testatore exactum non fuerit; cæterum si testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. *de legat.* 1. Quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei est, quia testator exacto debito, quod legaverat, ademisse legatum videtur: quemadmodum & ille, qui rem legatam postea alienavit, *l. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. *& seqq. de legat.* 3. Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hìc efficitur, quàm ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cùm nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, ἡ σύγχυσις τοῦ χρέου, hoc est, illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius, actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur *d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. *& d. l. si sic legatum* 75. §. 2. nec absimile est, quod traditur *in l.* 7. §. *liberatio* 4. *de lib. leg.* legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit. Sed & si ultro, quod debebatur, solutum est, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, sicut & liberationis,
3 extinguitur, *l. id* 21. *de lib. leg.* Enimverò etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circunstantiis, *l. pen.* §. *ult. de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum esse, quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro deposito testatorem habuisse; poterat legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit, ut legatum adimeret, *d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 15. Petetur autem hoc casu legatum recta ab hærede; nam frustra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur: quippe quæ debitore liberato nullæ supersunt. Similiter si debitore ultro pecuniam obtulit, & acceptam item pro deposito testator habuit, placet, legati aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, *d.* §. *ergo* 13. *l. fideicommissa* 11. Exigi verò etiam in hoc casu videtur, ut in deposito sit habita pecunia: secus autem esse, si ut in solutum data, ita simpliciter in solutum accepta sit, *arg. d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. *d. l. si id* 12. *de lib. leg.* ubi simpliciter Jurisconsultus respondet, solutione debiti extingui legatum nominis. Glossa tamen distinguendum putat inter debitorem, qui ultro solvit, & qui à creditore conventus: quam distinctionem Schneidvvino probari video. Ait, *nisi exegerit.* Quid ergo, si cùm pecunia peti cœpta es-
4 set, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bart. *in l. nepoti* 6. *de instruct. vel instrum. leg.* eumque secuti Ang. & Mynf. *hic*, putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatum quamdiu res non desit esse planè integra. Et verò si rem legatam vendidisset testator, eaque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in *l. prædia* 27. §. *liberto* 3. *de instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in §. *si rem* 12. Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatæ voluntatis. Cæterum nuda venditio, seu quæ traditione consummata non est, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; ideo scilicet, quia traditio arbitrii venditoris ejusdem testatoris est, qui rei dominio, quod transferre poterat, retento, & maximè si nec pretium acceperit, non videtur protinus legatum ademptum voluisse. Non debet autem legatario prodesse, quod moras nectit debitor, aut judex sententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicatio. Nihil sanè pro Bart. sententia facit, *d. l.* 6. *de instr. leg.* Nam in specie illic proposita vel maximè debetur quod exactum est, idque pro confesso sumitur, sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia judicis debitum necdum solutum est, propter verba legati, *Quod meum erit*: quibus testator usus proponitur.

Damnas esto hæres meus domum illius reficere) 5 Etiam facta, ut diximus, rectè legantur, aut in fideicommissum deducuntur. Id est, damnari potest hæres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est, parere debet, modo ne quod fieri scriptum est, contra jus vel bonos mores sit, *l. si quis* 112. §. *pen. de legat.* 1. aut æstimationem non recipiat, veluti si hæres liberos suos emancipare jussus sit, aut extraneum aliquem adoptare, *l. filiusfam.* 114. §. *sed si* 8. *de legat.* 1. *l. uxorem* 41. §. *ejus hæres* 8. *de legat.* 3. junge tamen *l. si cui* 92. *de cond. & dem.* Facere jubetur hæres & licitè in exemplis hìc propo-

si-

ſitis, cùm damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare & ſimilibus, veluti ſi jubeatur alteri domum vel monumentum extruere, aut fundum vendere, *l. mortuo* 29. §. *ult. de legat.* 2. *l. ſi cui* 49. §. *antepen. & ſeqq. eod.* 1. *l. fideicommiſſa* 11. §. *ult. eod.* 3. Paul. 3. *ſent.* 6. Non facere, veluti ſi veretur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l. filiusfam.* 114. §. *cum pater* 15. *de legat.* 1. *l. peto* 69. §. *fratre eod.* 2. Planè ſi id, quod fieri juſſum eſt, ad nullius utilitatem pertineat, veluti ſi teſtamento quid vetitum alienari, nec cauſa expreſſa ſit, & perſona ignoretur, propter quam teſtator id fieri velit, placet ſcripturam, quaſi nudum præceptum contineat, nullius momenti eſſe, *d. l. filiusfam.* 113. §. *Divi* 14. *l. pater* 38. §. *Julius* 4. *l. Lucius.* 93. *in pr. de legat.* 3. Ejuſdem generis ſunt, quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa ſepulturam voluntates, veluti ut veſtes aut ornamenta in funus impendantur, *l. ſervo* 113. §. *ult. de leg.* 1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.*

TEXTUS.

De legato generali.

22. *Si generaliter ſervus, vel res alia legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit.*

NOTÆ.

22. *Si generaliter*) Valet legatum generis, cùm corpora ei ſubjecta ſunt uniuſmodi, eadem forma interna & natura conſtant, veluti ſi homo, equus, aut bos legetur: alias inutile eſt, v. g. ſi animal legatum ſit. Sed & ſi domus legata ſit aut fundus, nec fundum ullum aut domum teſtator habeat, magis deriſorium, quàm utile legatum eſt, *l.* 69. §. 4. *de jur. dot. fac. l.* 18. *de leg.* 1. nimirum, quia iſta certàm determinationem à natura non habent, & nimium quàm utilitate diſtant, *l.* 24. §. 2. *eod.* 1.

Electio legatarii eſt) *L.* 108. §. 2. *eod. t. l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l.* 34. §. *pen. eod.* 1. *l.* 23. *eod.* 2. Aliud eſt in contractibus, §. 33. *verſ. Huic autem, infr. de act. l.* 10. *in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quàm ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l.* 12. *de reg. jur.* Non eſt autem electio hæc planè libera, *d. l.* 37. *de leg.* 1.

Aliud teſtator dixerit) Aut ſermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis: nam per exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati teſtatoris, §. 2. *ſup. eodem.* Weſemb.

COMMENTARIUS.

1 *Quid prudentibus ſit genus, quid ſpecies?*

2 *Definitionem hujus* §. *ad genera ſummæ aut ſubalterna non pertinere, ſed tantum ad genus infinitum: nec tamen aliter, quàm ſi ſpecies huic generi ſubjectæ certam à natura habeant determinationem.*

3 *Si res generi legato ſubjectæ naturæ determinatæ non ſunt, legatum inutile eſſe, niſi teſtator res ex eo genere habeat: & num hoc etiam in fundo ſimpliciter legato obtineat?*

4 *Ubi utile eſt legatum generis, regulariter electionem eſſe legatarii.*

5 *Vetus & ſpecioſa inter genera legatorum circa poteſtatem eligendi differentia.*

6 *An ipſius differentiæ ratio adhuc habenda, poſtquam legatorum omnium una cœpit eſſe natura?*

7 *Quibus caſibus hæredis ſit electio, etiamſi teſtator id non expreſſerit?*

8 *Electionem in caſu noſtro non eſſe uſquequaque liberam, & quid hic jure patrio?*

INſignis hic locus eſt & difficilis. Illud primo notandum, genera à noſtris dici ea omnia, quæ ſub appellatione communi plures res huic appellationi ſubjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum ſpecies eſſe ajunt, genera eſſe negant; cujuſmodi ſunt, verbi cauſa, homo, equus, bos; ſpecies autem noſtris eſſe, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non eſſe ſpecies contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo noſtri communem uſum loquendi ſequuntur; veluti cùm dicunt, in mutuo recipi non eamdem ſpeciem, ſed genus; pro quo in ſcholis dicerent, non idem numero, ſed idem ſpecie. Quin etiam ex ſententia quorumdam philoſophorum revera quæ de individuis prædicantur, genera ſunt, ſcilicet infima, individua ipſa ſpecies, nempe ſpecialiſsimæ; atque adeo ab ipſo etiam Ariſtotele ſic appellantur, ut videre eſt *l.* 2. *philoſ. c.* 3. & *lib.* 3. *c.* 4. *item lib.* 1. *de part. animal. cap.* 4. Deinde non omne legatum generis valere. Interpretes primum & rectè hinc removent genera ſumma & ſubalterna, veluti ſi quis ſubſtantiam, corpus, aut animal ſimpliciter leget: quia in his ea eſt infinitas generis, ut rem leviſsimam ex eo genere & vel minimam de mundo, ut loquuntur, hæres præſtando liberaretur. Dein in genere

nere infimo, quod uti diximus, in scholis est infima species, rectè distinguunt inter res huic generi subjectas, ut, si tales sint, quæ certam determinationem habeant à natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l.* 13. *l. legato.* 37. *in pr. l. si servus.* 108. §. 2. *de legat.* 1. *l. hæredes.* 25. §. *si incerto.* 17. *fam. ercisc.* Si verò natura determinatæ non sint, ut fundus & domus, (quippe quæ non natura, sed destinatione hominis constituntur, *l.* 24. §. *quod si* 3. *de legat.* 1. *l. locus.* 60. *de verb. sign.*) in eo omnes consentiunt, ut si testaor nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quàm utile, *l. si domus.* 71. *de legat.* 1. *l. cum post.* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot. l. ita stipulatus.* 115. *in pr. de verb. obl.* utpote quod à superiore nihil aut parum utilitate disteat; aut, quod magis puto, quia his rebus simpliciter legatis, nullisque à testatore relictis, tanta est incertitudo, ut nullo modo definiri possit, quantum præstari debeat, ac proinde similiter habendum, ac si ignotum legatum sit, *d. l. cum post* 69. §. *gener.* 4. Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiunt, legatum esse utile, unasque ex his, quas testator reliquit, deberi: estque in eam rem textus apertus *in d. l. si domus* 71. *in pr.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quàm si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esse, quàm domus, unumque ex fundis, quos testator regionibus distinctos habuit, præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato, nec legatum ullum nec stipulationem esse, *d. l. cum post* 69. §. *genera* 4. *d. l. ita stipulatus* 115. *in pr.* pro his exemplum ædium legatarum, *d. l. si domus* 71. *de legat.* 1. quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur, *arg. d. l.* 24. §. *pen. de legat.* 1. tum quod cùm testator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis hæredem damnaverit, vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum, quasi testator legasset vinum, oleum, frumentum suum, & tantum, quantum ex his generibus habuit, *l.* 7. *de trit. vin. ol. leg.* Cui sententiæ, quæ est petri de Bellapert. in *d. l. ita stipulatus* 115. ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ assertore, 1. *resol.* 12. *n.* 32. & 2. *resol.* 11. *n.* 9. consul. D. Don. *in d. l. ita stipulatus* 115. *n.* 13. & *seqq.* ubi simul docet, stipulationis & legati non eamdem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse; vel ex sola collatione, *d. l.* 7. *de tritic. vin. leg.* & *l. triticum* 94. *de verb. obl.* apparet. Quinimmo, etsi nullum fundum nullasve ædes testator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, & pro modo facultatum ejus, dignitate, ac charitate, vel necessitudine legatarii statuendum, quales præstari debeant, post Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum censet idem Gomezius *d. loc. n.* 10. ac moribus quoque id receptum tradunt Autumn. *confer. du droict. ad d. l.* 71. Grot. 2. *introd.* 22.

Electio legatarii est) Ubi utile est legatum generis, placet, electionem non hæredi, sed legatario dari, ut hic scriptum est, in *l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* idemque est, si plures res disjunctim legatæ sint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l. planè* 34. §. *pen. de legat.* 1. *l. si is cui* 19. *l. Lucio* 23. *eod.* 2. aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit, puta si testator dixerit: *Ex duobus servis meis unum Titio do, lego, l. qui duos* 20. *de legat.* 1. Diversi autem casus sunt, qui proponuntur in *l. si quis* 32. §. 1. *l. cum servis* 39. §. *scio* 6. *eod.* Cæterum additur hic exceptio, *nisi aliud testator dixerit.* Addamus & alteram, *nisi sermonem ad hæredem direxerit*; nisi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *nisi aliud dixerit*, significari. Sed etsi testator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hic simpliciter definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget. Jure veteri etiam, cùm genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi electio permittebatur: cujus differentiæ testimonia non obscura videmus *in l. planè* 34. §. *pen. l. si à substituto* 45. §. 1. *l. si hæres* 110. *de legat.* 1. *d. l. si is cui* 19. *d. l. Lucio* 23. *l. si ita* 43. §. *ult. eod.* 2. *l. qui concubinam* 29. §. 1. *eod.* 3. Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est, & ratio juris. Voluntas testatoris: quippe qui in legato vindicationis sermonem confert ad legatarium, ei dans, legans, eum sumere, capere, sibi habere jubens. In legato autem damnationis hæredem alloquitur, damnans, jubensve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tam eam actione in personam ex testamento petere poterat, sed etiam

jus eam vindicandi habebat, & petendi actione in rem. Par autem est, ei electionem tribui, qui rem vindicare potest, quod significat African. *l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. ubi ait, ejus electionem esse oportere, cui potestas sit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat, is eam rem vindicare non poterat, sed tantùm in personam ex testamento agere, hæredemque ut debitorem quasi ex contractu obligatum convenire hujusmodi puta formula, *Ajo, te mihi servum dare oportere*, aut hac, *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere*. Itaque juris ratio postulabat, ut hic hæredi concederetur electio exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promissis constat, §. *si quis agens.* 33. *ref. huic autem inf. de act. l. plerumque.* 10. *in fin. de jur. dot. l. ubi autem* 75. §. *qui illud.* 8. *de verb. obl.* Quæritur
6 verò, an hodie distinctionis istius ulla porro ratio habenda sit. Nam postquam Justinianus differentiam generum legatorum sustulit, legataque omnia sic exæquavit, ut etiam jus vindicandi, à quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. ex omnibus concesserit, *l.* 1. *C. comm. de legat.* multis visum est, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æstimandam. Verùm ego eorum sententiam veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hîc agimus, trahi oportere: quippe quæ, ut supra quoque monui, sic semper accipienda sit, ut ne quid admittatur contra voluntatem testatoris. Utri autem electionem tributam testator velit, legatarione, an hæredi non potest apertius declarare, quàm cùm jubet, aut legatarium vindicare, aut hæredem dare. Illic enim, cùm verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertissimè significat, se eligendi quoque potestatem ei facere: hîc verò cum eadem verba ad hæredem refert, hoc ipso contra ostendit, se hæredis arbitrio permittere, quam rem velit dare. Et igitur si testator legaverit, *Hæres meus damnas esto hominem dare*; vel sic alternativè. *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo*: in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionem concedendam, non obstante supra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quàm ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam testator tam manifestè permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, cùm hæres declaraverit, quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. *in l. Lucio.* 23. *de legat.* 2. & *re l. legato.* 17. *eod.* 1. probat Gomez. 2. *var. ersol.* 11. *nu.* 43. nec non summi viri Covar. *in c. indicante. num.* 3. *x. de testam.* Ant. Faber 6. *conj.* 1. Wesemb. & Bachov. *hic.*

Nisi aliud testator dixerit) Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantùm si expressis verbis hæredi electionem permiserit, *l. servo.* 12. *de opt. leg. l. hujusmodi.* 84. §. *Stichum.* 9. *de legat.* 1. *l.* 11. *in fin. eod.* 2. verùm etiam si verba legati executiva ad hæredem direxerit, ut sit, cùm quid per damnationem ab hærede legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Planè enim cùm ex voluntate testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest; verbis, an per modum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, 7
opus tamen hîc est non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primum, definitionem tantùm pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit: si nulla habuit, placere, hæredis arbitrio potius rem permitti, quàm legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tàm insigni onere hæredis, *arg. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Et quod de vino certæ quantitatis expressè traditum est *l.* 3. *de trit. vin. leg.* non est dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat, idemque dicendum sit, non solùm si certa quantitas, verùm etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullum servum testator reliquerit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illa cessante nulla electio, *d. l. si servus.* 108. §. 2. *de legat.* 1. Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes, quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantùm, aut species, non ad quantitatem: quippe quæ undecumque sumi & solvi potest, *l.* 4. *de tritic. leg. l. Titia.* 35. §. 1. *de aur. arg. leg.* & qua legata, ut quantitate, nec actionis electio nec vindicatio est. Sed & cùm corpora genere legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed hæredis electio est, qui rem unam quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc apertè scriptum est in *l. si domus* 71. *in pr. de leg.* 1. quapropter dubitandum non est, quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito,

quod

quod non putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit. Ratio est non ea, quam vulgo afferunt, quod hæres præsumatur melius scire, de qua re testator senserit; nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furiosis, &c. locum non habet, & si vera esset, hæredi indistinctè tribui deberet electio: sed ne, si legatario hîc electionem concedimus, hæredem, supra quàm credibile est testatorem voluisse oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. unum* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 3. *tit.* 1. *n.* 26. Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest ut nulla sit proportio & major distantia, quàm inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos: quam ob causam, etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam interpp. nostrorum communis opinio, teste Gomez. quam & ipse probat 2. *var.res.* 11. *n.*9. Auctoritas Pandectarum Florentinarum, (in quibus hæc scriptura est in *pr. d. l. si domus.* 71. *Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur hæredes quam vellet domum ex his, quas testator habuit, legatario dare*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistinctè legata, putarem legatario electionem competere: sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam; scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volent, &c.* quæ scriptura etiam certius, quàm vulgata, hæredi electionem tribuit. VINN. Sed magis est, ut servetur electio Florentina. Haloander enim ex ingenio scripsit *volent*, nec consensus reliquorum exemplarium opponi potest Florentinæ reliquorum fonti. Vid. Cl. Henr. Brenckmanæ *Hist. Pandect. lib.* 3. *cap.* 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit testator, omnino electio erit legatarii. Nec obstat *l.* 37. §. 1. *ff. de legat.* 1. quippe ubi magis species certa legata, quam genus. Denique præsumptio quidem est, testatorem voluisse; quam minimum onerare hæredem suum, *l.* 67. §. 8. *ff. de leg.* 2. sed & fortior militat præsumptio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit testator, dum speciem certam non expressit. HEIN. Postremo sciendum est, etiam tunc cùm legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumque velit etiam optimum eligere; puta verbi causa, homine generaliter legato, auctorem; sed conclusum intra modum, ut ne optimum accipiatur, *l. legato.* 37. *de legat.* 1. Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo, aut re alia testator senserit, nec appareat de qua, hæredis electionem esse, *d. l. legato.* 37. §. 1. *fac. l. si quis.* 32. §. 1. *l. cum servus.* 39. §. *scio.* 6. *eod.* Secundum jus harum regionum sic in dubio, genere legato, circa electionem definiendum censet Grotius *lib.* 2. *manuduct. cap.* 22. Si ejus generis, quod legatum est, res sint in bonis defuncti, legatario electionem permittendam, sive res istæ naturalem determinationem habeant, ut equus, sive arbitrariam, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut si res pondere mensurave constans simpliciter legata sit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem sumere & præstare: id enim voluntati defuncti, cujus solius apud nos ratio habetur, maxime videri consentaneum. Cæterum neque posteriore hoc casu hæredem defungi pessimum dando: neque priore illo legatarium posse optimum vindicare, extra quàm si duæ tantùm species istius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

TEXTUS.

De optione legata.

23. *Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia hæredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures hæredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentium introducebant,) fortunam esse hujus optionis judicem, & forte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.*

NOTÆ.

23. *Habebat in se conditionem*) Σιωπηρᾶς; quod

tamen à Theophilo additum non est, ut quidam falso tradunt.

Constitutione nostra) Extat *in l. ult. C. comm. de legat.*

Sorte esse dirimendum) Frequens admodum etiam apud veteres sortis judicium, *l.* 14. *de judic. l.* 5. *fam. erc. l.* 24. §. 14. *de fideic. lib.* ubi scilicet animi judicio negotium explicari non potest: alias sorti res non committitur, *l.* 8. *de pact.* §. 1. *sup. de satisd. tut. l.* 47. *in fin. pr. C. de episc. & cler.*

COMMENTARIUS.

1 *Legatum electionis idem esse, quod optionis diversum autem à simplici legato generis & alternativo.*

2 *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.*

3 *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, eamque cohærentem personæ legatarii, ita ut ad hæredes non transmitteretur.*

4 *Expliccotur* l. si sic. legatum. 75. §. pen. de legat. 1. *rejecta interpretatione Donelli.*

5 *Notatur inconsiderantia Bachovii.*

6 *In* l. ult. C. comm. *de legat. nihil cautum de jure optandi transmittendo: sed temere diversos casus misceri.*

7 *Frequens fuisse apud veteres judicium sortis; qui & micatione digitorum usi.*

1 QUidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifestè apparet, ex *l.* 5. *de legat.* 1. *l.* 1. *l.* 2. *in pr. &* §. *ult. l.* 4. *l. si tibi.* 8. *in pr. & pass. tit. de opt. vel elect. leg.* Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse à simplici legato generis aut alternativo, certum est, *d. l.* 2. *in pr. &* §. 1. *l. cum ita.* 9. §. 1. *d. tit.* Nec una inter hæc differentia est. Nam primum in legato optionis solemnis est & expressa electio; in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, sed tacita & simplex, non solemnis. Deinde optionis legatum semper relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem.

2 Hinc est, quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii; in legato autem generali & alternativo nonnunquam hæredi electio competit; vel quia expressè ei data est, vel quia forma legandi tacitè in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si antequam vindicet, legatarius decesserit, ad hæredem transmittitur, *l. nec semel.* 12. §. *pen. quan. dies leg. ced.* ac optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset, ut hìc ait Justinianus: eratque adeo jus hoc optandi merè personale, ut in hæredem transferri non potuerit. Ad hæc cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, *l. legato.* 37. *de legat.* 1. ei autem licet, cui legata est optio, *l. si quis.* 9. §. 1. *de dol. mal.* Grot. 2. *manuduct. cap.* 22. excepto casu speciali *l. ult.* §. 1. *C. comm. de leg.* Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, *l. actus.* 77. *de reg. jur.* quo sanè referri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Planè *in d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidem etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in *l.* 2. §. 1. *l. servo.* 12. *l. si Pamphilo.* 10. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Et enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel dumtaxat optare aut eligere licet, *l.* 5. *de legat.* 1. *l. apud Aufidium.* 20. *de opt. leg. fac. l. hujusmodi.* 84. §. *Stichum.* 9. *de leg.* 1. *l. statu liberum.* 11. *in fin. eod.* 2. Idem in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur; *l.* 3. *qui & à quib. man.* quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l.* 4. *de opt. leg. l.* 3. §. *item si* 6. *ad exhib.* Quin amplius, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit, *Titio servum, quem voluerit, do, lego*, vel; *illud aut illud, utrum elegerit*, puto tamen nihilo magis optionem legatam; sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, *arg. l. illud aut illud.* 19. *de opt. leg.* Propriè enim optio legata dicitur, cum ipsa electio, τὸ προαιρεῖσθαι, legatur, veluti si dicat testator, *Titio optionem servorum meorum do, lego*: quo casu tres servos eligi posse rescriptum est, *l.* 1. *eod.* vel sic: *Titius ex servis meis, quem volet, optato*: vel, *Ex scyphis meis, quem velit; eligito, sibique habeto.* Julianus in *l. si Pamphilo.* 10. *eod.* verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

Habebat in se conditionem) Σίωπηρᾶς. Veteres, ut hìc commemorat Justinianus, credebant, legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset.* Quæ quidem conditio etsi tacitè inerat, cujus generis conditiones non solent facere legata conditionalia, *l. conditiones.* 99. *de cond. & dem.* tamen quia

quia ex voluntate testatoris videbatur proficisci, eamdem vim atque effectum habebat, quam habent conditiones cæteræ, quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta ab alio quàm à legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideo ad hæredem mortui ante electionem legatarii transferri non potuerit. Non obstat, *l. si sic legatum* 75. §. *pen. de legat.* 1. ubi sic scribit Ulp. *Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ergo velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur hæres ejus, ut præstet legatario actionem, electionem habituro, utrum decem an Stichum persequi malit.* Nam ut superius diximus, legatum generale aut alternativum, licet cum jure eligendi, non est idem aut ejusdem prorsus naturæ cum legato, quod in specie dicitur optionis. In legato hujusmodi, *illud aut illud*, utrum elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hactenus ut servo aut filio cohæreat, *l. si stipulatus* 76. *de verb. obl.* non ut nullo electo, decedente legatario, post diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non transmittatur: transmitti enim expressè scriptum est à Paulo in *l. illud* 19. *de opt. leg.* nec illa est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationem differentia. Jam verò si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem, in hæredes obligatio transit, ut idem Paulus respondet in *d. l. si stipulatus* 76. *de verb. obl.* Nec est admittendum, quod Donellus in *d. l.* existimat, obligationem transire, electionem non transire; quo nomine etiam reprehenditur à Bachovio *hic*: nam Donelli illam opinionem cum ipse locus satis refellit, tum perspicuè species paulo ante proposita ex *d. l. si sic legatum* 75. §. *pen. de legat.* 1. Nisi enim una cum obligatione ipsum etiam jus eligendi, quod ex stipulatione testatori quæsitum erat, in hæredem ejus translatum fuisse ponamus, hæres cedendo actionem, id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit. Inconsideratè autem Bachov. jus electionis ex contractu quæsitum in q. proposita distinguit ab eodem jure delato ex testam. quasi illud non impediatur conditione, quominus ad hæred. transeat, hoc contra. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere, stipulationem autem sub conditione contractam, mortuo ante conditionem stipulatore, non extingui, sed spem obligationis transmitti in hæredem, §. *sub conditione* 2. *inf. de verb. obl. l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l. is cui* 42. *de obl. & act.* hæc etiam differentia non pertinet ad conditiones, quæ personis injunguntur: qualis sit omnino necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Conditio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficietque, nisi in persona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi* 44. *l. si ita* 69. *de cond. & dem.* Hinc jam opinor intelligimus, non temere credendum iis esse, qui pro certo tradunt, apud Paul. in *d. l. illud* 19. *de opt. leg.* scriptum fuisse, *transmitti non placuit*; Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. C. comm. de legat.* accommodasse sublata negatione.

Ex constitutione nostra data est licentia hæredi legatarii optare) Ubi Justinianus caverit, quod hic se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii, qui non optavit, hæredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ult. C. comm. de leg.* & sanè ea, quæ mox sequuntur de dissensione plurium hæredum circa electionem sorte dirimendam, arguunt, eam constitutionem hic significari. Etenim, quod Interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur, quàm si ut hæredes legatarii inter se de electione non conveniant, controversia sorte dirimatur: de jure verò optandi ad hæredes legatarii ante electionem mortui contra rationem juris veteris transmittendo, planè nihil ibi cavetur. Immo verò constitutio sic scripta est, ut ex ea nihil aliud colligi posse videatur, quàm quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit, ut legata optione, si legatarius ipse non optasset, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuisse, quid statuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis dissentirent. Inepta profecto dubitatio, si electio in legato optionis merè personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temere videtur miscuisse, & casum plurium legatariorum de electione disputantium inconsideratè confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat. VINN. Ast tanta oscitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex nostro §. patet, primo conditam constitutionem, eaque cautum, ut & hæredes legatarii optare

pos-

possent, deinde diligentiore habito tractatu, ei constitutioni aliquid additum esse. Prior constitutio priori incerta Codici periit, additamentum migravit in codicem repetitæ prælectionis, habeturque *l. ult. C. comm. de legat. & fideic.* Nec est quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi speciem proponat, ubi legatarii hæredes dissenserint circa electionem. Nam hujusmodi speciei & jure veteri locus esse potuit, si testator ita legaverit, *Titio, aut eo mortuo: ejus hæredibus servum, quem optaverint, do, lego.* Itaque ex *d. l. ult.* non sequitur, ut jam ante Justinianum legatarii hæredibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare servum) Quod de servo hìc dicitur, exempli id causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata sit, pertinere, *d. l. ult. C. comm. de leg.* Sic passim videmus, in optionis legato tantùm servorum mentionem fieri: & Papinian. in *l. actus* 77. *de reg. jur.* servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata; sed quia plerumque servorum potius, quàm aliarum rerum optio legari solita erat: unde & de eo sæpius Jurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifestè apparet ex lectione totius *tit. de opt. leg.*

Sorte hoc esse dirimendum) Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando dissentiant, unus forte, qui optet, constitui, cujus optionem cæteri ratam habeant, expressè cautum est *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuisse sortis & fortunæ judicium, ex variis Jurisconsultorum responsis elucet: *l. sed cum* 14. *de judic. l. generaliter* 24. §. *quid ergo* 17. *de fideic. lib.* quamquam vix, ubi negotium animi judicio explicari potest: de quo nos *lib.* 1. *select. quæst. c.* 35. Utebantur, antiqui & micatione
7 digitorum: Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum, an ille meum sequatur.* Cicero 1. *de offic. Sed quasi aut sorte aut micando victus, alteri cedat alter.* Suet. *in August. c.* 13. *Patrem & filium pro vita rogantes sortiri aut micare jussit.* Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco, alienum est quærere. VINN. In loco Suetonii alii legunt *sortiri aut dimicare*: Sed *micare* habuit Codex MSC. Salmasianus. Sic res olim in foro, sic carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum, V. C. Præfectum urbi, utilitate suadente sustulisse, ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Casaub. in not. ad Sueton. *l. c.* HEIN.

TEXTUS.
Quibus legari potest.

24. *Legare autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est.*

COMMENTARIUS.

TRansit hìc Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Sic autem initio definit legari illis solùm posse, cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factionem habent; quo soli propriè significantur, qui testamenti faciendi jus habent; ut ostendimus supra in §. *testes autem* 6. *de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est: quo continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt, modo jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quinam autem isti sint, docetur §. *extraneis* 4. *præc. tit.* De iis, qui capere non possunt, dictum est in hæredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit, poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui, quibus legari non poterat, vel propter conditionem libertinitatis, vel propter leges Voconiam, Juliam, Papiam, aut similes quibus capere, aut totum capere vetabantur: qua de re forte uberius infra *sub tit. de fideic. hær.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis, nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.
Jus antiquum de incertis personis.

25. *Incertis verò personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat,* Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod is relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æquè incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat, nominatim servos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti,* Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata vel si-*

fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

NOTÆ.

25. *Incertis personis*) Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l.* 24. *C. de episc. & cler.* civitatibus, *l.* 16. *ad SC. Trebell. l.* 22. *de leg.* 1. corporibus & collegiis licitis, *l.* 12. *C. de hær. inst. l.* 1. §. 15. *ad Treb.* relicta, rata essent.

COMMENTARIUS.

1 *Exponuntur aliquot loci ex quibus falso quidam colligunt, etiam jam olim hæreditatem legatumve incertis personis relinqui potuisse.*

2 *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*

3 *Cur ejus, quod incertæ personæ relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio.*

INcertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. Ulp. *tit.* 22. §. 3. *& tit.* 24. §. *incertæ* 18. Paul. 3. *sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit.* 22. §. 3. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis duodecim, *Ut quisque legasset*, veteres interpretati sunt, ut quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bonave sua magno sæpe labore quæsita relinquere incertæ personæ, tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium, quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse: *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, hæres meus decem dato, l. si quis* 14. *de reb. dub.* Nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur, Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cùm is privatam voluntatem suam scribit, tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo propriè testamentum fieri dicitur, hoc est, cùm solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstat quoque *l. in tempus* 62. §. 1. *de hær. instit.* agitur enim ibi expressè de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo sensisset: cujusmodi in causa audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus, *arg. l. falsa* 33. §. 1. *de cond. & dem.* quamvis totam exceptionem illam, *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*; responso Jurisconsulti adjectam à Triboniano nullus dubitet, add. Anton. Fab. 5. *conj.* 19. Magis videtur obstare *l.* 5. *de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus: quippe verba illa fideicommissi, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Cajo sic interpretanda, si quis alius ex amicis quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum. Porro ex hoc jure manavit, quod nec civitates, nec municipia aut collegia hæredes institui aut legatum capere potuerint, Ulp. *d. tit.* 22. §. 4. Plin. *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvisium*: *Nec hæredem* inquit, *institui, nec percipere posse rempub. constat.* Cæterum postea, ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, etiam tempore mediæ Jurisprudentiæ, *l. si quis* 37. *in fin. l. si hæres* 73. §. 1. *l.* 1. *si quid* 117. *l. civitatibus* 122. *de legat. l. cum senatus* 20. *de reb. dub. l. omnibus* 26. *ad Treb.* A Nerva hoc primum introductum, post deinde à senatu auctore Hadriano diligentius constitutum fuit, Ulp. *tit.* 24. §. *civitatibus.* 28. Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum senatus.* 20. In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tamdem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes institui possent, *l. hæreditatis.* 12. *C. de hær. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpiani *tit.* 22. §. 4. *& d. l. omnibus* 26. *ad Treb.* quibus locis hoc tantùm traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Senatusconsulto Aproniano. Eamdem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur, daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, xenodochis: nomen, ut sint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l. id quod* 24. *l. si quis* 49. §. 1. *& seqq. C. de Episc. & Cler.* Cyn. Bald. Salic. *in d. l. id quod* 24. Bart. *in l.* 5. *de reb. dub.* Tulden. *ad tit. C. de incert.* VINN. Hujus juris historia non satis accuratè exponi videtur à Vinnio. Quamvis enim Ulpianum sequutus, à Nerva antiquum jus primum mutatum esse existimet; id tamen non satis conciliari posse videtur loco Plinii, quia sua ætate nondum capere potuisse res publicas tradit, idque sub Trajano, ut videtur.

Nam

Nam in eadem *epistola* 7. *lib.* 5. liberalitatis ac munificentiæ erga Novocomenses mentionem facit, quam jam post consulatum ostendisse videtur, uti ex marmore apud Gruter. P. CCCCLIV. & MXX. VIII. adparet. Primum ergo SC. permissum videtur ut caperent civitates fideicommissa, idque sub Hadriano, consule Apronio, anno Christi 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta SCto. firmata. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 28. Unde legati hujusmodi exemplum exstat in *l.* 101. *ff. de leg.* 3. Postea D. Marcus id jus etiam ad collegia, *l.* 20. *ff. de reb. dub.* immo etiam ad vicos protulit, *l.* 73. §. 1. *ff. de legat.* 1. Denique & hæredes institui potuere civitates non demum per Constitutionem Leonis Thracis, *l.* 12. *C. de hær. inst.* sed jam temporibus Pauli, id est Severi & Caracallæ, ceu ex *l.* 121. *ff. de legat.* 1. colligimus. HEIN.

Quam incerta opinione) Incerta persona hic dicitur, quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit, id est, cùm mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tamquam in immenso atque infinito vagatur: nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

Qui primi consules designati) Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel ante candidatorum numerum constitutum, vel cùm eos non nocet, incertissima opinione dixit, *qui primi consules designabantur.* Quod si è constituto jam candidatorum numero, quos testator novit, ei qui primus consul designatus fuerit, centum legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo personarum numero cum certa demonstratione.

Libertas quoque incertæ personæ) Antea dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinquere potuisse, etsi militum testamenta nullius adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legari non potuit. Aliam nunc subjici ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas, cujus summus alioqui favor semper fuit, incertæ personæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Fusia Caninia. Ulp. *tit.* 1. §. *ult.*

Sub certa verò demonstratione) Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit, veluti: *Ex collegis meis, qui nunc sunt*, aut: *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut: *Qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato.* Ulp. *tit.* 24. §. *incertæ* 18. Et notandum in exemplo proposito demonstrationi expressè addi hæc verba, *qui nunc sunt*: alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

Per errorem soluta repeti non posse) Hic locus confirmat id, quod ante diximus, ex subtilitate quadam juris civilis hoc esse, quod incertæ personæ legari non potest. Neque enim ratio naturalis impedit, quominus verbi causa, ei, qui filiam meam aliquando uxorem ducturus est, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale, id est, hæres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur, quæ causa est, quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationis hic certissimus jure quoque civili effetus est, ut impediat ejus, quod ex ea causa solutum est, repetitionem, *l.* 13. *l. si pœnæ* 19. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. & act.* Christin. *vol.* 4. *dec.* 50. *num.* 4. erratque adeo manifestè Pacius, hunc locum restringens ad legata, quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falso existimat Bachovius.

TEXTUS.

Jus antiquum de posthumo alieno.

26. Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.

NOTÆ.

26. Ex mancipato filio conceptus) Alienorum posthumorum diversa sunt genera, & varii gradus: v. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Posthumos esse similes incertis personis: cæterum non per omnia eodem jure cum his censeri.*
2 *Posthumi alieni qui? & eorum diversa genera.*

QUi in utero sunt, sive posthumi, & tam alieni quàm sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delatæ,

l.

l. pen. de stat. hom. l. pen. de leg. 1. Verùm in hæreditatibus testamentariis & legatis nemo posthumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quisque legassit*, &c. quæ sic à prudentibus, ut etiam ante diximus, accepta sunt, uti quisque certo consiliò ac judicio decreverit, &c.

1 Cùm enim posthumi omnes incertæ sint personæ, aut incertis personis similes, contra legem fieri visum est, si aut hæredes instituerentur, aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id à testatore factum esset, ignorante, & an nascituri sint, & quales nascituri, & quot nascituri. Paulatim tamen disputatione fori propter utilitatem & non sine mgana ratione receptum, ut posthumi sui rectè hæredes instituerentur, & legatum ex testamento caperent. In posthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum; qua de re fusius disputavimus sub §. 2. *sup. de exhær. lib.* Non in omnibus tamen eamdem rationem posthumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ fuisse, ex eo apparet, quod fideicommissum posthumo alieno utiliter relinquebatur, *l. 5. in fin. de reb. dub. 2. de jur. eod.* cæteris incertis personis inutiliter. Et verò non est postumus planè similis tali personæ, quam testator omnino incerta & cæca cogitatione animo suo subjicit: sed magis & quodammodo similis iis, quos numquam vidimus qui etiam hæredes institui possunt, §. *ult. sup. de hær. inst.* Cæterum quod hìc Justinianus ait, posthumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obstat *l. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *l. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatem restituere posthumo suo vel alieno: & mox continenter in *l. 6. seqq.* posthumus hæres institutus, vel cui legatum relictum est. Respondeo, sunt loci isti diversorum auctorum: ac proinde necesse non est, ut quod in uno dicitur de posthumo vel suo vel alieno, cui hæreditas restitui jussus est, repetatur in altero, in quo simpliciter proponitur posthumus hæres institutus, aut legatum posthumo datum: nec illud etiam hoc loco quæritur, an cum posthumo, & cum quo testamenti factio sit, sed an & quando posthumus partem faciat?

Inter suos hæredes testatori futurus non est) Posthumus suus & alienus sic inter se opponuntur, ut suus posthumus dicatur, qui si vivo testatore nasceretur, in potestate ejus esset, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui nasceretur testatori suus hæres: qualis est is, qui in utero uxoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati, postquam uxor jam conceperat, §. *pen. sup. de tut.* §. 2. *tit. præc.* Posthumi alieni omnes, qui, si vivo testatore nascantur, aut in ejus potestate familiave non nascuntur, aut non nascuntur proximo ab eo gradu, uno verbo, qui sui aut inter suos non nascuntur. Horum autem diversa sunt genera & varii gradus. Primum posthumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem superstitem in potestate habebat; quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo suus hæres avo non agnascitur, §. 2. *sup. de exh. lib. d.* §. 2. *præc. tit.* §. 2. *de hær. ab intest.* At enim quia aliquando fieri potest, ut hic nepos posthumus suus hæres testatori agnascatur, puta si filius vivo testatore decesserit: pro suo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres institui potuit, *l. Gallus 29. de lib. & post.* Magis alienus posthumus est nepos, conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob causam jam dictam hujus tantùm nepotis posthumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii, qui in adoptiva familia est, *l. 1.* §. *si filius 8. de vent. in poss. mitt.* & qui nasci speratur ex testatoris filia, §. *ult. sup. de pat. pot.* Eadem porro ratione posthumus matri alienus est posthumus, puta si cæso utero extractus fuerit, *l. 6. fin. pr. de inoff. test.* & aviæ, qui in ventre est filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui nascituri sunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de leg. 1. dict. l. 6. de inoff.* Postremo alienissimi & maximè extranei, qui neque legitimi futuri sunt, neque cognati, *l. 6. de vent. in poss. mitt.* Hos autem omnes Justiniani definitio complexa est.

TEXTUS.

Jus novum de personis incertis & posthumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta; quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.*

NOTÆ.

27. *In nostro Codice constitutio*) Desideratur hæc Justiniani constitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc constat Justinianum cavisse, ut incertitudo personæ, cui aliquid legatum est, non vitiet legatum, si vel in præsens, vel

ex futuro eventu certitudo aliqua apparere posit.

COMMENTARIUS.

Hujusmodi species sine justa emendatione) Dubium est, utrum indistinctè hoc referendum sit ad speciem de incertis personis, de quibus superius egit, an verò tantùm ad speciem de alieno posthumo, cujus proximè meminit in §. *præc.* Sed rectè plerique Interpp. sentiunt, Justinianum loqui in universum de specie incertarum personarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere; constituisse se, ut & posthumo alieno & cæteris personis incertis, quas modo eventus postea demonstrarit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur, quod scriptum est in §. *incertis* 25. incertis personis legari olim concessum non fuisse: quod stultè diceretur, si ne nunc quidem id concessum esset constitutione Justiniani. Habemus etiam certissima hujus rei argumenta in hoc ipso §. quo in progressu judicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus scilicet jus illud, quod de incertis personis recensuit, emendarit. Non enim dicit, se id jus penitus sustulisse, sed non penitus reliquisse inemendatum. Ex verbis quidem Justiniani nihil hìc colligere possumus, quàm hoc eum constitutione sua cavisse, ut incertitudo personæ, cui quid legatum est, non amplius vitiet legatum, si ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere posit. Sed tamen non semper id admittendum videtur. Quid enim si eventus inciderit in eas personas, mortuo aut ignorante testatore, quibus verisimile non est, specialiter eum legaturum fuisse? Finge sic esse legatum, *Qui filiam suam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato*: eamque collocasse ignorante testatore, qui inimicus testatori fuerit, qui pessimè de eo meritus, qui sit infamis aut vitæ flagitiosæ: non putarem, huic quicquam ex hujusmodi legato deberi, ne nunc quidem post constitutionem Justiniani. Certius verò de re tota constitui posset, si constitutio, ad quam hic relegamur, extaret: sed in Codice, quo nunc utimur, desideratur. Græcam fuisse verisimile est, omissamque à Latinis descriptoribus intercidisse.

Non solùm in hæreditatibus) Ergo olim nec hæres institui incerta persona potuit: quod etiam disertè scriptum est ab Ulp. *tit.* 22. §. 3. De posthumo tamen alieno testatur ipse Justinianus §. *seq.* potuisse eum & antea hæredem institui. Cæterum hoc quomodo accipiendum sit, ibi declarabimus.

Et fideicommissis) De fideicommissis cautum propter personas incertas, §. *incertis* 25. *sup. eod.* nam posthumo alieno etiam antea fideicommissum relinqui potuisse evincitur ex *l.* 2. *de jur. cod. l.* 5. §. *ult. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum est, Justinianum non solùm de posthumo alieno cavisse, sed de cæteris quoque personis incertis.

Tutor autem nec per nostram constitutionem incertum dari) Hoc iterum locus ostendit, verum esse, quod diximus, Justinianum in constitutione, cujus hìc meminit, emendasse jus de personis incertis, non solùm posthumis: male enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conservari voluerit, *l. tutor* 20. *de test. tut.* ad cautionem pupilli pertinet: quippe cujus interest, ne incerti aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus testatori constare non potuit, ad tutelam admittantur, maximè sine satisdatione, à qua tutores testamentarii immunes sunt. Cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea suscepta tutor consequatur.

TEXTUS.

De posthumo alieno hærede instituto.

28. *Posthumus autem alienus hæres institui & ante poterat, & nunc potest: nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo accipiendum, quod hìc ait Justinianus, postumum alienum etiam antea hæredem institui potuisse?*

2 *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant huic loco deesse negationem.*

ETsi, ut superius dixi, antea ita jus fuit, ut posthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hìc ait, hæres institui is posthumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ supra relata sunt de inutili institutione postumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Justiniano facta. Tum si antea posthumus alienus hæres institui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum institui posse? An quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expressè, se antiqui juris observationem circa incertas personas & postumos alienos emendasse etiam in hæreditatibus, significans, sua de-

demum illa constitutione effectum, ut etiam
1 posthumus alienus rectè hæres instituatur. Sed sciendum est, neutrum jure civili inpersona posthumi alieni valuisse; sive hæres institutus esset, sive legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure prætorio insuper habitum, cum eo jure institutio postumi alieni, ut favorabilior, sustineretur, institutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, *infr. de bon. possess. in pr. l. posthumus. 6. de inoff. testam. l. 1. §. si filius. 12. de vent. in poss. mitt. l. 3. de bonor. poss. sec. tab.* Quamobrem interpretes fere omnes hæc verba Justiniani, *& ante poterat, & nunc potest*, sic acceperant, ante poterat jure prætorio, nunc potest etiam jure civili ex constitutione scilicet Justiniani, ut cùm utrumque intelligi non posit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu, cùm parum referat ad vim tabularum, utrum hæreditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti posit; quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat, quod Justinianus loquitur de hærede instituto, quod verbum est juris civilis: sic enim loqui eum necesse fuit, ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum, de quibus antea egerat. Et quid prohibet, quominus dicatur jure facta institutio, quæ jure prætorio sustinetur? Sanè Ulp. in *d. l. 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius. 12. de vent. in poss. mitt.* cùm de posthumo alieno loquens eum hæredem scriptum aut hæredem institutum, natumque secundum tabulas habere scribit, nihil aliud significat, quàm posthumum alienum jure prætorio rectè hæredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet, hujusmodi institutionem jure fieri, *l. Titius. 25. §. 1. de lib. & posthum.* cujus species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit Ant. Fab. *9. conj. 2.* D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcarum Institutionum fidem existimat, huic loco deesse negationem, & legendum, *Posthumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus *9. parerg. 1.* Sed errare eos apertè ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessario intelligenda est de posthumo alieno, sive eam accipias de posthumo, qui utero sit ejus mulieris, quicum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetriæ, quæ perpetuam voverunt castitatem; sive etiam de eo posthumo, qui ex ea muliere & testatore nasciturus est, quæ illius uxor esse prohibetur propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippe quod ex his nascitur vivo testatore, in potestate ejus nasci non potest; estque turpis hujusmodi institutio, ipsoque jure non valet, *l. 9. §. 1. de lib. & posth.* Jam verò stultissimè exciperetur posthumus alienus, si id quod præcedit, ad posthumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum dumtaxat. Mirorque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facile occurrent, qui modo hæc nostra attentè legerit.

TEXTUS.

De errore in nomine legatarii.

29. Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cùm de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur; & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui, si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

NOTÆ.

29. *Cùm de persona constat*) Id est, dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Et pari ratione quamvis testator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus *l. 4. de leg. 1.* Secus est si erraverit in nomine rei appellativo, puta si cùm vestem legare vellet, suppellectilem scripserit: quia rerum vocabula naturæ consona, publica & immutabilia sunt, *d. l. 4. l. 7. §. 2. de suppel. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Subtilius ac diligentius, quàm passim, explicatur differentia nominum propriorum.*
2 *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cùm de persona constat? & n. 5.*
3 *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo?*
4 *Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appelaverit?*

TRactationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideo subjungi videtur, quia hæ quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus *Pand. de cond. & demonst.* item *tit. C. de falsa caus. adj. leg. cum. 2. seqq.* ad quos vid. D. Tuld, & Perez. add. Christin. *vol. 4. decis. 49.* Nos

etiam quædam subtilius atque accuratius, quàm illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine) Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus distinctè expressit, *l. 4. C. de test.* & Charisius Grammaticus ita scribit: *Proprio nomina in quatuor species dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen est, quod nomini præponitur, ut Publius. Nomen, quod familiæ originem declarat, ut Cornelius. Cognomen, quod nomine subjungitur, ut Scipio. Agnomen, quod extrinsecus adjici solet, ut Africanus.* Hæc ille. Plura etiam ejusmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Asiatieus.* Charisius autem non satis distinctè videtur rem ipsam explicasse. Prænomen erat nomen cujusque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi causa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine singulæ familiæ in quaque gente distinguebantur, idemque omnium, qui ejusdem familiæ erant, cognomen erat: ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu alio ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Asia oppressa cognomen acceperunt, quamquam ejusdem essent familiæ, teste Cicerone *pro Muræn.* quo tamen loco non agnomen illud, sed cognomen vocat. Idem *lib. 2. de offic. c. 16. Divitem Crassi & libro de amicit. c. 2. Sapientem M. Catonis cognomen* fuisse scribit. Apud nostros quoque tantùm nominis, prænominis, & cognominis mentionem fieri reperio, *l. 1. de lib. & post. l. hæredes. 21. §. 1. qui test. fac. l. 8. §. 2. sec. tab.* Unde apparet, veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib. 1. de invent. c. 9. Nomen cùm dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippe quibus plerosque caruisse constat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuo uti consueverant: ut *L. Cornelius Sylla; C. Julius Cæsar; M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut potest, declarat, scribens, nomen esse τὸ κύριον ὄνομα, prænomen, quod nomini præponitur, à majoribus vel benefactoribus assumptum. Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hæreditarium, à parentibus aut amicis proprium nomen mutuatur, quod nobis imponitur, cùm Sacramento Baptismi initiamur, & in Ecclesiam recipimur. VINN. Omnibus Romanis fuisse cognomen, haud facile demonstraveris. Aliud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio observavit Plutarchus *in vita Marii ab init.* Sic & fœminæ, eodem teste, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia, immo & prænomen, ut à Perizonio, Spanhemio, aliisque demonstratum est, sed nullo cognomine. Sed & id observandum, genti Sulpitiæ bina semper fuisse prænomina: alterum commune SERVIUS: alterum proprium, ut *Cajus, Marcus*, &c. Adoptivi plerumque retento prænomine, adsumebant nomen patris adoptantis, & cognominis loco addebant nomen gentis ex qua prodierant, inflexum in ANUS. e. g. M. JULIUS OCTAVIANUS. Sed hæc tamen non semper ita se habuisse permultis exemplis ostendit vir summus Ez. Spanhemius *de usu & præst. numism.* HEIN.

Cùm de persona constat) Sive quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine, cæterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstrentur; valet institutio & legatum perinde, ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l. quoties. 9. §. si quis. 8. de hær. inst. l. 8. §. 2. de bon. poss. sec. tab. l. 4. C. de testam.* & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim. 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & posth.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominus & institutio & legatum valet, perindeque habendum sit, quasi nomen omnino adjectum non esset: dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari à testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quoties. 9. §. si quis. 8.* Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. de his, quæ pro non script. hab.* Finge ergo, hoc modo vel instituisse; *Corneliæ, sororis meæ, filius hæres esto*, vel legasse, *Corneliæ, sororis meæ, filio fundum illum do, lego*, si soror unum tantùm filium habeat, hic quia satis apparet quem testator designavit, valet institutio & legatum. Idemque est, si sic dixerit; *Cornelius, sororis*

meæ

meæ Corneliæ filius, *hæres esto* : aut, *Cornelio, sororis meæ Corneliæ filio*, *centum lego* : etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porro dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam & sic rectè hæres nuncupatur indicio digiti, *Hic mihi hæres esto*, cùm præsens est, qui ostenditur, *l. nemo.* 58. *de hær. inst.* Denique & sic quoque rectè demonstratur; *Cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi hæres esto*, *l.* 10. *de cond. inst.* cujusmodi demostrationes in legatis vel magis valere debent. Pari ratione etsi testator erraverit
3 in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Sempronianо nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l. de legat.* 1. Et convenienter, si quis, cùm unum tantùm servum haberet, dixerit; *Servum meum Stichum do*, *lego*, valebit legatum, licet servo *Davus*, non *Stichus*, nomen sit, *arg.* §. *seq.* Planè si quis cùm vestem legare vellet, suppellectilem scripserit putans vestem appellatione suppellectilis contineri, placet, nec supellectilem nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l.* 4. *de leegat.* 1. ubi Jurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia* sint, *hominum mutabilia*. Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantùm singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo.* 7. §. 2. *de supell. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sanè ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant, & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & circa consideratione naturæ rei imponantur: unde nec rei ὑσίαν, sed tantùm differentiam ἐπουσιώδη indicant. Appellativa autem fere φύσει constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχηγὰ καὶ στοιχεῖα, id est, principia & elementa reliquorum. Sanè Cratylus apud Platonem existimat, majorem quamdam vim, quàm humanam prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi imposititia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temere ἀπὸ τῶ αὐτομάτου imposita sunt, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quàm prima, ipsam rei substantiam indicant. VINN. Sed non temere hodie quisquam cum Cratylo apud Platonem existimabit, vocabula φύσει significare, non ex impositione hominum. Nec opus tam subtili ratione, quàm prior reddi possit. Nomen proprium uni datur, appellativum pluribus commune est vel personis vel rebus. Si quis itaque per errorem suppellectilem pro veste scripserit, neutrum debetur, non vestis, quia hujus non fit mentio, non suppellex, quia de hac non sensit, vocabulo hoc pluribus rebus quàm vestibus conveniente. Ast si Davum pro Sticho dixit, & unus tantùm servus adsit, facile adparet de quo senserit testator, quia nomen proprium servile non nisi uni servo suo competere potest. HEIN. De 4
illo quæsitum est, an non saltem valeat legatum, si res, cùm oculis subjecta esset, à testatore demonstrata sit, utut alieno nomine eam appellaverit; veluti si, cùm equus præsens esset, ita legavit, *Hunc bovem Titio lego.* DD. comm. probant sententiam Accursii in *l. quæ extrinsecus.* 65. *de verb. obl.* existimantis valere, atque equum deberi: quod tamen mihi minimè consentaneum videtur ei, quod scribit Paulus *l.* 3. *de reb. dub.* eum, *qui aliud dicit*, *quàm vult*, *neque id dicere*, *quod vox significat*, *quia non vult*, *neque id*, *quod vult*, *quia id non loquitur* : convenienter planè sententiæ sive Servii sive Celsi, *non videri quemquam id dixisse*, *cujus non suo nomine usus sit*, aut, quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit, quamquam Tubero plus hìc tribuebat voluntati, *l.* 7. §. 2. *de sup. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æquè stultum ac derisorium, ut illa de quibus *in l.* 4. *de legat.* 1. quod etiam Mynsingero verius videtur. Sanè si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum.* 52. §. *quod tamen.* 4. *de legat.* 3. Quin etiam generaliter id admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l.* 9. *de trit. vin. ol. l.*

Significandorum hominum gratia) Ratio elegans, si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur profecto nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitiare debet: & rectè Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur: quoniam vice mutua fungantur, quæ tantumdem præstant, *l.* 6. *de reb. cred.*

TEX-

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis legaverit*: Stichum servum meum vernam, do, lego. *Licet enim non verna sed emptus sit; si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit*; Stichum servum, quem à Sejo emi, *sitque ab alio emptus; utile est legatum, si de servo constat.*

COMMENTARIUS.

1 *Regulam hoc loco traditam sic esse temperandam, nisi quid aliud legato obstet, præter falsitatem demonstrationis: quod variis exemplis demonstratur.*

QUod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus est, legatum tamen ob id non vitietur, modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhiberetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset: dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio.* 17. *in pr.* & §. 1. *l. si falsa.* 33 *cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis: *l. 6. de reb. cred. l. nominatim.* 34. *de cond. & dem.* Eoque respicit Justin. *in pr. hujus.* §. cùm ait, proximum esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi.* Habet autem hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis. Etenim si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc esse legatum traditum est. Ut ecce, testator ita legaverit; *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego.* Si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus.* 108. §. *qui quinque* 10. *de legat.* 1. *l.* 1. §. *sed & si* 7. *de dot. præl.* junct. *l. planè.* 34. §. 4. *de legat.* 1. prius enim esse debet, quod legatur, quàm legatum valeat, aut dici posit falsa demontratione non perimi, *l. quibus.* 40. §. *pen. de cond. & dem.* Item si quis ita legaverit; *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. sic legatum* 75. §. 1. *de leg.* 1. Et eadem igitur ratione inutile erit & hoc legatum: *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit: *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, nec quicquam Titio debeatur, legatum sit utile: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. si sic legatum.* 70. §. 1. *l. legavi.* 25. *sub fin. de lib. leg.* Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen nec si quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge, testatorem ita legasse; *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*, constat, hoc legatum in utile esse, etiamsi verum sit, centum Titio deberi, quoniam debitor id quod ipse debet, alii quàm creditori legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit, legatum valebit: nam quod inutile forte legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. Finge iterum legasse hoc modo; *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cùm Titius nihil deberet, responsum est, nihil hìc item esse in legato, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. si sic legatum.* 73. §. 2. *d. l. legavi.* 25. *vers. quod si sic.* Nimirum etsi hìc centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, quàm liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *l.* 3. §. 3. *de lib. leg.* Neutri verò horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile esse legatum, si nihil Titius debeat, *d. l. si sic legatum.* 85. §. 2. quippe nec hìc legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut, hæres actiones suas præstet nullas verò habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet; quod Jurisconsultus in *d. l. si sic legatum.* 75. §. 2. breviter his verbis significat; *Esse enim debitor debet.*

Stichum servum meum vernam) Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domi ex ancilla natus, οἰκογενὴς, οἰκοτραφὴς. Quod nomen Festus *à vere* deductum putat, *quod*

quod id tempus duce natura fœturæ est. Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua*, *uvæ vernaculæ*, id est, ἐπιώριοι. Cicero 5. *in Ver. c.* 61. *Vernaculum crimen* pro domestico. *Auctor. incert. de bello Hispan. cap.* 7. *Vernaculas Pompeji legiones* pro propriis dixit.

Stichum servum, quam à Sejo emi) Aliud ejusdem generis exemplum ex *l. demonstratio.* 17. §. 1. *de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servus demonstratus sit: *Stichum sutorem, Stichum cocum Titio lego.* Licet enim nequesutor, neque cocus sit, ad legatarium pertinere dicitur, si de eo sensisse testatorem apparet. Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ, idem verò etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit, aut falso demonstratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dummodo de persona ejus constet, cui testator legaverit, *d. l.* 17. §. 1. *l. falsa* 33. *& l. seqq. eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quàm falsa demonstratio; non etiam error, qui obstet voluntati; qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, *arg. l.* 4. *& l.* 7. *C. de hær. inst.*

TEXTUS.

De falsa causa adjecta.

31. *Longè magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cùm quis ita dixerit*: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego; *vel ita*; Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa; aliud juris est, veluti hoc modo*, Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.

NOTÆ.

31. *Legato non nocet*) Quia ait Papinianus: ratio legandi legato non cohæret, *l.* 72. §. 6. *de cond. & dem.* id est, quia legatum constat etiam citra rationem adjectam legato, ideo falsa causa non nocet, quia vera quoque necessaria non est. At citra nomen aut demonstrationem legari non potest.

COMMENTARIUS.

1 *Cur longè minus falsa causa legato adjecta nocere dicatur, quàm falsa demonstratio?*

2 *Causam in futurum collatam sive modum huc non pertinere?*

3 *Qua ratione legatum in proposito substineatur?*

4 *Insigne hujus juris temperamentum.*

5 *Qua in re conditio & modus conveniant, & discrepent?*

QUod juris est, ait Cajus, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. demonstratio.* 17. §. 2. *de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus* 52. *de cond. ind.* causa irritatrix, quam dialectici προκαταρτικὴν vocarent, alias ἀφορμὴ, occasio, causa impellens dicitur. Igitur, 1
causa, id est, ratio legandi, etiamsi falsa sit, legato non obest. Sed cur ait, longè minus falsam causam legato adjectam nocere, quàm falsam demonstrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohærent, adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi à legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus, *l. cum tale.* 72. §. *falsam* 6. *de cond. & dem.* cùm ideo ait falsam causam legato non obesse, *quia ratio legandi legato non cohæret.* Causa, quæ in futurum confertur, mo- 2
dus appellatur; veluti, *Centum lego ut opus extruatur*, &c. *d. l.* 17. §. *ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub. mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod sub modo legatum est perinde fere habetur, ac si sub conditione relictum esset, *l. si cui* 92. *de cond. & dem. l.* 1. *C. d. tit.*

Legatum tamen valet) Donare enim nihil- 3
ominus testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur. Quippe sciebat, se ob negotia sua gratis gesta aut patrocinium sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, *arg. l. donari.* 82. *de reg. jur. l. damus* 52. *l. in summa.* 65. §. 2. *de cond. ind.* Cùm igitur gratuitam merèque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primum provocatus ad legendum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid dederit, quod negotia sua adjuta putabat, falsa licet persuasione, datum consistit, nec repeti potest, *d. l. damus* 52. *de cond. ind.* redditurque hæc ratio *in d. l. in summa.* 65. §. 2. *eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, arg. *l. in testam.* 12. *de reg. jur.* VINN. Accedit & alia ratio legatis propria. *Legare*, ut supra ex Ulpiano demonstravimus, est *legis modo*

do aliquid relinquere. Testator itaque est instar legislatoris. Hujus autem lex obligat, tametsi falsa ratione munita: quia jam ipsa legislatoris voluntas pro ratione est. Rectè Pufendorff. *de J. N. & G. lib. 1. cap. 6. §. 1. Lex licet & ipsa suis non debeat carere rationibus, hæ tamen propriè caussa non sunt, quare ipsi obsequium præstetur, sed potestas præcipientis, qui ubi voluntatis suæ decretum significavit, obligationem subdito adfert, omnino juxta præscriptum suum faciendi, etsi fors ipsi rationes præcepti haud ita liquido adpareant.* Ita ergo & hæredi necessitas imponitur, voluntati testatoris, tanquam legislatoris adimplendi, si vel maximè hic rationem vel nullam vel falsam adjecerit legato. HEIN. Cæterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit, *l. cum tale* 72. §. *falsam 6. de cond. & dem.* nisi hæres probet
4 testatorem legaturum non fuisse, si causam, quam adjecit, falsam esse scivisset. Verba Papiniani sunt: *Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturum non fuisse.* Quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum numquam ita vitiat, quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa; tamen plerumque fieri, ut petentem legatarium hæres summoveat exceptione doli mali, docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, alias non fuisse legaturum. Id verò sæpe probatu non est usque adeo difficile. Quid enim si testator aliquando apud amicos apertè dixerit, se, si verbi causa Titius negotia sua non curasset, nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet; vel se facere non potuisse, quin egregium officium sibi à Titio præstitum legato aliquo remuneratur, aliam legandi causam non habuisse; vel hoc unum se movisse, ut Titium legato honoraret, quia restitutionem sibi à Principe impetrasset, alias nihil se illi legaturum fuisse? Denique quotiescumque probari potest, tanquam pro compensatione accepti beneficii legatum datum esse, locus erit exceptioni doli: quippe quæ omnibus obstat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt, *l.* 3. §. *ult. de adim. leg. l.* 4. §. *præterea* 10. *de dol. mal. exc.* Et ideo si quis cùm Titio quædam sua negotia peregre curanda commisisset, atque existimans ea diligenter curata esse, centum eidem Titio legaverit cum adjectione hujus causæ, quam falsam esse & negotia illa neglecta hæres doceat; putarem hic etiam petenti legatario obstituram doli mali exceptionem.

Conditionaliter enuntiata) Si causa conditionaliter hoc modo enuntiata fuerit: *Titio, si negotia mea curaverit, fundum lego*, causa legato ipsa conceptione cohæret, & si falsa est, fit, ut voluntas legato desit, & legatum sit inutile, *l. demonstratio* 17. §. *pen. de cond. & dem.* nam conditiones, quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, §. *pen. inf. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatum non debebitur ipso jure, eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. Conditioni affinis est modus: utrumque enim futurum aliquid expectat; nam si hac legandi formula testator utatur: *Titio centum do, lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, *d. l. demonstratio* 17. §. *ult.* si ita dixerit, *Do, lego, si monumentum faciat*, est conditionale. Effectus autem inter hæc multum interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præstita scilicet cautione de re restituenda, si modus non impleatur: sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit, extinguitur, *l.* 3. *l.* 4. *C. de cond. insert.* quamquam non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur. Nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo statim repræsentatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit: si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum ei, ad quem jure civili, deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa est & composita, Muciana dicta: atque in hæreditatibus quoque locum habet, *l.* 7. *l. his qui* 18. *de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis D. Tulden. & Perez. *ad tit. de falf. ea. adj. & 2. seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 49.

TEXTUS.

De servo hæredis.

32. *An servo hæredis rectè legemus, quæritur. Et constat, purè inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit.*

COMMENTARIUS.

HUjus & sequentis §. exiguus hodie usus est servitute jam sublata. Proponuntur duæ

duæ quæstiones contrariæ, una hoc §. an servo hæredis rectè legetur? altera §. seq. an rectè legetur domino servi hæredis instituti?

Purè inutiliter legari) Quod servo legatur, ipsi domino legari intelligitur, *l. non minus* 31. *de hær. inst.* proinde si servo legetur, vel ipse hæredi à semetipso legatur: quod à juris ratione alienum est, *l. & quidem* 18. *legatum* 116. §. 1. *de legat.* 1. Ulp. *tit.* 24. §. 20. neque natura patitur, ut idem sibi & creditor sit & debitor; quod fieri necesse est, si servo hæredis legari volumus: nam hæres hic & creditor sit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres testatoris. Hinc quotiescumque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eamdem personam concurrant, confunditur obligatio, & necessario extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest, *l. sicut* 75. *de solut. l.* 7. *C. de pact.*

Si vivo testatore de potestate) Utrum quod purè relictum est, valeat, nec ne; ex tempore facti testamenti æstimandum, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testatore, ex postfacto convalescere non patitur, *l.* 1. *de reg. Cat.* Atqui in proposito, si statim testator decedat, vires habere legatum non potest. Eadem ratione supra dictum est, cum res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideo non convalescere, etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit, §. *sed si rem* 10. *sup. eod.*

Sub conditione verò rectè) Quod legatum per conditionem suspenditur, id in incerto est, aliquando valiturum sit, ut nec ne, ut dici non possit tempore testamenti valere aut non valere: & ideo placet, Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, *l.* 4. *de reg. Cat.* quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit, *l.* 3. *eod.*

An quo tempore dies legati cedit) Dies legati sub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* id est legatum sub conditione datum non ante deberi incipit, quàm conditio extiterit, *l. cedere diem* 213. *de verb. sign.* atque ex eo demum tempore vires hujusmodi legatum capit; ut proinde etiam satis sit, cùm conditio existit, rem in eo statu esse, ut possit vires capere, quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate hæredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, proculdubio legatum nullum est. Sed inquies, etiam in casu præcedenti contingere potest, ut die legati cedente servus non sit in potestate hæredis; potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati purè relicti cedit, ab hærede manumitti & alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita spectari tempus mortis, ut id tempus vi & potestate regulæ Catonianæ conjungatur, cum tempore testamenti facti, perindeque omnino habeatur, licet diutius testatorem vivere contingat, ac si statim testamenti facti tempore decessisset. Ex quo est, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis, *l.* 3. *de reg. Cat.*

TEXTUS.

De domino hæredis.

33. *Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino rectè etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hæreditas à legato separata sit, & possit per eum servum alius hæres effici, & si prius, quàm jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus, ipse hæres efficitur; quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.*

COMMENTARIUS.

HÆc species superiori contraria est. Ait, ei, cujus servus hæres institutus est, etiam sine conditione rectè legari hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui hæres sit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus transmitti; sed non cedere apud hæredem, ut in casu superiori, cùm domino hærede instituto servo ejus legatur. Quippe dominum non recta per servum hæredem fieri, sed ita, si jussu ejus hæreditatem adierit: posse autem fieri, ut servus institutus, priusquam jussu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirat, maneatque sic hæreditas à legato separata. Cùm itaque hic legatum & hæreditas decendente testatore statim in eamdem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hæreditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hæreditate, placet, legatum interim in sus-

penso esse, & siquidem servus, antequam jussu domini hæreditatem adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si verò in eadem causa manserit, & jussu legatarij adierit, evanescere propter confusionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est, à filio hærede patri etiam purè legari posse, *l. à filio* 25. *l. quæsitum* 91. *in pr. de legat.* 1.

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. *Ante hæredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi, (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum,) sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem, & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis institutionem, & inter medias hæredum institutiones, legatum relinquere & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

NOTÆ.

34. *Sperni testatoris voluntatem*) Quæ etiam ex veterum sententia totum in testamento facit, *l.* 35. §. 3. *de hæred. instit. l.* 12. *in fin. de leg.* 1.

Et ante hæredis institutionem) Nam in actu continuo & unius temporis, nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis institutio semper caput & fundamentum testamenti, sive sequatur, sive antecedat. Wesemb.

COMMENTARIUS.

1 *Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante hæredis institutionem relicta; & num.* 2.

SEquitur hujus tituli caput ultimum, in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur: & nimirum hæ tres, quod ante hæredis institutionem, quod post mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

Ante hæredis institutionem) Olim si ab institutione hæredis initium testamenti factum non esset, legata ante institutionem hæredis relicta inutilia erant: veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset: *Titio centum do lego*; deinde loco secundo: *Sempronius mihi hæres esto*; legatum hoc, ut præpostero ordine ante hæredis institutionem relictum non valebat. Ulp. *tit.* 24. §. *ante* 14. Paul. 3. *sent.* 6. §. 1. Cujus rei rationem hanc affert Ulp. *quia potestas testamenti ab hæredis institutione incipit.* Id est, quia per institutionem hæredis demum vires, robur, ac firmamentum testamentum accipit: ut proinde hæredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat: & quod ante relictum est, tamquam extra testamentum relictum videatur ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, spreta testatoris voluntate. Et merito. Sit enim institutio hæredis caput & fundamentum testamenti, ex ea testamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l. quod per manus* 10. *de jur. eod.* non ideo tamen legatum institutioni hæredis præpositum perinde habendum, quasi extra testamentum relictum sit: quoniam cùm unus continuus testandi actus sit; nihil in eo ὕστερον πρότερον videri debet: & proinde sive antecedat legatum, sive institutionem hæredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti. Nec scio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam ante hæredis institutionem fideicommissum dari potuit. Ulp. *tit.* 25. §. 6. & *l. tutor.* §. *ad certum* 3. *sup. qui test. tut. dar.* & quod licebat testamentum ordiri ab exhæredatione, *l.* 1. *de hær. inst.* qua de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit, eum, qui testatur, ab hæredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

Nec libertas hæredis institutionem) Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem, quàm cætera legata. Excipit Ulpian. testamentum militis, *tit.* 1. *de libert.* §. *post mortem* 15.

Et ipsi antiquitati) Ipsi etiam veteres in plerisque potiorem rationem ducunt voluntatis, quàm ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt, ut in *l.* 14. *de pec. leg. l. cum pater* 77. §. *fidei* 12. *de legat.* 2. *l.* 6. *de solut. l. cum pater de legat.* 2. Et identidem pronuntiant, voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l. ex facto* 35. §. *rerum* 3. *de hær. inst. l. si nihil* 12. *in fin. de legat.* 1. At enim

enim in hac specie, quæ non tam ab ordine scripturæ, quàm à juris ratione dependere visa est, non sunt ausi idem definire. Quæ tamen profecto nimia fuit scrupulositas. Nam cùm illud admiserint, ut fidejussor præcedere
2 posset principalem obligationem, §. 3. *inf. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur, cur non etiam hoc receperint, ut legata præcedere possent institutionem hæredis. Neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest, quàm legatum sine hæredis institutione. Denique cùm, ut antea diximus, actus testandi sit continuus, in eo considerari non oportet, quid prius aut posterius fiat, cùm totum illud, quod fit, unus sit unius temporis actus, *l. hæredes* 21. §. *ult. qui test. fac.* quod & D. Wesembecius notat.

Per nostram constitutionem) Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quàm illa ad Mennam Præfectum prætorio in *l. ambiguitates* 24. *C. de testam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quàm ut ne vitia in scribendo commissa imperitia tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem, qua primum atque ex professo jus vetus abolitum est, desiderari. Cæterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse, ut ordo, qui hic commemoratur, à testatore observari debeat, & tantùm inversio ordinis in scribendo à tabulario facta non vitiaret testamentum, falsum esse, arguunt verba hujus textus, quæ manifestè indicant, Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permisisse, ut nihil intersit, veterem ordinem servet, an à legatis initium sumat.

Et inter medias) Hoc etiam jure veteri licitum fuisse, testis est Paul. 3. *sent.* 6. §. 1. Nostri notarii ineptiam suam produnt, dum semper fere à legatis & fideicommissis testamentum incipiunt quasi putent, inverti rerum ordinem, si hæredis institutio, quæ tamen caput est & basis totius rei, primo loco scribatur. Gomez. 1. *var. res.* 2. *num.* 5. Jac. Verwey. *artic. test. cap.* 16.

TEXTUS.

De legato post mortem hæredis, vel legatarii.

35. *Post mortem quoque hæredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur; veluti si quis ita dicat*: Cùm hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item*: Pridie quàm hæres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes; ne in hoc casu deterior causa legatorum, quàm fideicommissorum inveniatur.*

NOTÆ.

35. *Quàm fideicommiss.*) Jam olim enim benignè receptum erat, ut fideicommissa post mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Ulpian. *tit.* 21. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur post mortem hæredis aut legatarii legare non licuerit?*
2 *Cur licuerit in tempus mortis?*
3 *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri; cùm pater morietur, non item.*

HÆc item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem hæredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano *tit.* 24. §. *post mortem* 15. & Paulo 3. *sent.* 6. §. 4. quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

Inutiliter legabatur) Ulp. *d. loc. Post mortem hæredes*, inquit, *legari non potest, ne ab hæredis hærede legari videatur; quod juris civilis ratio non patitur*: & Paul. similiter *d. loc. Post mortem hæredis legari non potest; quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui potest.* Credo, quia incertum est, quinam illi futuri sint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In universum verò post mortem hæredis aut legata- 1
rii ideo legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperat à defuncto vel contra defunctum, in persona hæredis vel contra hæredem non inciperet, §. *post mortem* 12. *infr. de inut. stip.* Jam verò si quod post mortem hæredis legatur, valere volumus, necesse est obligationem, quæ contra defunctum non incepit, adversus hæredem transire: si quod post mortem legatarii, necesse est, ut, obligatio, quæ à defuncto non incepit, ad hæredem ejus transeat. Cur igitur, inquies, fideicommissum post mortem hæredis relinqui potuit? Ulp. *tit.* 25. §. 6. Resp. Benignè id receptum fuit, ut fideicommissum relinqui posset ab hæredis vel legatarii hærede, salva in cæteris superiore regula, *l.* 5. *de legat.* 3.

Cùm hæres meus mortuus) Aut, *Titio, cùm mortuus fuerit, do lego.* Enimverò quamvis post 2
mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quàm hæredis legatum conferri poterat, puta hoc modo: *L. Titio,*

cùm morietur, *do lego*, vel: *Hæres meus*, *cùm morietur*, *damnas esto dare*. Pand. *d. loc.* §. 5. & Ulp. *eod. l. si pecunia* 12. §. 1. *de legat.* 2. *l. hæres* 79. §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, §. *ita autem* 14. *infr. de inut. stip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors si non semel tota est, non est: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in personam morientis incipiat, & cœpta ad hæredem transmittatur.
3 Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. pen. de collat. l. nec emancipati* 15. *C. eod.* conferre tamen teneatùr, quod ei legatum est, cùm pater morietur: quia id non post mortem patris demum acquisivisse, sed moriente patre, manenteque adhuc vita, eum habuisse interpretamur. Constat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in potestate manserunt, quæ moriente patre habuit, *l.* 6. *C. d. tit.* Ulp. *tit. de poss. dand.* §. 3. add. Cujac. 3. *observ.* 34.

Pridie quam hæres aut legatarius morietur) Existimaverunt veteres, hoc legatum incidere in speciem præcedentem & eum casum, quo post mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cùm illud *pridie* ante mortem incertum fit, & non nisi postquam jam mortuus est hæres aut legatarius, sciri possit, quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere posse crediderunt, quàm si expressè post mortem legatum esset. Quam ob causam stipulatio quoque hujusmodi: *Pridie*, *quam moriar*, vel: *Pridie*, *quam morieris*, *dare spondes*? inutilis erat, *d.* §. *post mortem* 12. *inf. de inut. stip.* Ecce sollicitam veterum diligentiam.

Correximus) Ex constitutione Justin. etiam post mortem hæredis aut legatarii legare licet uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, *l. scrupulosam* 7. *C. de contr. stip.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. C. ut. act. ab hær.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura puta subtilitate consistebat. Cur enim, cùm legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus post mortem, aut in ante diem mortis? Meræ subtilitatis est, momentum mortis vitæ in hac causa attribuere; atque hoc solo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie*, voluntatem testatoris infirmari.

Quam fideicomissorum) Nam fideicommissa etiam olim post mortem hæredes rectè linquebantur, teste Ulp. *tit.* 25. §. 6. *& in l.* 5. §. *de legat.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur, vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur*, *& adimebatur*, *vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur*, *quod coercendi hæredis causa relinquitur*, *quo magis aliquid faciat*, *aut non faciat*, *veluti si quis ita scripserit*; Hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: *vel ex diverso*: Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit*: Hæres meus si servum Stichum alienaverit, *vel ex diverso*: Si non alienaverit, Titio decem aureos dato. *Et in tantum hæc regula observabatur*, *ut quamplurimis principalibus constitutionibus significaretur*, *nec Principem agnoscere*, *quod ei pœnæ nomine legatum sit*: *nec ex militis quidem testamento talia legata valebant*, *quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur*: *quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat*: *eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse*, *Sabinus existimabat*, *veluti si quis ita dicat*: Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto. *Nihil enim intererat*, *qua ratione Titius coerceretur*, *utrum legati datione*, *an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit*: *& generaliter ea*, *quæ relinquuntur*, *licet pœnæ nomine fuerint relicta*, *vel adempta*, *vel in alium rranslata*, *nihil distare à cæteris legatis constituimus*, *vel in dando*, *vel in adimendo*, *vel in transferendo*: *exceptis videlicet iis*, *quæ impossibilia sunt*, *vel legibus interdicta*, *aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. *Quod coercendi hæredis causa*) Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id est, non ut legatum facilius à legatario obtineatur. Itaque tale legatum, *Hæres uxori meæ penum dato*: *si non dederit*, *centum daro*, *l.* 1. *de pen. leg.* & si quæ similia, non est exemplum legati pœnæ: etsi enim & hic constringitur hæres, id tamen non fit hæredis puniendi, sed legati juvandi causa. Locus Africani in *l.* 1. *de*

de his quæ pen. cauſ. interpolatus videtur à Triboniano.

Secta meorum temporum) Ratio, diſciplina, juſtitia, *l. ultim. Cod. de pact.* Alex. *l.2. C. ad leg. Jul. maj.* Trajan. *ad Plin.* 10. 56. Igitur tale legatum, *Hæres meus niſi mare ebiberit*, aut, *niſi uxorem proſtituerit, centum Titio dato*, nullius momenti eſt: quia pœnæ cauſa hæredi, quod impoſsibile aut turpe eſt, injungitur. At cùm impoſsibilitas imponitur legatario, puta hoc modo: *Titio, ſi mare ebiberit*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujuſmodi pro non ſcripta habetur, ut §. *propen. ſup. de hær. inſt.* quod notandum.

COMMENTARIUS.

1 *Veteris juris, quod hìc refertur, variæ rationes.*
2 *Quid ſit pœnæ nomine legare?*
3 *Abrogatio hujus juris cum cauſa abrogandi.*
4 *Interpp. pleroſque circa hunc articulum erraſſe, eo quod non ſatis intellexerint, quid ſit, pœnæ nomine legare?*
5 *Notatur Bachovii & Sutholdi inſignis error.*

TErtia hæc ſpecies eſt; in qua jus vetus circa formam legandi à Juſtiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea cauſa fuit, ut qualecumque hoc eſſet, in totum non valeret. Ulp. *tit.* 24. §. *pœnæ* 17. *fac. l.* 12. *de cond. & dem. l.2. de his quæ pœn. nom.* Jul. Capitolinus *in Anton. c.8. Primus conſtituit, ne pœnæ cauſa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommiſſorum, quàm legatorum cauſa fuit, Ulp. *tit.* 25. §. 11. Hujus autem juris duplicem rationem fuiſſe Theophilus memorat. Primum, quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur; ſic autem juris conſtitutio eſt, ut legatum in poteſtate hæredis poni non poſsit, *l. ſenatus* 43. §. *pen. de legat.* 1. Deinde, quia finis legandi hujuſmodi legato obſtat; quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficiſci debere, non puniendi, aut territandi hæredis cauſa relinqui: pœnæ verò cauſa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratia relinqui: ſed contra naturam legati odio hæredis; ut ſit pœna, non præmium, non honos. Quin & tertia ejuſdem juris ratio dari poteſt, quod ſcilicet per ejuſmodi legata infringebatur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & licere debet: quod & ipſum jus civile improbat, *l. Titio* 71. §. 2. *de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur ſignificare Theoph. cùm ait, hoc genus legati modum quemdam præſcribere hæredibus, λαθεῖν ἰδιαύμης πολιτευεσθαι.

Adimebatur vel transferebatur) Exemplum ſit: *Titio centum do lego. Titius filiam ſuam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam ſuam Sejo collocaverit, quod Titio legavi, non do non lego*, vel: *Quod Titio legavi, Sempronio do lego.*

Quod coercendi hæredis cauſa relinquitur) Vel 2
etiam quod coercendi legatarii cauſa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modo propoſito. Plenius aliquanto definit Ulp. *tit.* 24. §. *pœnæ* 16. *pœnæ*, inquit, *cauſa legatur, quod coercendi hæredis cauſa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat*: id eſt, non ut legatum, quod alicui relictum eſt, facilius à legatario percipiatur, aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coercendi hæredis gratia legat; ſed eum ſolum, qui nullam aliam cauſam legandi habet, quàm ut hæres coerceatur: quod diligenter notandum eſt, ut ſcilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non ſolùm cùm hæres non conſtringitur ullo modo, ſed etiam cùm conſtrigitur aut coercetur, ſed alius rei gratia, legati ſcilicet, quod datum eſt, juvandi, aut voluntatis teſtatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula obſervabatur) Amplificat veterem regulam quatuor modis. 1. quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipſis relictum erat, huic ſe juri ſubjiciebant. 2. quod nec ex teſtamento militis hujuſmodi legata debebantur. 3. quod ne libertas quidem pœnæ cauſa dari poterat. 4. quod placebat, nec hæredem pœnæ cauſa adjici poſſe. Quibus & quintum adjici poteſt, quod nec fideicommiſſa, quorum longè laxior natura, quàm legatorum erat, pœnæ nomine dari poterant. Ulp. *tit.* 25. §. *pœnæ* 11.

Hujuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit) Juſtinianus etiam in hoc articulo juris veteris obſervationem ut nimis ſcrupuloſam abrogan- 3
dam putavit, idque effecit conſtitutione ea, quæ extat in *l. un. C. de his, quæ pœn. nom.* ut jam, quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minus valeant, quàm cætera, quæ jure relicta ſunt. Et profecto nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres inſtituitur, aut legato honoratur, pro modo relicti à teſtatore gravari, aut conſtringi, ut aliquid faciat, quod poſsit facere, & honeſtè poſsit: præſertim cum voluntatem defuncti legis inſtar obſervari etiam veteres voluerint, *l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *de hær. inſt.* Humanum tamen eſſe pleriſque viſum eſt, ut hæres ob juſtam ac probabilem cauſam ſaltem excuſetur à pœna, Covar. *in c. Rainaldus.* §. 1.

num.

n. 7. *Pand. de testam.* Peregr. *lib.* 3. *de jur. fis. cap.* 18. *nu.* 108. Sand. *lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 1. Ex his verò perspicuum est, errare interpretes, qui putant, jam tùm tempore mediæ Jurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hîc intelligere jus quoddam antiquius eo, quod relatum est in Pan-
4 dectas. Causam errori præbuit, quod non intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato*; quale legatum citra controversiam semper valuit, *l.* 1. *de pen. leg. l.* 1. §. *item si* 18. *ad leg. Falc. l. cum fine* 19. *quand. d. leg.* exemplum esse ejus, quod pœnæ nomine relictum est. Verùm ex definitione Ulp. paulo ante à me relata atque illustrata facile apparet, hoc exemplum ad legata pœnæ causa relicta non pertinere; quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio hæredis, aut ob eam causam, ut hæres coerceatur: sed totum appareat relictum & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elenchi. Neque necesse est, ut cum Cujacio *tract.* 5. *ad Afric. in l.* 1. *de his. quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem, *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: si non ædificaverit, centum Titio dato, l.* 6. *l. in testam.* 27. *de cond. & dem.* Nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipuè testatoris causa relictum est, & quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Justius movere interpretes potuit *d. l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum istum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba *illicitè, vel probrosè* responso Africani inseruisse, atque in calce item adjecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutioni Justiniani, quæ quidem sublato jure veteri, permittit pœnæ causa legari, sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt. VINN. Immo id non adeo exploratum est eruditis, *leg.* 1. *ff. de his, quæ pœn. causs.* esse à Triboniano interpolatam. Potius Vir Illustris, Corn. van Bynkhersh. *de legat. pœn. nom. relict. cap.* 4. inde colligit, ea tantum legata visa olim pœnæ nomine relinqui, quibus testator hæredem ad probrosum aliquid faciendum cogere vellet. Quæ si vera sunt, non potest quidem Tribonianus argui, quod constitutioni Justiniani subserviens responsum Africani interpolavit: ast erit tamen tunc ejus culpæ reus, quod non intelligens naturam horum legatorum Justiniano auctor fuerit legata pœnæ nomine relicta confirmandi, & excipiendi tamen legata, quibus hæres ad turpe facinus impellatur, cùm tamen hæc sola sint legata pœnæ nomine relicta. Ita aliquid concessit Justinianus, quod semper concessum fuit, prohibuit quod semper prohibitum, id est, actum egit. Si cui & id difficile creditu videatur, quia & Ulpian. *tit.* 24. §. 17. legata pœnæ nomine relicta fere eodem modo definit, ac hic Justinianus; is cogitet velim, an non legata pœnæ nomine fuerit omnia, quæ ab hærede ejus vexandi causa relinquebantur, quibusque sæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fors fuit testamentum illud Staberi apud Horat. *lib.* 11. *serm. sat.* 3. *v.* 84.

Hæredes Staberi summam incidere sepulcro,
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Dammnati populo, atque epulum arbitrio Arri,
&
Frumentum, quantum metit Africa.

Justinianus ergo has tricas sustulit, jussitque rata esse hæc legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adversum hæredi injungeretur. Conf. V. C. Nic. Hieronym. Gundl. *Diss. de principe hærede cap.* 6. §. 32. HEIN.

Impossibilia, vel legibus interdicta) Impossibilia, veluti si quis ita leget; *Hæres meus, nisi digito cœlum tetigerit*, aut, *nisi mare ebiberit, Titio centum dato.* Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget; *Nisi amitam uxorem duxerit, dato*: vel, *Si parenti alimenta præstiterit; Si patrem, ab hostibus redemerit, dato, l. conditione.* 9. *de cond. inst.*

Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur) Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *l. aliud est fraus.* 131. *de verb. sign.* Quæ verò culpa aut fraus in eo qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum: *Hæres, nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glossa in *d. l. un. Cod. de his, quæ pœn. nom.* notat, & disertè scriptum est in *d. l.* 1. *Pand. eod.* Mirorque adeo judicium Bachovii in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 6. & Sutholti, qui hoc à præceptore hausit, *diss.* 11. *n.* 59. contendentium, in proposito non vitiari legatum, sed vitiari illud ipsum, & pro non adjecto haberi, quod adjectum, impossibile aut legibus interdictum est, *arg.* §. *impossibilis.* 10. *sup. de hær. inst. l. ab. omnibus* 104. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. *de cond. & dem. cum. simil.* quibus locis traditur, conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare, sed

ſed ipſam vitiari & pro non ſcripta eſſe. Quis enim non videt, quantum inverſit, utrum ſimpliciter quis centum leget ſub conditione impoſsibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio, ſi digito cœlum tetigerit, ſi uxorem ſuam proſtituerit, centum do lego*, an centum leget pœnæ cauſa, eo hæredi injuncto, quod impoſsibile aut probroſum eſt; veluti ſi ita dicat; *Hæres meus, niſi digito cœlum tetigerit, niſi uxorem ſuam proſtituerit, centum dare damnas eſto?* Illic legatum non vitiatur, ſed favore ultimæ voluntatis ejuſmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari poteſt, fraudi ſit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non poteſt. Hic legatum nullius momenti eſt, non quia legato adjecta impoſsibilis aut turpis conditio; ſed quia relictum eſt puniendi hæredis cauſa, ſi ipſe conditioni non pareat, ideſt, non faciat, quod natura aut jure facere non poteſt. Hic, inquam, tale legatum inutile eſſe placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hanc eſſe mentem Juſtiniani ex hoc ipſo loco ſatis intelligitur, cùm legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impoſsibilia aut turpia ſunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius; & verum eſſe confeſſus eſt in comment. ad hunc §.

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. *Tit.* 4.

Continuatio. Quàm variis modis ademptio legatorum fiat.

DIctum hactenus eſt de iis, quæ ad conſtitutionem legati pertinent: nunc, uti mos eſt Juriſconſultorum, exponitur, quomodo rectè ab initio conſtituta infirmentur. Id fit, cum aliis modis, tum maximè ademptione aut tranſlatione; de quibus etiam hic Juſtinianus ſolùm agit. Eſt autem hæc facultas libertina, ut quod teſtator ſemel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre poſsit, voluntaſque defuncti ambulatoria eſt uſque ad ſupremum exitum, *l.* 4. *hoc tit.* Ademptione legati, vel ipſo jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipſo jure legatum ademptum intelligitur, ſi teſtator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis, ſive directo contrariis, dum teſtatur ſe adimere quod dedit, ſive aliis quibuſcumque, ex quibus apertè intelligatur, pœnituiſſe eum prioris voluntatis; arg. *l. Divi.* 13. *eod.* vel rebus & factis: veluti ſi legatum conſulto induxerit, *l. nihil intereſt.* 16. *eod.* aut rem legatam deſtruxerit, *l. ſi ita* 65. §. *ult. de legat.* 1. *l. lana.* 88. §. 2. *de legat* 3. aut in novam ſpeciem tranſtulerit, quæ ad priſtinam materiam reduci non poſsit, *d. l. lana* 88. *in pr.* & §. 1. vel nulla neceſsitate adductus alienaverit; de quo actum *tit. præc.* §. *ſi rem.* 12. vel denique ſi quis nomen debitoris ſui alteri legatum exegerit, de quo ſub §. *tam autem* 21. *eod. tit.* Ope exceptionis ademptio introducitur, ſi quid intervenerit, ex quo mutata voluntas teſtatoris colligi poſſit, cùm neque verbis, neque facto aliquo palam declaraverit, ſe legatum adimere: veluti ſi graves inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium interceſſerint, nec reconciliatio ſequuta ſit, hic petenti legatario obſtabit exceptio doli ex nuda eaque præſumpta contraria voluntate, *l.* 3. §. *ult.* junct. *l. ſeq. h. t.* Proinde omnino aſſentior Bartolo in *l. ſi ita.* 14. *de legat.* 1. Ant. Mynſ. & Schneid. *hic*, poſſe legatarium oppoſita exceptione doli ſubmoveri, etiamſi imperfecto teſtamento legatum ademptum eſſe proponatur: quippe cùm hæc exceptio obſtet omnibus, qui voluntate teſtatoris deſtituuntur, *l.* 4. §. *præterea.* 10. *de dol. mal. exc. l. militiæ.* 36. §. 3. *de teſtam. mil.* Præter hæc, quod hic non tangit Juſtinianus, legata etiam caſu intercidunt, videlicet ſi teſtamentum, quo aliquid relictum eſt, rumpatur aut irritum fiat, *l. filio.* 17. *de injuſt. rupt. l.* 8. §. *pen. de inoff. teſtam. l. ſi nemo.* 18. *de reg. jur. l.* 1. *C. de poſt. hær. inſt.* Una tamen hic exceptio eſt ex jure novilſimo; niſi teſtamentum reſciſſum ſit ex cauſa præteritionis aut exhæredationis: quod cùm incidit, ſola inſtitutio irrita eſſe jubetur, cætera autem capita rata manere, *auth. ex cauſa. C. de lib. præt.* vid. *ſupr. tit. de inoff. teſtam.* Porro eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in aliam transferri poteſt, de quo in §. 1. ſeu parte hujus tit. altera.

TEX-

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti si, quod ita quis legaverit; Do lego, *ita adimatur;* Non do, non lego, *sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.*

NOTÆ.

Sive codicillis) Testamento confirmatis ipso jure, Ulp. *tit.* 24. . 27. fac. *l.* 43. *de man. test. d. l.* 16. *de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. exc.*

Firma est) *L.* 17. *C. de legat.* Quippe voluntas defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l.* 4. *h. t.*

Aliis quibuscumque verbis) Ut in *l.* 3. §. 8. *l.* 13. *eod.* vel si facto aliquo contrariam voluntatem declaraverit, cujusmodi exempla habes, *l.* 16. *eod. l.* 65. §. 2. *de leg.* 1. *l.* 88. *eod.* 3. §. 12. *sup. tit. præc.* Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præsumptione, veluti si graves inimicitiæ inter testatorem, & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio secuta, *l.* 3. §. *ult. cum l. seq. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

SIve eodem testamento) Meminit tantùm ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit, hoc ipso legata priore testamento relicta infirmantur, unaquaque cum testamento, in quo relicta sunt, citra ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur, quod priore scriptura testamento datum est, id posteriore adimi potest, *l. Divi.* 13. *l. nihil prohibet.* 17. *hoc tit. l. si quis.* 16. *de vulg. & pup.* Atque adeo etiam statim & continenter, ut opinor, revocari; puta hoc modo; *Centum Titio do lego: immo non do, non lego.* Neque obstat, quod traditur in *l. ubi* 188. *de reg. jur.* ubi pugnantium in testamento jubetur, neutrum valere; quod Græci reddiderunt τὰ ἐν διαθήκῃ ἀλλήλοις ἐναντιούμενα οὐκ ἔρρωται, quoniam regula ista procedit in perplexis atque inter se collidentibus, cujusmodi speciem habemus in *l. Titius* 16. *de cond. inst.* non ubi prior scriptura per posteriorem corrigitur, commutatur, aut rescinditur, *d. l. nihil prohibet* 17. & ibi Gloss. & Bart. *h. t.*

Sive codicillis) Intellige testamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teste Accur. *hic & in præfat. Nov.* 159. *vers. manifestum.* Quippe cùm codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, *l. libertates* 43. *de man. test.* §. *præterea* 10. *inf. de fideic. hær.* consequens est, & arguit *l. si quis* 16. *de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat, codicillis non confirmatis potuisse adimi, ita quidem certè, ut ademptio ipso jure valeret: nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit, non est dubitandum, *l.* 4. §. *præterea* 10. *de dol. mal. exc.* Errat igitur & Accurs, *dd. loc.* & Bart. *in l. si ita.* 14. *de legat.* 1. quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi; hic contra, ipso jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab intestato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi? sed huic quæstioni locus erat in fideicommissis. Hodie tamen etiam in legatis est, post eorum cum fideicommissis exæquationem: cùmque dari legata codicillis & ab intestato possint, consentaneum est posse etiam ipso jure similiter adimi: eoque jure utimur.

TEXTUS.

De Translatione.

1. *Trasferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita dixerit:* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego: *sive in eodem testamento, sive codicillis id fecerit; quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

COMMENTARIUS.

AB alio ad alium) Ex Cajo *l.* 5. *hoc tit.* Potest verò & aliis modis translatio fieri. Paulus *l.* 6. *eod.* quatuor modus commemorat. *Aut enim,* inquit, *à persona in personam transfertur;* ad quem modum pertinet species hic proposita *aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det; aut cùm res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod purè datum est, transfertur sub conditione.* Adjiciatur & quintus, cùm quod prius sub condicione datum est, deinde purè legatur, *l. non ad ea.* 79. *de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego) Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cùm disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa: *Titio hominem Stichum do lego; Sejo eundem*

dem do lego; qua nil Titio adimi, sed Sejus in eamdem rem cum Titio vocari intelligitur, §. *si eadem.* 8. *tit. præc.* nisi evidenter appareat, adimere testatorem voluisse, *l. si pluribus.* 33. *de legat.* 1. Sed diversæ omnino sunt hæ formulæ, & cùm quis ita dicit; *Quod Titio legavi, id Sejo do lego*; ex ipsa conceptione perspicuè apparet, Titium & Sejum non conjungi in eamdem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam etiamsi persona legatarii non mutetur; sed verbi gratia ita testator scripserit, licet ex continenti: *Stichum, quem Titio legavi, hæres meus illi dato, si illud aut illud factum erit*: legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, *l. non ad ea.* 89. *de cond. & dem.* Obstare tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt in hac specie, *ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius hæres esto*: Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, *l. Julianus* 15. *in pr. de hær. inst. l. triplici.* 142. *in fin. de verb. sign.* Sunt qui in institutione hæredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra: quod ego falsum puto, & diversas esse formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego*; & *Stichum, quem Titio legavi, eumdem Sejo lego*; illa enim apertè adimitur Titio, quod Sejo datur, hac uterque in eamdem rem manifestè conjungitur, cùm idem utrique legatur. VINN. Alioquin dari solet regula: *Ex repetitione nominis primi legatarii præsumi translationem: ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem.* e. g. Stichum, quem Titio legavi, Cajo do lego. Titio Stichum do lego, eundem Cajo do lego, Nec obstat exemplum ex *l.* 15. *pr. ff. de hær. instit.* Nam si Stichus pro eadem parte legatur Cajo & Sejo; res ipsa docet, hìc non translationem esse, sed conjunctionem. Regula autem nostra indicat, quid in dubio sit præsumendum. Conf. celeb. Pagenstech. *Admonit. ad Pand. Part.* 5. §. 148. *p.* 581. HEIN.

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. Lib. 35. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 50. *Nov.* 1.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissimè antiqua legandi licentia repressa, & modus legatorum constitutus est. Indicatur hìc primum occasio hujus legis ferendæ: inde summa juris lege constituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore visum sit spectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Postremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, ostenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis ineatur.

TEXTUS.

Continuatio. Ratio & summa hujus legis.

Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset, Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto: *visum est hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et eum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est ut sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneat.*

NOTÆ.

Ipsorum testatorum gratia) Non singulorum; sed in genere & quasi in abstracto consideratorum. Nam singulorum potius hæredum gratia leges hæ latæ, *l.* 71. *hoc tit.*

Tam lex Furia, quàm Voconia) Quarum illa cavebat, ne supra mille asses legare licet. Ulp. in *fragm. pr.* Hæc, ne quis census plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem perveniret. Cic. 1. *in Verr. cap.* 43. Theop. *hìc.* add. Cujac.

Sive unus, sive plures) Hoc tamen sic temperandum est, ut procedat, si legata simpliciter

citer ab omnibus relicta sint; aliud si unus gravetur nominatim, §. *seq.*

COMMENTARIUS.

1 *Occasio legis hujusmodi ferendæ.*
2 *Exponuntur verba legis duodecim Tabb.* uti quisque legassit suæ rei.
3 *Quo aspectu leges Furia, Voconia, Falcidia testatorum gratia latæ dicantur?*
4 *Latas esse hasce leges hæredum potissimum causa, non singulorum testatorum.*
5 *Quid à quo cautum lege Furia?*
6 *Quid à quo lege Voconia?*
7 *Quando à quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum?*
8 *Ad quæ vel statim, vel sensim virtus legis producta?*

1 *LEge duodecim tabularum libera erat legandi potestas*) Causa seu potius occasio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabularum licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur, præter onus, & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat, uti quisque legavisse, ita uti jus esset, *l. verbis.* 120. *de verb. sign.* Hac licentia cùm testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo, aut quàm minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena dumtaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cùm & ipsis testatoribus inutile esset, & publicè interesse existimaretur supremas hominum voluntates conservari, *l. 5. test. quem. aper.* visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commodè fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cùm non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod hæredes ex testamento caperent. Quæ res cùm primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tamdem lege Falcidia perfecta est.

2 *Uti quisque legassit suæ rei*) Ita quoque verba legis duodecim referuntur in *l. verbis.* 120. *de verb. sign. Legassit suæ rei* dictum pro *super pecunia & re sua*: quomodo auctor *ad Heren. lib.* 1. & Ulp. *in fragm. tit.* 11. §. *testamento.* 13. legis verba referunt, quasi dictum esset, pro commodo & utilitate rei suæ; ut sit dativus acquisitivè positus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minimè convenit, ut hæc verba *rei suæ*, non ad verbum *legassit*, sed ad illa, *jus esto*, referantur; atque ita legemus, *Uti legassit, ita ut rei suæ jus esto*; quod voluit Alciat. *ad. d. l. verbis.* 120. & Baro *hic.* Primum quia verba illa, *ita jus esto*, absolutæ ponuntur. Deinde, quia etsi transitum in rem aliam haberent; tamen nemo ita loqueretur, *ita jus esto illius rei*, sed *de illa re.* Denique non dicimus, si quis quid legaverit, *ita jus esto de re sua*, sed *de re ejus*, utentes pronomine demonstrativo, non reciproco: quia legens de se prius locutus non est. VINN. Legem hanc decemviralem, jam alio loco exposuimus uberius. Conf. & *Antiq. nost. Rom. lib.* 11. *tit.* 15. §. 2. *nota p.* 456. *edit. nov.* HEIN.

3 *Ipsorum testatorum gratia*) Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam ipsorum testatorum gratia latas, ne scilicet, ut subjicit, voluntas eorum destituto testamento periret. Forte etiam hæc ratio fuit, quod qui substantiam omnem legatis erogant, credibile sit, errore ductos id facere, existimantes, plus se in bonis habere, quàm habent, *arg. l. in fraudem* 25. *qui & à quib. man.* Quamquam antem etiam retenta plena legandi licentia, & secundum eam exhausto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere possunt, ut voluntas servetur: quippe qui ne deserto testamento nihil consequantur, potius cum hærede paciscentur, partemque remittent, §. 2. *inf. in fin. eod.* tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, si jure suo & beneficio legis partem aliquam haberet, quàm si beneficio legatariorum. Licet autem hinc in- 4
telligere, leges hasce rogatas non esse singulorum testatorum gratia, sed tantùm in genere & quasi in abstracto testatores à latoribus consideratos, tamquam omnes ita affecti sint, ut malint partem legatariis detrahi, quàm voluntatem suam in totum perire. Etenim singulorum testorum favore si hæ leges introductæ essent, licuisset singulis, & verbi causa; Titio testatori huic suo favori renunciare, & testamento cavere, ne hæres aliqua harum legum uteretur: quod non licuisse certum est, sed contra etiam invito testatore, contra sententiam ejus, eoque prohibente, vim suam illas exercuisse, ut lege Falcidia expressè traditum est, *l. quod bonis* 15. §. 1. *& ult. l. Titia* 86. *in fin. hoc tit.* convenienter capiti secundo ejusdem legis, quo nemini plus legare permittitur, quàm dodrantem bonorum, *l.* 1. *in pr. vers. secundo eod.* Hujus rei etiam fortissimum argumentum est, quod placet, in testamento militis legi Falcidiæ locum non esse, *l.* 7. *C. eod.*

l. 12.

l. 12. C. de test. mil. Nam si ex voluntate testatoris induceretur, vel magis valere deberet in testamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quàm cæterorum tribuitur. Illud enim planè à ratione juris nostri alienum est, quod cum Portio Mynsingerus tentat, ideo in testamento militis cessare Falcidiam, quod hoc ipso quod cautum est, ne legi Falcidiæ locus esset in testamento militis, cautum quoque intelligantur, ut hæres à milite institutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, si nolit, magistratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum existimat cùm Corasio, eo, quem miles hæredem instituit, repudiante, proximos, qui ab intestato veniunt, legati præstatione obstringi. Et quid si illi quoque repudient? Denique ex eo quoque perspicuè apparet Falcidiam non induci ex voluntate singulorum testantium, quod laudatur hæres, qui solida legata præstat quasi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quàm beneficium legis, *l. 1. & ult. Cod. hoc tit. l. 5. §. si quis 15. de don. int. vir. & ux.* Porro ex his simul intelligimus, latas esse superiores leges in hæredum potissimum gratiam, & nominatim Falcidiam, de qua sola nunc quæritur: quod etiam disertè traditum est *in l. potest. 71. hoc tit.* ac proinde toto cœlo errant, qui asserunt, hasce leges principaliter & potissimum introductas esse testatoris causa; secundum autem testatorem causa hæredis, qui in numero etiam D. Hotomannus est.

5 *Lex Furia*) Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi potestatem coangustavit, lege perlata, ne cui supra mille asses legare liceret, constituta quadrupli pœna adversus eum, qui plus cepisset, Ulp. *tit. 1.* & Theoph. *hic* qui tamen non asses, sed νομίσματα habet, id est, aureos, seu solidos. Et forte hæc eadem lex est, quam intelligit M. Tullius *pro Corn. Balb. cap. 8. Tulit*, inquit, *apud majores nostros legem C. Furius de testamentis*, sed tamen non ausim hoc certo affirmare, quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex solo Ulpiano & Theophilo discere possumus, quid lege Furia testamentaria, cujus hic meminit Justinianus, cautum, tentatumque sit coercendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille asses. Qua quidem re etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi: & cùm de singulis dumtaxat legatariis lex caveret, facile evenire poterat, ut uno atque altero itemque tertio legato, hæreditas, præsertim non opulenta, tota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

Lex Voconia) Cùm usu omnium rerum magistro compertum esset, lege Furia superius incommodum nequaquam esse sublatum, Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum esse existimavit. Igitur abrogata lege Furia, ipse aliam tulit, ne quis census plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem hæredesve pervenerit, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coercitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus scribit) ne plus haberet legatarius, quàm hæres. Verùm ne hac quidem lege finis legandi factus, cùm & ipsa de singulis tantùm caveret legatariis. Quid enim si numerus legatarium tantus sit, ut in singulos singulis sextulis erogatis, una quoque tantùm sextula & fortunus aureus hæredi relinquatur? Quis spe tantuli lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantùm cavebat, qui census esset: ei verò, qui census non esset, licebat per eamdem legem plus legare, quàm ad hæredem perventurum erat, ut ex eodem loco Ciceronis intelligi potest. 6

Lex Falcidia) Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata est à Pub. Falcidio tribuno plebis, temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino & C. Asinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCXLV. teste Dione *lib. 48. p. 430.* Hac demum lege certis terminis circunscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata consumatur, *l. 1. hoc tit.* Quare, ut maximè legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam hæredis lucro cedat necesse est. Superiores igitur leges, etsi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit; quam ob causam & ipsa sola superioribus antiquatis recepta, atque in hoc usque tempus retenta est. 7

Ne plus legare) Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta est, & statim quidem ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum. Neque enim persuadere mihi possum, id primum factum Senatusconsulto Pegasiano centum demum annis post legem latam: quamvis fere omnes sic sentire videam, motus §. *sed quia. 5. seq. tit. vers. ex singulis.* Nam cùm utique hoc lex velit, & caveat, ne minus, quàm quarta pars bonorum hæredibus relinquatur; ut proinde directo ea pars nec auferri, nec minui à testa- 8

tore potuerit, *l. quod bonis.* 15. §. 1. *& ult. hoc tit.* quis credat, obliquè id fieri potuisse, licitumque fuisse tam longo tempore legis sententiam circumvenire, patrimonium fideicommissis onerando aut exhauriendo? Neque in *d. vers. ex singulis*: expressè dicitur, retentionem quartæ partis ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse Senatusconsulto Pegasiano, sed simpliciter, permissam esse, non addito, quo jure permissa sit. Quamquam etiam alia istius loci interpretatio est. Quin etsi Tribonianus expressè hoc affirmaret; mihi tamen id suspectum foret. Sanè in libris nostris promiscuè, quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicomissis singularibus tractatur, *l.* 5. *l. si tacitum.* 13. *l. quod bonis* 15. *l. filiusfam.* 18. *& passim hoc tit. l.* 2. *& l.* 3. *C. eod.* Porro lex Falcidia producta etiam est ad donationes mortis causa, idque constitutione *l.* 5. *C. eod. l.* 2. *C. de don. mort. ca.* Quod si quis dicat, etiam per mortis causa donationes fraudem legi fieri potuisse, is cogitet, ante hanc constitutionem eamdem rationem harum donationum & inter vivos fuisse: quippe sic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire; propterea quod vivo testatore exibant ex bonis ejus: siquidem etiam quod mortis causa donabatur ἐπὶ τὸ πολύ statim transferebatur in donatarium. Cæterum quoniam revocare hujusmodi donationem licebat, nec ante plena, ac perfecta censebatur, quàm mors insecuta fuisset, *l. non videtur.* 32. *de mort. caus. don.* ob hanc causam Severo visum est, id etiam quod ita donatum est, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi posset. At fideicommissa omnimodo in bonis relinquuntur, ut demum post mortem ab hærede præstentur. Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus.* 12. *C. hoc tit.* propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successionibus. Quod à Divo Pio factum scribit Paulus in *l. filiusfam.* 18. *hoc tit.* Denique vis legis Senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hæreditates, de quo seorsum *tit. seq.* VINN. Id addo, ex Pauli *Rec. Sent. Lib.* III. *tit.* 8. §. 1. constare, jam ista ætate legem Falcidiam etiam ad fideicommissa porrectam fuisse. Ait enim: *Exhausta legatis aut fideicommissis aut mortis caussa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ institutus hæres quadrantem retinere potest.* Quumque idem Paulus, *l.* 8. *ff. h. t.* referat, jam sub D. Pio hanc legem prolatam esse ad fideicommissa ab intestato; verosimillimum sanè est clam ante eandem valuisse in fideicommissis testamento relictis. An autem jam ante SC. Pegasianum, non magis liquet, quàm illam interpretationem hoc SCto fuisse invectam. HEIN.

Sive unus, sive plures) Interest verò, utrum legata simpliciter ab omnibus hæredibus relicta sint, an ex pluribus hæredibus ex certis partibus institutis aliqui nominatim gravati. Illo enim casu sufficit, ut solida legata præstentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc casu non item; quia suæ quisque partis, ex qua institutus est, quadrantem habere debet. De quo §. *seq.*

Pars quarta remaneat) Nec solùm hæres, si possidet, quartam partem retinere potest, aut errore facti non retentam repetere, *l.* 1. §. *si legatarius* 81. *hoc tit. l.* 9. *C. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam à quovis possessore vindicare, *l. lineam.* 26. *eod.* Putat D. Cujacius, à Justiniano id primum constitutum esse, *l. pen. C. eod.* verùm hoc vel ex eo refellitur, quod placet, legata pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate* 73. §. *ult. eod.* vid. Ant. Fab. *lib.* 4. *conject.* 1. *& lib.* 6. *c.* 2.

TEXTUS.

De pluribus hæredibus.

1. *Et cùm quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio & Sejo) si Titio pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: à Sejo verò aut nulla relicta sint legata, aut qua partem ejus dumtaxat in partem diminuant; an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere licet, ut quartam partem suæ partis salvam habeant: placuit posse retinere. Etenim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*

NOTÆ.

1. *Exhausta, aut supra modum onerata*) Per legem Falcidiam delibari hæreditas potest, onerari aut exhauriri non potest. Cujac.

Placuit posse retinere) Ratio dubitandi, quod videri potest legis satisfactum, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata.

In singulis hæredibus) Ratio decidendi ex *l.* 77. *eod.* Nam cùm lex omnibus & singulis hæredibus consultum velit, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cu-

cujusque partis quarta intacta servetur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum, an in specie hic proposita Falcidiæ locus esset? & cur esse placuerit?*
2 *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur?*

LEge Falcidia potestas facta est patrifamilias, tantam pecuniam testamenti dandi legandi, quantam volet; dum ita detur, legetur, ut ne minus, quàm quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede instituto res expedita est: nam si is, solutis legatis, quartam totius hæreditatis integram habet, legi satisfactum est: eaque portione contentus esse debet, vel semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus, ex una parte, ex altera sub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l.* 1. §. *id quod* 13. *l. in ratione* 11. §. *pen. hoc tit.* cujus rei ratio peti potest ex *l. cum hæres* 52. §. 1. *de acq. hær.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem hæredes, sed sine partibus omnibus instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus institutis, si unius dumtaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta? Placuit autem satisfactum non videri, idque hac ratione, quod lex non de uno aliquo hærede caveat, sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. in singulis* 77. *eod. & hoc text. in fin.*

Duobus hæredibus institutis) Testator cùm non amplius, quàm centum in bonis haberet, duos hæredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse hæredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: à Sejo verò nihil, aut minus viginti quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integra maneat. Quæritur, an mortuo testatore Titius intra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere? Videri poterat, legi Falcidiæ satisfactum esse, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata; utique satis esse ad intentionem legis, hoc est, ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hæreditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis, ex qua institutus est, retinere posse. Quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis salva maneat, sed nominatim ut hæredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis cùm non uni alicui hæredi tantùm, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l. singulis* 77. *hoc tit.*

In singulis hæredibus ratio legis ponendæ) Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, hæredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si verbi causa, ex duobus hæredibus institutis alter deficiat, à quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit aut onerata; ejus verò, qui accessit, integra aut tantùm delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac si ad eum, qui suam portionem omisit, pervenisset. Extat hæc distinctio in *l. quod si alterutro* 78. *hoc tit.* eademque à contrario sensu colligi potest ex *l.* 4. *C. ad Sen. Treb. in fin.* quamquam variasse Jurisconsultos, apparet ex *l.* 1. §. *si cohæredis* 14. *hoc tit.* de cujus §. lectione vide Cujac. 4. *obs.* 35. Et hanc rationem habere videtur, quod is, cujus portio onerata est, uti ex sua persona legata præstet, ita & ex sua persona tantùm Falcidia utitur: qui verò suam portionem integram habet, legata præstet ex persona deficientis, cujus proinde jure eum uti æquum sit, *argum. l.* 10. *l. qui in jur.* 177. *de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscurè in *l. qui fundum* 87. §. *qui filium* 4. *l.* 1. §. *id quod* 13. *hoc tit.* Cæterum in parte onerata; quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si cohæres deficiente testatore supervixerit, ut dici possit moriente testatore fuisse institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris reperiatur institutus, ex sua parte purè, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legi satisfiat, hunc alterum totius

assis

assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l. qui fundum* 87. §.4. nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujacio 4. *obs.* 35. ratio decidendi, quia Jurisconsultus utitur, non finit: qui etiam disertè sententiam suam sic restringit, ut dicat, eam tunc procedere, cùm cohæres vivo testatore decessit. Quod etiam Paulus non obscurè significat in *d. l.* 1. §. *id quod* 13. sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, si is omiserit hæreditatem, add. Don. 8. *comm.* 23. Cujac. 4. *observ.* 36. & 15. *obs.* 14. & 25. *obs.* 23. Ant. Faber. 4. *conj.* 13. & 18. *conj.* 14. & *seqq.* mirè variant, nec sibi constant. Et verò universæ superiori distinctioni locus in legatis uno eodemque testamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, secundis à substituto reliquit, non pertinet: siquidem vetus est juris regula, *In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari, l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. & *pen. l. in duplicibus* 79. *d. l. qui fundum* 87. §. *ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur.

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque verbi gratia si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona, (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit; ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione paciscì.*

NOTÆ.

2. *Solida legata debentur*) Nempe si damnum circa rem aliam, quàm quæ legata est, inciderit. Nam damnum circa rem ipsam seu speciem legatam contingens legatarium sequitur, hæresque interitu rei legatæ liberatur, §. 17. *sup. de legat.* ex jure scilicet communi omnium debitorum certæ rei, *l.* 23. *de verb. obligat.* add. *l.* 30. *hoc tit.*

Cui liberum est non adire hæreditatem) Neque enim legatarii aut fideicommissarii particulares hæredem cogere possunt, ut hæreditatem adeat, quod solis permissum fideicommissariis universalibus, propterea quod in hos etiam onera ex Sc. transferuntur, *l.* 14. §. 5. & *seqq. ad SC. Treb.*

Ne nihil consequantur) *D. l.* 73. *in fin. pr. h. t.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur, *l.* 14. *C. de fideic.*

COMMENTARIUS.

1 *Exceptio regulæ hic proposita.*
2 *Ejusdem regulæ declaratio.*
3 *Hæredem à legatariis cogi non posse, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari, exinde neque cessione legata augeri, neque decessione minui; sed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem sequi, *l. in quantitate* 73. *l. quod bonis* 15. §. 3. *in fin. l. cum quo* 56. *pr. hoc tit.* Cujus rei ratio est, primum quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea propriè sunt, quæ tempore mortis cujusque inveniuntur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipit, *l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *d. l. in quantitate* 73. §. *ult.*

Nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem, &c.) Postquam placuit, à morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l. in quantitate* 73. *l. in ratione* 30. *hoc tit.* Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis à defuncto contractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet, ex postfacto uberiorem videri fuisse hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo* 56. §. 1. *eod.* eamdemque rationem habet, quod responsum est, si pater, cum quo ex con-

contractu filii de peculio agi poterat, à creditore filii hæres institutus sit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem non quod mortis, sed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari, *d. l. cum quo* 56. §. 1. *l. si creditor* 83. *eod.* quamvis peculio post mortem creditoris deminuto, juxta regulam spectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat: quasi nihil intersit, peculium post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo* 56. *in pr. l. eo tempore* 50. §. 1. *de pecul.* Quamobrem quod vulgo dici solet, *eamdem rationem esse damni & commodi*, id intelligamus locum habere in iis, quæ primum emergunt? & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hæreditarios quæsitum: *hoc text. & d. l. in quantitate* 73. *d. l. in ratione* 30. *hoc tit.* non in iis, quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimo hæc, si subtilius res examinetur, non post mortem demum accedunt, sed omnino ad tempus mortis sunt referenda? quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodum & servi, qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem, *l. servi* 43. *eod.* ita ferme & Bachov. *hic.*

In tantùm decreverint) *D. l. in ratione* 30. *d. l. in quantitate* 73. Sunt verò hæc sic accipienda, si damna circa res alias, quàm quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa hæredis, id non hæredi, sed legatariis nocet secundum tenorem perpetui juris, quo traditum est, omnes debitores, qui speciem aliquam, id est, rem certam debent, liberari, si ea res ante moram sine facto eorum perierit, *l. si ex legati* 23. *de verb. oblig. l.* 5. *de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis esse res hæreditarias, cùm res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim etsi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen numquam potest, rem, quæ legata est, periisse, *l.* 11. *C. si cert. pet.* eleganter Mæcian. *in d. l. in ratione* 30. §. 2. *& aliquot seqq.* vid. sup. §. *si res* 16. *de legat.* 1.

Cum hærede in portione paciſci) In fideicommissariis hæreditatibus provisum est Senatusconsulto Pegasiano, ut si scriptus hæres nolit adire hæreditatem: jussu prætoris adeat, & restituat. Hoc verò beneficium neque legatariis, neque his quibus singulæ res per fideicommissum relictæ sunt, tributum est, *l. si quis* 17. *si quis om. ca. test. l. nam quod* 14. §. *non omnis* 5. *& 2. seqq. ad SC. Treb.* Quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit, nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommissi hæreditatis servandi causa hæres adire cogatur, postquam Senatusconsulto Trebelliano cautum est, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, *l.* 4. *eod. tit.* legati verò aut fideicommissi particularis causa hæredem compelli adire hæreditatem, æquum non esse; propterea quod in hos onera hæreditaria transferre non possunt, neque admittendum est, ut quis alieni dumtaxat emolumenti causa se æri alieno & litibus, vexationibus, aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solùm relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciscantur: quod illi facile facturi, & potius aliquid remissuri, quàm ut patiantur testamentum destitui, totumque, quod legatum est, sibi perire, *d. l. in quantitate* 73. *in fin. pr.*

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. *Cùm autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

NOTÆ.

3. *Deducitur æs alienum*) *L.* 6. *C. eod.* id est, omne cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l.* 54. *D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, nisi quæ defuncto ære alieno supersunt, *l.* 39. §. 1. *de verb. sign.*

Si fingamus quadringentos) *L.* 37. §. *ult. hoc tit.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quantitatis revocantur, *l.* 3. *l.* 6. §. 2. *C. eod.* Nota, Falcidiæ locum non esse in testamento militis, *l.* 7. *C. eod.* ex novo

jure

jure nec in legato in pios usus relicto, *Nov.* 131. *cap.* 12. *auth. similiter*, *C. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur, *auth. sed & ea*, *C. eod.* nec cùm hæres inventarium facere neglexit, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. del.* nec cum testator expressè prohibuit hæredem beneficio legis uti, *Nov.* 1. *cap.* 2. *auth. sed cum testator*, *C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *In bonis defuncti quæ numerentur; cùm de lege Falcidia quæstio est.*
2 *An hæres, quod sibi à defuncto debetur, deducat; & quid si rogatus, ne id legatariis imputet.*
3 *Quibus casibus lex Falcidia cesset.*

1 ANtequam summa constituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum? ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet, *l. nam quod* 14. §. *ult. l. cogi* 16. *ad Senatusconsultum Treb.* Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum* 39. §. 1. *de verb. signif.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cùm moreretur habuit, sed id solum, quod hæreditariis oneribus deductis supereſt. Cujusmodi onera sunt, æs alienum hæreditarium, funeris impensæ, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione horum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad hæredes certo mensuræ transeant, (nam contra est, sive non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, *l.* 38. *hoc tit.* vel ita transeant, ut non sint mansuræ: exempl. *in l.* 11. §. 1. & 2. *l. si statu liber.* 38. *eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere potuerit. Non enim computatur nomen inane, quod tantùm ex eventu hæreditatem auget, *l. Nesennius* 22. §. *pen. l. cum quo* 56. §. 1. *eod.* neque debitum naturale nondum solutum, *l.* 1. §. *id quod* 17. *eodem.*

Æs alienum) Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est, id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. pater* 54. *hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hæreditatem nata est, tamquam contractum ab hæreditate, *l. æris* 39. *eod.* Illud quæsitum circa hanc deductionem, 2 an etiam hæres quod sibi à defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cùm additione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l. sicut* 75. *l. Stichum* 95. §. 2. *de solut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l.* 6. *C. hoc tit.* id ob hanc procul dubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cùm de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius à Justiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jur. delib.* Quid si hæres rogatus sit, ut creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ voluntas defuncti servabitur, *l. si debitor* 12. *hoc tit.* sic ut debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni tantùm dodranti detrahatur, *l. quod bonis* 15. §. *cum fideicommissum* 4. *eod.* Exemplum esto. Quadringenta sunt in bonis: hæredis debita ducenta; legata trecenta. Hæres compensabit cum quadrante centum: reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacuè quæritur: quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari potest, *Nov.* 1. *c.* 2.

Impensa funeris) Ea est, quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci, neque mortuus sepeliri honestè potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, *l. & quis* 14. §. *funeris* 3. *de rel. & sumpt. fun. l.* 1. *in fin. cum l. seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvenda non sunt, *l. pen. de relig. & sumpt. fun.*

Pretia servorum mnnumissorum) Neque tantùm eorum, qui testatoris proprii fuerunt, verùm etiam quos hæres, cùm alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. ejus* 37. §. 1. *eod.* Aliarum quoque impensarum, quæ modo hæreditatis suscipiendæ causa factæ sint, deductionem permisit Justinianus, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jur. delib.* Quæ sequuntur, interpretem non desiderant. Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam olim cessabat in testamento militis, *l.* 7. *C. hoc tit. l.* 12. *C. de test. mil.* item in dote mulieri relegata, propterea quod

quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed usufructus* 81. §. 1. *hoc tit.* in commodo tamen præsentationis legi patuisse locum non dubito, *arg. l. 2. in pr. de dot. præl. l.* 1. §. *si quis* 10. *hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. si servus* 33. *eod. l.* 8. §. *quarta* 9. *de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, *per auth. similiter*, *C. hoc tit.* quamquam *in Nov.* 131. *C.* 11. unde *d. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolutè: & contra sæpe judicatum, Sand. *lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 10. Christin. *vol.* 1. *dec.* 320. *in fin.* Fachin. 5. *contr.* 17. si testator rem legatam vetuerit alienari, *Nov.* 119. *cap.* 12. *unde auth. sed & ea, hoc tit.* & in universum si prohibuerit expressè, hæredem Falcidia uti, *Nov.* 1. *c.* 2. *auth. sed cum testator*, *C. hoc tit.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio* 59. *pr. &* §. 1. *hoc tit.* Postremo qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine conditionem habet, *l.* 9. *C. hoc tit.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos servatur alienum à Jure Romano. Vid. Grot. 2. *manuduct.* 23. Gudelin. *lib.* 2. *cap.* 11. VINN. Addi potest, cessare quartam Falcidiam, si liberis suppleatur portio legitima, *l.* 36. *C. de inoffic. testam.* item si legata sponte soluta integra. *Nov.* 1. *c.* 2. *l.* 9. §. 3. *de jur. & facti ign.* denique si instrumenta legata, quamvis eo casu vix quæstio quidem nasci possit, *l.* 15. *C. hoc tit.* HEIN.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS.

Dig. Lib. 36. *tit.* 1. *C. Lib.* 6. *tit.* 42. *&* 49. *Novell.* 39. 108.

Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum.

SUpra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permista utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituatur disputatio: quod alterum est partitionis antepositæ membrum. *Fideicommissum est*, auctore Ulp. *in fragm. tit.* 25. *quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic rectè definiveris: *Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.

NOTÆ.

Fideicommissa) Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur. Ulp. *tit.* 25. Legatum autem relinquitur legis modo, id est, imperativè, *dato*, *capito*, *sumito*, *damnas esto dare.* Idem *tit.* 24.

COMMENTARIUS.

1 *Fideicommissi divisio: & summa eorum, quæ hic explicantur.*

2 *Cur prius de fideicommissis hæreditatis, quàm singularum rerum agatur?*

FIdeicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale, quod hæreditatem vel totam vel partem ejus continet. Particulare, quo non hæreditas aut pars hæreditatis, sed res singulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris singulare, aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agitur proximè; de universalibus, sive fideicommissariis hæreditatibus, hoc præsenti titulo: in quo Justinianus, ostensa prius communi fideicommissorum origine & incremento, disserit de forma relinquendi fideicommissum hæreditatis ab hærede scripto, deque restitutæ hæreditatis effectu: tum de Senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano, ac mox de Pegasiani in Trebellianum transfusione: in- 1

de docet, qui restituere rogari possint. Ad extremum aliquid de suo adspergit ad probationem fideicommissi in genere pertinens.

Prius est) Quemadmodum prius egit de hæredibus instituendis & deferenda testamento
2 hæreditate, quàm de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis ut digniorem præponens acquisitioni rerum singularum; ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt quod hæreditas: postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum, de qua illic agitur, ad fideicommissariam hæreditatem minimè pertinet; quoniam fideicommissarius restituta hæreditate hæredis loco habetur: sed ad specialia fideicommissa dumtaxat. Potest & hæc ratio dari, quòd cùm antequam de legatis dissereret, egerit de deferenda directo hæreditate, tum hæredem instituendo, tum substituendo, rectè quoque nunc atque ordine faciat, quod antequam disputet de fideicommissis rerum singularum, doceat, quomodo hæreditas deferatur indirecto atque obliquè, sive quomodo per fideicommissum hæredes substituantur. Vide quæ notavimus sub §. *ult. per quas pers. cuique acq.* & ad *rubr. de vulg. subst.*

TEXTUS.

Origo fideicommissorum.

1. *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

NOTÆ.

1. *Quibus non poterant hæreditatem*) Quales proscripti, deportati, &c. Exemplum habes apud Cic. *lib.* 1. *in Verr.* & ex parte, orbi, cælibes. Ulp. *tit.* 22. §. 2. & *tit.* 15. *cum seqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempla apud eumdem 2. *de finib. cap.* 58. VINN. Addi potest Quintilian. *Decl.* 324. item Valer. Max. *l.* 4. *cap.* 2. §. 7. HEIN.

Sed tantum pudore) Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum satis validum implendæ voluntatis defuncti.

Et populare) Theoph. χαρίεν τῷ δήμῳ. Plin. *Paneg. non quia populare gratumque audientibus.*

In assiduam jurisdictionem) Ita tamen, ut extra ordinem ipsi magistratus de fideicommissis cognoscerent, non more usitato formulam & judicem darent. Ulp. *tit.* 25. §. 10. *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.*

Prætor proprius) Claudius duos creavit. Suet. in *Claud. cap.* 23. ex quibus unum Titius detraxit, *l.* 2. §. 31. *de orig. jur.* Cæterum prætor ad certam summam cognoscebat, de majore consules jus dicebant. Quint. *lib.* 3. *c.* 6. unde lucem accipit Ulp. *de loc.* §. 12. VINN. Adde omnino Cujac. *lib.* 21. *obs. c.* 24. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse, notat Mynsingerus.*

2 *Genera incapacium, & in his gratificandi fideicommissorum usus.*

3 *Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse.*

4 *Accurata in hoc legis caput inquisitio.*

5 *Legem istam postea in desuetudinem abiisse.*

6 *De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum, & quorum ea jurisdictio? n.* 8.

7 *Quod in* l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. *disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalia.*

PRimis temporibus infirma) Olim ante D. 1
Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio à fide, religione, ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet à liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necessitate obligationis, *l.* 1. & *de precar.* ita nec ex precibus testatoris quemquam invitum obstringi debere existimabant non magis, quàm ex commendatione, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est, quod rogatur, non inducit obligationem, *l. in venditoris* 13. *C. de contr. empt.*

Myn-

Mynsingerus *primis temporibus* sic interpretatur, ante legem duodecim tabularum, suavissimo utens argumento, quod utique sub Numa Pompilio fideicommissa viguisse verisimile sit, utpote sub quo Rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ insignis est ἀνιστορησία. Sic enim ille differit, ut videatur existimasse, jam ante urbem conditam decemviros legem tulisse, aut post legem latam regnasse Pompilium.

Qui capere ex testamento poterant) Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat, ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usus codicillorum invexit, *inf. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus, cùm scilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret: quod fideicommissum tantùm dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. *Gloss. Bass. tacitum*, σιγηρὸν ὁ ἐστιν ἔξω τῆς διαθήκης, domestica cautione vel chirographo promissum, *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indign.* Incapacium autem olim duo fuere genera; unum eorum, qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero erant proscripti, deportati, item deditii & Latini Juliani, omnesque, qui cives Romani non erant: alterum eorum, qui cives erant, sed propria & civili ratione aut nihil, aut non solidum, aut non ex omnium testamentis poterant capere, quales ex lege Voconia virgines, mulieres; ex lege Julia de maritandis ordinibus, cœlibes, orbi. Quæ diligentius executus sum in explicatione principii, *tit. de hær. inst.* Exemplum fideicommissi prioris generis incapacibus relicti in proscripto habemus apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura urbana dicitur; ubi de P. Trebonii testamento commemorat, qui cùm Aulum fratrem proscriptum haberet, scripsit ut hæredes jurarent, se curaturos, ut ex sua cujusque parte ne minus dimidia ad fratrem proscriptum perveniret. Alterius generis apud eumdem *lib.* 2. *de finib. cap.* 58. ubi refert P. Sextilium Rufum rogatum à Qu. Fabio Gallo, ut omnis hæreditas ad filiam perveniret, eamque rem Rufum ad amicos detulisse. Idem *eod. lib.* memorandum fidei exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui rogatus hæreditatem restituere uxori testatoris, cùm sciret nemo eum rogatum esse, ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hæreditatemque reddidit. Ostendunt hæc exempla, lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse, non uxorem à marito, non filiam à patre. Atque hinc porro hoc quoque certo colligitur, nec ad patris legitimam hæreditatem filias à lege admissas fuisse, multoque minus consanguineas ad successionem fratrum: ac proinde quod Paulus *l.* 4. *sent.* 8. de rogatione Voconia scribit, esse ἁμάρτημα μνημονικὸν, quod pluribus confirmamus *inf. tit. de leg. agn. succ.* §. 3. Multorum lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cic. *dd. loc.* & in orat. *pro Corn. Balb.* Livius *lib.* 4. (in epitome Flori mendosè legitur *Volumnius* pro *Voconius*) Quintil. *declam.* 264. Dio. *lib.* 56. *p.* 662. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. & *lib.* 20. *cap.* 1. Ascon. Pedian. *in orat. de præt. urban.* Augustin. *lib.* 3. *de civ. Dei*, *cap.* 21. Latam esse eodem loco scribit Augustinus inter secundum & postremum bellum Punicum: quod verum esse liquet ex eo, quod apud Ciceronem *lib. de senectute* M. Cato gloriatur se eam legem suasisse, *cùm jam natus esset annos* LXX. sic enim legendum arbitror, non ut vulgo legitur, V. & LX. *annos*. Lata enim est, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione Coss. quorum consulatus incidit in annum ab urbe condita 595. qui est à Consulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmil. Legis duo fuere capita, forte etiam plura, quæ ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege 12. tabularum concessam, exemplo legis Furiæ, coercuit ut *tit. præc.* demonstratum est: & quod præcipuum est, sanxit, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, auctore Cicerone *d. lib.* 1. *in Verr. cap.* 43. Flor. *dict. epitom.* ac ne filiam quidem, testibus Ascon. *d. loc.* & Augustin. *d. lib.* 3. *cap.* 21. Utrum autem simpliciter & à tota successione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem adhuc capere potuerint, incertum est. Et filias quidem certè non in totum exclusas fuisse, ostendit locus Ciceronis 2. *de finib. cap.* 58. ubi ait, amicos Sextilii, quem rogatum scribit hæreditatem restituere filiæ testatoris, censuisse, non plus filiæ dandum, quàm posset ad eam lege Voconia pervenire. Lucium quoque Lentulum temporibus Augusti, cùm adhuc vigeret lex Voconia, filiam suam ex parte hæredem scripsisse, intelligere licet ex *princ. inf. de codicill.* Dio verò *lib.* 56. *p.* 662. de fœminis in universum refert, eas lege Voconia prohibens κληρονομεῖν ὑπὲρ δέκα καὶ ὑμισυ μυριάδας οὐσίας, *supra* 25. *millia substantiæ*. Ego, utut ad filias aliquid lege pervenire potuerit, non puto tamen quod Dio scribit, ipsa lege Voconia cautum fuisse, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Ascon. Floro, Augustino pro-

tullimus; sed postea legem, ut nimis rigidam, ita mitigatam, ut saltem partem aliquam mulieribus capere liceret, idque Dionem sic accepisse quasi cautum à Voconio legis auctore, ut alias fieri solet. Illud tamen parum adhuc constat, quantam partem postea mulieribus percipere permissum. Quintilianus *d. declam.* ait, *lege Voconia cautum, ut ne mulieri plus quàm semissem relinquere liceret*: sed hoc, ut in scholasticis exercitationibus fere fit, à Quintiliano confictum esse existimo cum Cujacio. Ipse autem Cujacius putat, lege cautum, *ut ne quis census mulierum hæredem faceret ultra quadrantem*, accommodans eo locum Dionis, quem accipit de 25. millibus sestertium: quippe quæ fuerit quarta pars bonorum ejus, qui census dicebatur, nempe, qui centum millia sestertium possidebat: quod Asconius prodidit in *d. lib.* 1. *in Verr.* Nam vetus ratio postea valde mutata fuit, auctisque civium opibus, sestertii in locum assium surrogati videntur: siquidem initio, ut ex Livio & Dionys. Halicarn. constat, maximus census erat centum millium æris seu assium: quàm summam æquant 25. mille sestertii, quippe quorum singuli quatuor assibus postea æstimati sunt. Bachovius censet, locum Dionis rectius accipi de 25. mille assibus, qui census initio quartæ classis fuit, & quarta census maximi pars. Interpres Dionis vertit centum millia nummum, sed ille haud dubiè nummum pro asse accepit, quamvis perperam: sestertium enim nummum, non assem, dicimus. Utut sit, illud constat, licet fideicommissum aliquod contra legem Voconiam aut similem relictum fuisset, ac proinde hæres nulla necessitate obstringeretur ad illud præstandum; veteres tamen existimasse, contra officium boni viri hæredem facere, fidemque violare, qui voluntati testatoris non parere, ut perspicuum est ex eo, quod de Sext. Peduceo commemoravimus ex *lib.* 2. *de finib. cap.* 58. & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hæreditatem restituere filiæ testatoris: *Tenuit*, inquit, *Sextilius permagnum hæreditatem, unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem attigisset.* Notatur & à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quod fideicommissa prædia filio Q. Pompejo publica quæstione prostrato non redderet, *lib.* 4. *c.* 2. *in fin.* Ex libris nostris manifestum est, legem Voconiam postea planè in desuetudinem abiisse, & jam tum sua ætate oblitteratam fuisse testatur Gellius *lib.* 20. *c.* 1. Eo verò jure, quod post secutum est, nec licitum hæredi fuisse videtur, hæreditatem incapaci restituere argumento est, quod favore fisci constitutum fuit, ut si hæres hujusmodi fideicommisso tacitè fidem suam accommodasset, hæreditas ei auferretur & vindicaretur fisco, *l.* 1. *l.* 3. *de jur. fisc.* Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relictum, constat ex *l.* 7. *de legat.* 3. Denique Ulp. *tit.* 25. §. *fideicommissa* 5. cùm generaliter definivisset, fideicommissum non aliis dari posse, quàm quibus legari potest, solos mox excipit Latinos Junianos. VINN. Multa hìc Vinnius: quæ dici potuissent accuratius. Nos more nostro pauca. Frustra in Paulli loco *lib.* 4. *Sent. tit.* 8. §. 22. castigatur ἁμάρτημα μνημονικόν. Paullus enim docet, fœminas ultra consanguineas successiones non admitti ad legitimas hæreditates. Addit rationem: *idque jure civili Voconiana ratione* (non Voconiana rogatione) *videtur effectum.* Lex Voconia ea de re nihil sanxerat. At ex ratione hujus legis strictè veteres interpretabantur jus mulierum ab intestato succedendi. Idque mansit, etiam postquam lex Voconia civitatis opulentia fuerat oblitterata. Vid. Doct. Schultingii Annot. ad Paul. *ibid. p.* 412. Deinde quod ad locum Dionis attinet eum accuratissimè exposuit. V.C. Jac. Perizonius *dist. de lege Vocon. p.* 144. ubi docuit, in textu Dionis intelligi drachmas, ad quas plerumque Græci rationem inibant pecuniæ Romanæ. (Vide Jo. Fr. Gronov. *de pecun. vet.* III. 16.) XXV. ergo millia drachmarum sunt CM. sestertium. HEIN.

Gratia personarum motus) Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege: sed cùm unum atque alterum fideicommissum sum confirmasset ob causas, quæ hìc memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis singulis negotiis mandavit. Ait, *gratia personarum.* Ipse Augustus relictum à se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *inf. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicomissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari conditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

Per ipsius salutem) Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatur, *Genes. cap.* 42. 15. μὰ τὴν ὑγείαν φαραώ, per salutem Pharaonis.

In assiduam jurisdictionem) Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis aut quotannis Magistratibus man-

mandaretur, sed ut perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent, quamquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulp. *tit.* 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Justinianus quidem, ut monuimus *sup.* §. 3. *de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, *l.* 1. *C. comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, *l.* 2.
7 *C. eod.* Verùm hoc ad fideicommissa rerum singularum dumtaxat sicut & universa exæquatio pertinet; erratque perspicuè Mynsingerus, dum id transfert ad fideicommissa hæreditatis.

Prætor proprius crearetur) Pomp. *l.* 2. §. *capta.* 32. *de orig. jur.* tradit, Claudium duos Prætores creasse, qui fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titius detraxerit. Sueton. in *Claud. c.* 23. *Jurisdictionem*, inquit, *de fideicommissis quotannis & tantùm in urbe Magistratibus delegari solitam in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.* Quod etiam Ulp. *d. loc.* confirmat scribens, cognitionem de fideicommissis in provinciis fuisse præsidium provinciarum: item *l.* 5. *C. de reb. cred.* Prætoris fideicommissarii mentio fit in *l. quæsitum.* 78. §. *pen. de legat.* 3. *l. pen. in fin. quib. ad lib. proclam. l. si cui* 92. *in pr. de cond. & dem. l.* 2. *C. qui pot. in pign.* Neque tamen solius prætoris in urbe jurisdictio de fideicommissis propria tunc esse cœpit, sed ita partita est, ut prætor ad certam summam cognosceret, de majore consules jus dicerent. Fab. *lib.* 3. *c.* 6. *Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommissum, sed apud consules, major enim prætoria cognitione summa est.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit.* 25. scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse consulum, aut prætoris, qui fideicommissarius vocatur. VINN. Immo ipsos Imperatores extra ordinem aliquando de fideicommissis cognovisse comperio. Exemplum est in *l.* 26. *ff. de prob.* HEIN.

TEXTUS.

De fideicommisso hæredis scripti.

2. *In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento hæres instituatur, ejusque fidei commitatur, ut eam hæreditatem alii restituat alioqui inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cùm igitur aliquis scripserit:* Lucius Titius hæres esto, *potest adjicere*, Rogo te, Luci Titi, ut cùm primum poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. *Potest autem quisque & de parte restituenda hæredem rogare, & liberum est, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.*

NOTÆ.

2. *Recto jure testamentum*) Scilicet cùm quis testamento fideicommissum vult relinquere, nam sine institutione hæredis testamentum consistere non potest, §. 34. *sup. de legat.* Cæterum potest & ab intestato fideicommissum codicillis relinqui, §. 10. *inf. eod. Recto jure*, id est, directo jure, Schol. Thoph. ὀρθῶς, ἐξ εὐθείας, sic *rectum judicium*, pro directo, *l.* 18. §. *ult. commod. recta vindicatio* pro directa, *l.* 9. §. 2. *de acq. rer. dom.*

COMMENTARIUS.

1 *Quis, cui, à quo fideicommissum hæreditatis rectè relinquat?*
2 *Ex certo die aut in diem cur fideicommissum rectè detur, hæreditas non item?*

OBliqua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus constat, quibus directam constare diximus *sup.* §. *ult. per quas pers.* videlicet delatione fideicommissi, & delati susceptione. Deferre seu relinquere fideicommissum hæreditatis possunt, qui & testamentum facere, *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *in pr. & seqq.* §§. *de legat.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jur. eod.* Relinqui iis potest, qui qualemqualem testamenti factionem habent, id est, vel passivam, ut loquuntur, *arg.* §. *legari.* 24. *sup. de legat. l.* 1. *de legat.* 1. Neque ulla nunc est in hac parte differentia inter hæredum institutiones aut legata & fideicommissa, sive universalia sive specialia. Ab iis relinqui potest, ad quos hæreditas nostra perventura est, sive directo sive obliquè, sive ex testamento, sive ab intestato, sive jure civili, sive jure honorario, §. *præterea.* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil interest, utrum testamento relinquatur, an codicillis: at testamento à solo hærede instituto relinqui potest, codicillis etiam à legitimo. Suscepto utriusque factum & voluntatem desiderat & hæredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte, amplius in progressu.

Recto jure testamento hæres instituatur) Cùm quis

quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omnino est, quod hic traditur, ut testator directo aliquem testamento hæredem instituat, eumque roget, ut hæreditatem alii restituat: quippe cùm sine institutione hæredis testamentum consistere non possit, §. *ante* 35. *sup. de legat.* 3. Utrum autem hæres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §. 1. & 2. *inf. de cod. l.* 8. *eod.*

Vel ex certo die) Fideicommisso hæreditatis hoc cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantùm purè aut sub conditione, quomodo etiam directo potest hæres institui, verùm etiam ex certo die, aut in diem relinqui possit, sicut legata & singulæ res per fideicommissum, *l.* 1. & *pass. tit. de cond.* & *dem.* quamvis directo hæreditas ita dari non possit. Nimirum diem hæredis institutioni adjectum pro supervacuo haberi placeat, ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat, quod juris civilis subtilitas non patitur, §. *hæres.* 9. *sup. de hær. inst. l.* 7. *de reg. jur.* At in restitutione hæreditatis hoc jus non ostenditur, cùm is qui restituit, nihilominus hæres maneat, §. *seq.*

TEXTUS.

Effectus restitutionis hæreditatis.

3. *Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit: nihilominus hæres permanet: is verò, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

COMMENTARIUS.

REgula est juris antiqui, *Qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse, l. ei qui.* 88. *in fin. de hær. inst. l.* 7. §. *sed quod.* 10. *in fin. de minor.* Quæ regula ex eo sumpta est, quod placet, oblationem & actionem à persona ejus, cui aut adversus quem semel quæsita est, avelli non posse: de quo diligentius, Deo volente, præcipiemus *inf. sub* §. 1. *de actionib.* Hoc igitur jure constituto, consequens est, nec eum, qui rogatus defuncti hæreditatem, alii restituit, hæredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tamquam hæredem & experiri actionibus hæreditariis & convenire posse. Cæterum Trebelliano Senatusconsulto effectum est, ut restituta hæreditate, is qui restituit, nudum tantùm nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione restitutæ hæreditatis repelli, & conventus alios repellere possit, *leg.* 1. §. 4. *ad Senatusconsultum Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco) Loco hæredis habebatur, si restituta esset hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano, loco legatarii, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit, & ulpianus ostendit *tit.* 25. §. 12. Nam quod Giphanius scripsit, fideicommissarium legatarii loco habitum, si pars tantùm hæreditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex §. *ergo.* 6. *inf. eod.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod Senatusconsultum prætor utiles actiones & in eum, qui recepit hæreditatem quasi hæredi, & in hæredem dare cœpit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in Catalago consulum non recenseantur Trebellius & Seneca?*

2 *Quæ incommoda huic Senatusconsulto causam dederint?*

3 *Cur cùm Senatusconsulta sint pars juris civilis, senatus eum, cui restituta est hæreditas, hæredem non fecerit, eive & in eum non dederit actiones directas?*

4 *Quid juris, si debitor hæredi, aut hæres creditori solverit post factam restitutionem?*

Trebellio Maximo & Annæo Seneca Coss.) Hoc idem testatur & Ulp. *l.* 2. *ad Treb.* Cæterum hi consules non reperiuntur in Fastis, seu indice consulum: quare credendum est, eos non fuisse ordinarios sive initio anni creatos, sed suffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib.* 43. & 48. refert, anni consulum ab his duobus, qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus in Senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur, quod confirmat hic locus: cui similis est in §. *seq.* nam neque Pegasi & Pusionis Fasti meminerunt: & in *l. cùm verò* 26. §. *subventum.* 7. *de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur tem-

temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispone Coss. qui & ipsi in catalago consulum non recensentur, ut suffectos eos fuisse oporteat. Igitur cùm multi consules Romæ sub Impp. fierent per suffectionem, nemo ex suffectis in Fastos referebantur, sed soli duo, qui anni initio magistratum auspicati essent. Quamobrem excusandus est Ausonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat, Senecam consulem fuisse. Vinn. Immo vix excusandus, quia suffectus Cos. etiam consul est. Consulatus Senecæ & Trebelli incidit in ultimos menses anni ab U. C. DCCCXIV. Quærit Marcilius *ad* §. 6. *Inst. h. t.* cur SC. hoc dicatur Trebellianum, ac non potius Annæanum, quum tamen L. Annæus Seneca fuerit Cos. major. Respondet, videri hoc SC. omnino initio nomen Annæani tulisse, sed translatum postea ad nomen Trebelliani, quia Senecæ, perduellionis rei memoria damnata fuerit. Sed nec apud Tacitum, cui Marcilius testimonium denunciat, hoc reperio, nec semper à SCtis à majore consule nomen inditum, sed ab eo, qui tum ad Senatum retulerat. Sic SC. anno U. C. 931. Juliano Rufo & Gavio Orphito Coss. factum, non à Cos. majore Julianum, sed ab Orphito Orphitianum dictum est. Aliud Nerone & Pisone Cos. anno 810. Pisonianum vocatur *l.* 8. *ff. ad SC. Silan.* Omittimus exempla alia. Hein.

Si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit) In omni legato & fideicommisso inest hæc conditio, si hæres, à quo relicta sunt, hæres extiterit: quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa si hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat mortuus sit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut destituto testamento fideicommissum quoque pereat, uti cætera, quæ in testamento scripta sunt, non adita hæreditate irrita fiunt, *l.* 9. *de test. tut. l. eam quam.* 14. *C. de fideic. l.* 13. §. *quid ergo.* 3. *l.*
2 *ita tamen.* 27. §. *quotiens. 6. ad Sen. Trebell.* Cùm autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recusarent: cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quàm cuiquam fidem suam esse periculosam; Senatusconsulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi sublata est, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommisso restitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, *l.* 1. §. 2. *&* 3. *eod.*

Actiones, quæ jure civili) Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: transeunt tamen ex senatus sententia & actiones honorariæ, veluti actio ex constituto, ex Jurejurando, & similes: immo & causam naturalium obligationum transire placet, *l. quamvis* 40. *l. si ejus.* 64. *in pr. eod.*

Ei & in eum) Quemadmodum Senatus hæredibus subventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommissum, ut posset hæres, si à creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione restitutæ hæreditatis; ita & subvenit fideicommissariis in eo, quod actiones, quæ hæredi competebant fideicommissario dari voluit, cui soli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem à creditoribus hæreditariis repelli potest, *d. l.* 1. §. 4. planè non ultra actiones ex Senatusconsulto transeunt, quàm pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu testatoris restituta est, §. 6. *inf. eod.*

Prætor utiles actiones) Licet Senatusconsulta 3
pars sint juris civilis, ac proinde per Senatusconsultum hæres effici possit, ut efficitur Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, eum tamen, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, senatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur desinere hæredem esse: quæ eadem porro ratio efficit ut nec directæ actiones ad fideicommissarium tansire queant, sed ut semel hæredi quæsitæ sunt, ita perpetuo apud eum maneant, neque à persona ejus possint separari. Cùm igitur actiones directæ non possint & apud hæredem manere & simul pari jure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, prætor ex auctoritate senatus utiles ei & in eum tamquam hæredi & in hæredem actiones dedit, ut hic scriptum est: convenit *l. filiusfamilias* 18. §. *ult. ad leg. Falc. & l. penul. in fin. hoc tit.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur in utiles: nam nova utilis: quæ succedit, ejusdem cum vetere potestatis est, eumdemque effectum habet, *l. propen. de neg. gest.* In summa Senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, post restitutionem hæreditatis in persona hæredis inutiles sint, utque agens exceptione repelli, conventus, alios repellere possit. Contra verò in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus &

agat

4 agat efficaciter & conveniatur. Sed quid si debitor post restitutionem hæreditatis hæredi solverit? Aut quid si hæres post restitutionem factam solverit creditori? Poterit solutum per condictionem indebiti repeti, *l. si ejus. 64. in pr. eod.* quippe cùm per restitutionem inutilis planè atque inefficax per Senatusconsultum in persona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantùm civilis obligatio remaneat. Enimvero si hæres aut debitor solverit, cùm scirent, se tutos esse exceptione, cessabit condictio, *l. si non sortem. 26. §. 3. de cond. ind.* quoniam donare voluisse præsumuntur, *l. cujus. 53. de reg. jur.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Pegasiano.

5. *Sed quia hæredes scripti, quum aut totam hæreditatem, aut pæne totam plerumque restituere rogabatur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabantur, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod Senatusconsultum ipse hæres onera hæreditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, cujus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quæ species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recipit hæreditatem & hæredem, id est, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

NOTÆ.

5. *Partiebatur hæreditatem*) Id est, res hæreditatis: neque enim legatarius, partiarius efficiebatur successor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur

COMMENTARIUS.

1 *Quæ incommoda Pegasiano Senatusconsulto causam dederint?*
2 *Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productum ad fideicommissa hæreditatis.*
3 *Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputentur.*
4 *An hoc demum Senatusconsulto Falcidia producta ad fideicommissa singularia.*
5 *Trebelliani & Pegasiani differentia.*
6 *Legatarius partiarius, & stipulationes partis & pro parte.*

TAmetsi Senatusconsulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas, transferrentur, id tamen nondum sufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum 1
post hoc Senatusconsultum hæredi adeunti & restituenti immineret, tamen, ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque hæredes scripti adire hæreditatem alieni emolumenti causa, unde ipsi nullum, aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommissum hæreditatis sæpe intercideret. Huic igitur incommodo occursum est Senatusconsulto Pegasiano, cautumque, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia legatis conceditur.

Perinde, &c. atque ex lege Falcidia) Quod 2
lex Falcidia in legatis, illud ipsum valet Senatusconsultum Pegasianum in restituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommissa hæreditatis. Justinianus *orat. ad Senat.* Pegasianum factum esse ait πρὸς τὸ τὴν φαλκιδιαμίμησιν. Atque hinc est, quod veteres etiam quartam hujus Senatusconsulti quam nunc vulgo Trebellianicam vocant, non quartam Pegasiani, sed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuo appellarint, ut videre est in *l. cohæredi. 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 2. §. ult. de jur. eod. l. 18. l. in ratione. 30. §. tametsi. 7. l. 47. §. 1. l. Titia. 86. l. acceptis. 93. ad leg. Falc. l. 2. l. 3. l. mulier. 22. §. 2. l. si patroni. 55. §. 2. l. deducta. 55. §. 3. hoc tit. ad Senatusconf. Treb. l. 1. l. 10. l. 11. C. ad leg. Falc.* Ulp. *tit. 25. §. 12. sup. quib. mod. test. inf. §. 3.*
Est autem adhuc aliquod discrimen circa res, 3
quas in hasce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantùm imputantur, quæ jure hæreditario hæres capit: in quadrantem verò Pegasianum etiam ea, quæ hæres fiduciarius capit jure legati vel fideicommissi, aut implendæ conditionis causa, *l. quod autem 74. l. id autem. 76. l. in quartam. 91. ad leg. Falc.* Quæ differentia inde nata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat; ut proinde apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, sed hæ-

hæreditatis manere debeat : non prohibet autem Senatus ultra dodrantem hæredis fideicommitti : tunc etiam, quod Falcidia voluntati testatoris subservit, quem verisimile non sit legatis patrimonium suum exhaurire voluisse, sed potius, opinioni ejus non respondere calculum facultatum : ac Senatusconsultum manifestè testatoris voluntati adversatur, quæ hæc est, ut restituta hæreditate, apud hæredem nihil præter nudum nomen hæredis remaneat. Planè nec pars ea prælegati, quæ à cohærede accipitur hæredi fiduciario in quartam imputabatur, *l.* 18. §. *ult. hoc tit. l. Titia.* 86. *d. l. in quartam.* 91. *ad leg. Falc. l. filium.* 24. *C. fam. erc.* forte quod verisimile non sit, testatorem, qui portionem cohæredis hactenus imminuit, voluisse, ut alteri id in quartam partem ejus partis, quam restituere jussus est, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes : videsis Don. 7. *comm.* 30. & 8. *c.* 26. Ant. Fab. 6. *conject.* 3. 4. & 5. Cujac. 8. *obs.* 4. Fachin. 5. *contr.* 13. & 16. qui & alios cit. Bachov. *in Treul. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 3.

4 *Ex singulis quoque rebus*) Hinc plerique colligunt, ante Senatusconsultum Pegasianum non licuisse hæredi quartam partem de singulis rebus per fideicommissum relictis retinere, atque hoc demum Senatusconsulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommissa particularia : quod quamobrem mihi non probatur, & cur hoc jus atiquius Senatusconsulto existimem, exposui *sup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quod utrumque Senatusconsultum circa idem subjectum versetur. Nam etsi non idem Senatusconsulto Pegasiano cautum est, quod antea cautum erat Senatusconsulto Trebelliano, de eodem tamen utroque cautum esse constat, videlicet de hærede rogato restituere hæreditatem, non de eo, qui oneratus sit fideicommissis particularibus. Verba Trebelliani referuntur in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Igitur quartæ de singulis rebus per fideicommissum relictis detractio Pegasiano Senatusconsulto accepta ferri non debet, sed juri antiquiori & ipsi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obstant verba hujus textus : quippe quibus hoc solum significari existimo cum Bachovio, ut si hæres & hæreditatem partemve hæreditatis restituere jussus est, & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantùm quartam deducere posit ex fideicommisso hæreditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset, *l.* 3. §. 2. *hoc tit. ad Senatusconsul. Treb.* Quis sit hujus disputationis fructus, intellige ex iis, quæ *n.* 3. add. Vas. *de success. resol. lib.* 2. §. 1. D. Tulden. *comm. in tit. seq. c.* 4.

Ipse hæres onera substinebat) Trebellianum 5
transferebat onera in fideicommissarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegasianum retentionem quartæ partis concedebat; onera verò nulla transferebat, quasi sufficere hæredibus deberet, quod quarta pars ipsorum lucro cederet : ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent, nomina hæreditaria persequerentur, sicut juris erat ex lege antiqua 12. tabb. *l. ea quæ.* 6. *C. fam. erc.* Igitur restituta ex Senatusconsulto Pegasiano hæreditate, id est, quarta ex auctoritate hujus Senatusconsulti contra voluntatem testatoris retenta, ipse hæres solus atque in solidum onera hæreditaria substinebat, cessante videlicet Senatusconsulto Trebelliano; utpote cui locus non erat; nisi secundum voluntatem defuncti hæres restituisset §. *seq.* 6

Legatarii partiarii loco erat) Universitatem alicui legari posse, id est, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *sup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuisse successorem juris, ullasve actiones hæreditarias ei inve eum datas, sed partem bonorum sibi legatam sine ullo incommodo obtinuisse : id quod verum esse hic locus clarè ostendit : nam si actiones in hujusmodi legatarium transiissent, quemadmodum ex Senatusconsulto Trebelliano transeunt in eum, qui recepit hæreditatem, non magis opus fuisset interpositione stipulationum partis & pro parte, quarum hic fit mentio inter hæredem & legatarium partiarium, quàm inter hæredem & eum, cui ex Trebelliano restituitur hæreditas.

Partitio vocabatur) Is, cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati species, partitio, Ulpian. *tit.* 24. §. 23. & *tit.* 25. §. 13. Meminit & Cic. 2. *de legib.* Rationem appellationis hanc esse ait Justinianus, quoniam cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem, id est, res hæreditarias seu universa bona : quomodo & hæreditas vendi dicitur : neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ut jam dictum est.

Unde quæ solebant stipulationes, &c.) Inter hæredem & legatarium partiarium solebant interponi stipulationes de lucro & damno communicando, quæ propriè dicebantur partis & pro parte, §. *seq.* quippe hæres, sive quid deberet hæreditas solvebat, sive quid debere-

tur, idem exigebat: sed antequam hæreditatem, idem exigebat: sed antequam hæreditatem adiret, stipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me solutum sit, ejus te partem redditurum spondes?* & vicissim alter ab hærede, *Si quid exegeris, ejus partem mihi daturum spondes?* Quæ stipulationes postea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatusconsulto Pegasiano restituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut remedio harum stipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam solus hæres hoc casu actiones & exercebat & excipiebat, vid. Paul. 4. *sent.* 3. Ulp. *tit.* 23. §. 13. Theoph. *hic.*

TEXTUS.

Quibus casibus locus SC. Trebell. vel Pegasiano.

6. Ergo, siquidem non plus, quàm dodrantem hæreditatis, scriptus hæres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano Senatusconsulto restituebatur hæreditas, & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili; in eum verò, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatusconsulto Trebelliano tamquam in hæredem. At si plus, quàm dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano Senatusconsulto: & hæres qui semel adierat hæreditatem, (si modo sua voluntate adierat,) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & hæredem: si verò totam hæreditatem restitueret, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus hæres adire hæreditatem, ob id, quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavebatur Pegasiano Senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu prætoris adiret, & restitueret hæreditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano Senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem: utroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

COMMENTARIUS.

1 *An hæres, qui ultro totum quod rogatum est, restituit, solus onera subeat ex Pegasiano?*

2 *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*

3 *Caput Senatusconsulti de coactione recusantis adire.*

Non plus quam dodrantem) Senatusconsulti Pegasiani duo principia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede rogato totam hæreditatem aut plus quàm dodrantem restituere: alter de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recusabat. Nihil autem hoc Senatusconsulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultra hæreditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommissarium sine ope stipulationum. Ulp. *tit.* 25. §. *is qui* 12.

Pro parte rata) V.c. Hæres, rogatus, quarta parte retenta reliquam hæreditatem restituere, fidem præstitit. Existit creditor hæreditarius, cui centum debentur: cui in 75. utilis ex Trebelliano adversus fideicommissarium actio datur in reliqua 25. directam habet jure civili adversus hæredem.

Si modo sua voluntate) Nam si à prætore coactus adierat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium, ut cautum erat Senatusconsulto Trebelliano: de quo mox plura.

Ipse universa onera sustinebat) Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut super dodrantem restituere, si modo sua sponte hæreditatem adiisset, etiamsi eam secundum voluntatem defuncti restituisset; id est, sine deductione quartæ universa onera hæreditaria sustinuisset, atque ita nec hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, post Senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas; quod perquam absurdum videtur. Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatusconsulto consequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere posset, vicissim Senatui visum est, ipsum solum onera hæreditaria sustinere; quo casu etiam necessario cessat Senatusconsultum Trebellianum. At ut hæres eo etiam casu, quo ultro voluntati defuncti patet, totumque quod rogatus est restituere restituit, onera hæreditaria solus subeat, nulla ratio esse videtur: quippe cùm hic non minus restitutio fieri possit ex Senatusconsulto Trebelliano, atque actiones ex eo transferri, quàm cùm hæres ex voluntate testatoris quartam integram habet, & reliquum restituit; quo casu actiones pro rata in fideicomissarium dari, in *pr. hujus* §. dictum est. Finge hæredem rogatum dextantem restituere, eumque plenam fidem defuncto præstare malle, quàm contra ejus voluntatem ali-

aliquid retinere potestate Senatusconsulti Pegasiani. Cur hoc casu non æquè fieri possit restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano, & actiones pro dextante transferri in fideicommissarium, quàm cùm ubi dodrantem restituere jussus est, & restituit, transferuntur pro dodrante? Diversi juris non alia fuisse videtur ratio, quàm quod cùm hæres salvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconsulto Pegasiano uti non potest, etiamsi maximè velit: nam ad hunc casum Senatusconsultum illud non pertinet, sed intacta hactenus prioris Senatusconsulti mansit auctoritas. At verò cùm plus quàm dodrantem rogatus est restituere, tum uti potest posteriore Senatusconsulto, quod in hunc casum prospexit, & prioris vim ac potestatem quodammodo sustulit. Quamobrem si is, qui beneficio Pegasiani juvari poterat, eo usus non sit, remisisse illud, atque in hoc hæredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hæreditariis obstrictus maneat, quàm si detracta quarta reliquum dumtaxat restituerit. Facit eo quod scribit Paulus 4. *sent.* 3. §. *ult.* qui totam hæreditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse: Cæterum, ut arbitror, aut summi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum casum, quo hæres, qui Pegasiano uti poterat, totam hæreditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset, velle se hæreditatem restituere ex Senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Immo restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri expressè tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modestin. *l. qui totam* 45. *hoc tit.* quo tamen loco consultius putat, suspectam ut hæres dicat hæreditatem, coactusque à prætore restituat; quo & ipsò casu ex Trebelliano restitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, qui in *not. ad Paul.* scribit, eum qui totam hæreditatem restituere rogatus est, si Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatusconsulto Pegasiano restituere debere, interpositis emptæ & venditæ hæreditatis stipulationibus, vel quod expeditius est, ex Senatusconsulto Trebelliano aut vi prætoris ex Pegasiano, coactus nullis interpositis stipulationibus,

Quasi partis & pro parte) De quibus dictum
1 §. *præc.* Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in causa interponebantur inter hæredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulp. *tit.* 25. §. 13. Paul. *d. lib. & tit. in pr.* Theoph. *hic.*

Emptæ & venditæ hæreditatis) Cùm tota hæ- 2
reditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Quales illæ stipulationes fuerint, nusquam disertè traditum est, nisi quadantenus apud Ulp. *l. in illa* 50. §. 1. *de verb. oblig.* ubi hæc ex parte emptoris profertur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est, eritve, quominus perveniat*, subaudiendum, *tantam dari spondes*? Ex quo cum Hotomanno suspicari licet, hanc fere contrariæ stipulationis formulam fuisse: *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, solvero, tantam dari spondes*? Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi constat, quod Ulp. scribit, *l.* 2. *de hær. vel act. vend.* ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset, effectu scilicet: neque enim vi istarum stipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enim verò, ut non multo ante probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restitutio sic fieri, ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum.

Si recusabat hæres scriptus) Alterum hoc 3
principale caput Senatusconsulti Pegasiani fuit, ut si hæres recusaret adire hæreditatem, jussu prætoris adire & restituere cogeretur, *l.* 4. *l.* 6. §. 2. *l.* 14. §. *pen. & passim hoc tit. l. si quis* 17. *si quis om. ca. test.* Ulp. *tit.* 25. §. 14. At inquies, cùm adire facti sit, ad quod nec servus à domino præcisè compelli potest, *l.* 3. *C. de hær. inst.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præcisè posse, non existimo, sed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.*

Quasi damnosam) Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, solvendo sit hæreditas, nec ne. Sed neque præscribitur hæredi, cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit: cum variæ sint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium, quorumdam vexationem, quorumdam æris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hæreditas, quorumdam offensas vel invidiam, quorumdam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta est, sine onere tamen suo, *d. l.* 4. *hoc tit.*

Quo casu nullis stipulationibus est opus) Jussu prætoris adita & restituta hæreditate, ei &

in eum, qui recepit hæreditatem, actiones dantur perinde, atque si ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat, Pegasiano Senatusconsulto cautum esse scribit Ulp. *d. tit.* & §. Quamobrem nullis hic stipulationibus opus erit. Ut autem restituenti hoc casu prospectum, ne ullum damnum sentiat, ita vicissim omne commodum amittit, quod si cogi se passus non esset, vel beneficio Pegasiani, vel ex voluntate defuncti, percipere potuisset, *d. l.* 4. *d. l.* 14. §. *qui compulsus* 4. *l. ita* 27. §. 2. & §. *præceptis* 14. *hoc tit.*

Utroque Senatusconsulto concurrente) Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatusconsulto Pegasiano: quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

TEXTUS.

Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. *Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet; ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quàm differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit expulso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hæreditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano SC. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quàm in fideicommissarium competentibus. Si verò totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc transposuimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas hæredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

NOTÆ.

7. *Vel repetere solutum*) Solutum scilicet errore facti, non juris, *l.* 9. *C. ad leg. Falc.* v. gr. Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata solvit. Si errore facti, credens eam esse quantitatem patrimonii defuncti, ut exolutis legatis adhuc abunde sibi ad quartam Falcidiæ superfit, repetitionem habet: si errans in jure, non habet. Id est, si non ignorabat quantitatem substantiæ: putabat autem se quartæ retentionem non habere. Idemque juris est in restitutione fideicommissi, ut *hic.*

Pro rata portione) *L.* 1. *C. h. t.* Onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectant, *l.* 1. §. *ultim. D. eod.* & ibi Accurs. DD. in *l.* 2. & *ult. C. eod.* Nisi minus dodrante restituere hæres rogatus sit: tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *l.* 1. §. *pen. eod.* Gloss. & DD. *ubi sup.*

Totam hæreditatem sponte) Dum fidum obsequium defuncti precibus præbere desiderat, *l.* 45. *ad SC. Treb.* & pleniore officio fidei præstandæ fungi, *l.* 5. §. 15. *de don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes captiosæ visæ?*
2 *An hæres, qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatusconsulti? & an testator deductionem hujus quartæ vetare possit?*
3 *Duplex deductio juxta* c. Raynutius. 16.
4 *Pro qua parte actiones transeant aut remaneant?*
5 *Explicatur* l. 5. C. hoc tit.
6 *Legatorum onera ad solum fideicommissarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, ut jam ex solo Senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quasi ex hoc Senatusconsulto quartam, vel quod quartæ deest, retinere potest: ex eodem actiones pro rata, ex hoc Senatusconsulto cogitur: restituta tota hæreditate sive sponte sive jussu prætoris, actiones omnes in fideicommissarium transeunt, nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegasiano Senatusconsulto descendentes) Stipulationes partis & pro parte emptæ & venditæ hæreditatis non sunt Senatusconsulto Pegasiano primum introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegasiano descendere, quia eo Senatusconsulto translatæ sunt ad restitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nomi-

minatim Senatusconsulto mentionem harum stipulationum factam fuisse.

1 *Captiosa*) Captiosæ fuerunt stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia salvæ nihilominus hæredi & adversus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum interpositionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed hæres lites excipiebat, & solutum creditoribus à fideicommissario repetebat; sicut è diverso fideicommissario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegisset, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnum peteretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod, cùm ex Trebelliano restituitur hæreditas, commodè potest vitari. Nam quatenus hæreditas est, eatenus hæres si conveniatur, exceptione restitutæ hæreditatis se tueri potest: & vicissim si ipse experiatur, eadem exceptione repelli. Captiosas igitur hasce stipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ, sed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus, quia captiosæ propter has stipulationes Senatusconsulti Pegasiani ambages, auctore Justiniano, *l.* 2. §. 6. *C. de vet. jur. enucl.* Captiosum enim nostris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno est, *l.* 5. *de transact. l.* 14. §. *aliquando* 5. *vers. nude quidam quod met. ca. l.* 6. §. *si quid* 10. *quæ in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus reddidit. σπιξιμιυς id est, damnosas: neque causam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis simplicitas) Laudat in §. *cæterum.* 3. *inf. de legit. agn. success.* legem 12. tabularum, quod simplicitatem legibus amicam amplexa sit in legitima agnatorum successione. Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus: id etiam in earum interpretatione nobis sequendum est, vitandæque argutiæ, subtilitates, scrupulositates, obscuritates, distinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatusconsulto Trebelliano præstare) Quod planius erat, & citra captiosos circuitus, ipso jure quoad vim & effectum transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas longosque & captiosos habitus Pegasianum exsequebatur.

2 *Vel quartam vel quod deest*) Hinc Interpretes quartam hanc dicere Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut ostendi *sup.* §. 5. nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quàm quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam propriæ hanc quartam contineri, & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expressè nulla differentia constituta est inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommisso hæreditatis quidquid de Falcidia jure nostro cautum est, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Justinianus constituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expressè vetuerit hæredem ea uti, *Nov.* 1. *cap.* 2. Omnino enim verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, vid. Ferrar. *in form. libell. pro leg. rei sing. n.* 5. Gom. 1. *resol.* 5. *num.* 11. & 12. Everh. *in Top. à Falc. ad Trebell. loco* 34. Gail. 2. *obs.* 138. *n.* 16. Clar. §. *testam. quæst.* 62. Mantic. 7. *de conj. ult. vol.* 11. & 12. Fach. 3. *cont.* 4. Perez. *ad tit. C. de jur. del. num.* 14. & *C. ad Senatusconf. Trebell. num.* 20. Christin. *vol.* 1. *dec.* 316. & *vol.* 4. *dec.* 25. 51. & 52. D. Tuld. *comm. in tit. præc. cap.* 3. Apparet tamen ex allegatis à Christinæo, sic ferè usu receptum esse, ut etiam detractio quartæ Senatusconsulti expressè prohiberi possit, præter quam in liberis primi gradus, quod etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus, non tantùm filios sed etiam nepotes, &c. quos nemo in suo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconsulti: & ita sæpissimè judicatum: Mynf. 3. *obs.* 60. Gail. *d. obs. n.* 3. & 6. *Dec. Cur. Holl.* 3. add. citatos à Christin. *d. decis.* 51. *n.* 3. Jure canonico liberis universali 3
fideicommisso gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Raynutius* 16. *x. de testam.* quod quamquam legibus civilibus incognitum est, vid. Cujac. 8. *obs.* 5. Hotom. *illust. quæst.* 43. usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse, & tanquam Evangelium practicari, testantur Bald. & Jas. *in auth. res quæ, C. cum de legat.* Castr. *in l. jubemus* 6. *C. ad Senatusconsul. Trebell.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 245. & *dec.* 315. eoque jure etiam nos utimur.

Grot.

Grot. 2. *manuduct.* 20. *dec. Cur. Holl.* 3. & 17. In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, sequimur in his regionibus jus commune. Grot. *d. loc.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 11. ubi tamen dubitari posse scribit, an in locis, in quibus hæredes instituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenses & Cortracenses admittenda sit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis existimat admittendam non esse, *arg. l. lex Falcidia* 47. §. 1. *ad leg. Falc.* VINN. Jus, *capitulis Raynutius & Rainaldus, x. de test.* invectum, jure civili incognitum esse plerique statuunt cum Cujacio & Vinnio nostro. Sed non ineptè id negaveris. Nam (1) dum jus civile jubet ante computationem quartæ Falcidiæ, (adeoque & Trebellianicæ,) deduci æs alienum, profecto etiam deduci voluit portionem hæreditatis legitimam, quippe quæ rectè æri alieno accensetur. *l.* 8. §. 8. *ff. de inoff. test. l.* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2. Deinde (2) in *l.* 6. *C. ad SC. Treb.* disertè Zeno: *Idem*, inquit, *in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere jubemus: & si pater vel mater filio, seu filiæ, institutis hæredibus, legaverit, eos easve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus suis, ac deinceps restituere hæreditatem.* Permittit ea lex liberis, fideicommisso obstrictis, ut possint detrahere quartam pro auctoritate Trebelliani Senatusconsulti; sed addit, in eam quartam nec reditus, nec quartam Falcidiam imputari. Quartam autem Falcidiam non aliam hic esse quam portionem legitimam, acutè observavit Vir Clarissimus A. A. Pagenstecher. *in Aphorism. h. t.* §. 164. Sanè & alibi portio hæc vocatur quarta Falcidia, ut *l.* 8. §. 9. & 14. *ff. de inoff. test. l.* 31. *C. eod.* & apud Paul. *Recept. Sent. lib.* 4. *tit.* 5. §. 5. Quin jam ab aliis observatum, portionem hanc vel lege Falcidia, vel ex ejusdem rationibus fuisse introductam. Vid. Jan. à Cost. *ad pr. Inst. de inoffic. test.* & V. C. Schulting. *Jurispr. ante justin. p.* 381. Ex quo patet, Pontificem in istis capitulis interpretem magis juris civilis, quam legislatorem egisse. Dissentit D. Harprecht. *Diss. de jure deducendi duas quartas*, cujus argumentis tamen facile satisfieri posset, si id jam ageretur. HEIN.

Vel repetere solutum) Solutum scilicet erro-
4 re facti, *l. error* 9. *C. ad leg. Falc.* Repetitur autem hoc non beneficio Senatusconsulti, sed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacumque ex causa solutum est, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius suo loco.

Pro rata portione) Si pars tantùm hæreditatis restitui jussa est, pro parte non restituta actiones apud hæredem remanent; pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, si hæres eam totam restituit, (sponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes: si dodrantem retenta quarta ex Senatusconsulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l.* 1. *C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus est, qui solus cogitur respondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujusque parte simul atque facta est restitutio, id est, si hæres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, *l. restituta* 37. *l. facta* 63. *in pr. hoc tit.* Quod autem etiam in 5
ponenda ratione Senatusconsulti deduci dicitur æs alienum, *l.* 5. *C. eod.* eo nihil aliud significatur, quàm quod in constituenda summa bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut sciri possit, quantum æris alieni in fideicommissarium cum portione restituta transeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis esse: ex his centum deberi. Hic fideicommissario restituentur ccclxxv. ac pro hac portione, id est, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni cxxv. retinebit hæres, pro quarta parte ipse à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res transigenda est, postquam placuit, actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod 6
non satis rectè mihi explicuisse videtur. Wesemb. & post eum Chistin. *vol.* 4. *dec.* 53. *n.* 5. Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte sua onus æris alieni subeat: onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare communiter placuit. Accurs. *in l.* 1. §. *ult. hoc tit. DD. in l.* 2. & *l. ult. C. eod.* Tholosan. 42. *syntagm.* 31. *num.* 3. D. Tulden. *comm. in hunc tit. cap.* 4. Quæ sententia, etsi Donello in *d. l.* 2. falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cùm quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l.* 3. §. *eod.* utique ex residuo dodrante, quem totum hæres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset hæres quartam integram: nisi dicamus, hæredem nihilominus à legatariis rectè pro sua parte conveniri, & quod solvit à fideicommissario eum repetere debere, sibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in proposito dici non potest: quoniam auctoritate senatus, dodrante, unde omnia legata præstanda sunt, restituto, actiones lega-

gatariorum in fideicommissarium transferuntur, qui conventus, quod sibi detractum legatarii pro rata imputabit, *argum. l. 3. in pr. eod.* Planè si antequam restitutio facta est, legatarii petant: puto hæredem exceptione adjuvari non debere, cùm si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat, *argum. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quod si hæres minus dodrante restituere rogatus est pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, *l. 1. §. pen. eod.* Salic. *in d. l. 2. & l. ult.* Grot. *2. manud. 10.* Mynsf. Schneid. *hic.* Ad quem casum plerique cum Glossa etiam referunt *d. l. 2.* Bachovius in *not. ad Treult. vol. 2. disp. 11. thes. 9.* putat, hanc *d. l.* sententiam esse, quod fideicommissarius cogatur pati, ut tam de sua parte, quam de legatis quarta detrahatur, cùm concurrentibus legatariis de restituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo) Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc casu sentire hæredem æquum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 5. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proximè præced.

Textus.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommissariis supradicta locum habeant.

8. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur; an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.*

Commentarius.

Sententia hujus loci satis plana est. Nam tantùm qui ex asse institutus est & rogatus aut totam hæreditatem aut partem ejus restituere potest, vel ultro adeundo & restituendo, partem quartam aut quod quartæ deest retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel suspectam hæreditatem dicendo, exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *l. cogi. 16. si quis 4. hoc tit.* verùm etiam, si quis ex parte & verbi causa si ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & transeant. Potest & partem totam ultro restituendo, aut adire recusando, prætorisque jussu adeundo, omnes actiones abs se removere, & transferre in fideicommissarium. Denique qui partem partis, ex qua institutus est, restituere rogatur, potest similiter si quartam partem suæ partis salvam judicio defuncti non habeat, quod ei deest, retinere; & recusans adire, desiderante fideicommissario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem restituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula: *Quod juris est in toto quantum ad totum, idem juris est in partem quantum ad partem, l. quæ de tota. 76. de rei vind. l. 3. pro derel. §. si rem. 12. in fin. sup. de legat.* Simile est, quod sup. §. 1. *de leg. Falc.* docuit in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni. Ex. g. Si quis ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis retinere.

Textus.

De eo, quod hæres voluntati testatoris deducit, præcepitve.

9. *Si quis una aliqua re deducta, sive præcepta, quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re,) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quartam parte retenta rogatus esset, reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cùm deducta sive præcepta aliqua, re restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatusconsulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud eum hæredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, cùm quarta parte retenta rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet una aliqua re deducta aut præcepta, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones. Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribusque rebus deductis præceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem*

tem restituere, idem Juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.

NOTÆ.

9. *Una aliqua re deducta*) Qui certa aliqua re aut summa deducta rogatus est hæreditatem restituere, similis est hæredi, cui ex re certa instituto cohæres simpliciter datus; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l.* 1. §. *ult. h. t. l. pen. C. de hær. inst.*

In qua maxima pars hæreditatis) Nam pretium rei non mutat rationem juris: onera autem non patitur, nisi qui partem jure hæreditario retineat, *d. l.* 30. §. 2. Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deest, jure hæreditario retinere, per *l.* 1. §. 26. *eod.*

Duabus pluribusve) Ratio, quia semper inspicitur, utrum qua pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus singulis.

Qui ex parte hæres) Ut si præcepta re aliqua rogatus sit restituere, res illa apud eum sine onere remaneat.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus in casu proposito, consumpta portione restituta, legatarii & creditores cum hærede agere possint?*

SUpra *tit. de hær. inst. sub.* §. *& si plures.* 8. docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac si simpliciter sine ulla mentione rei scriptus esset, ex *l.* 1. §. *si ex fundo.* 4. *d. tit. l. cohæredi.* 41. §. *ult. de vulg. & pup.* At si plures instituti sint, quidam ex re certa, alii simpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos solos hæredes effici, qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; qui ex certa re aut summa, pro legatariis haberi *l. pen. C. de hær. inst.* nisi hæredes partis universæ defecerint: tum enim idem juris esse, ac si instituti in re singulari ab initio soli fuissent. Huic posteriori speciei similis est, quæ hoc loco proponitur, videlicet cùm quis, deducta certa re vel summa, rogatus est hæreditatem restituere. Restituta enim in proposito hæreditate, fideicommissarius instar cohæredis est, hæres instar ejus, qui ex certa institutus, cohæredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hæreditatem recipere, solus qui rogatus est & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam solùm fideicommissarius hæredis locum obtinet, alter tamquam cohæres ex re certa vicem subit legatarii.

Una aliqua re) Quæ *præcedd.* §§. dicta sunt de scissione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte reliqua ex voluntate defuncti retenta, reliquam hæreditatem restituit, & fideicommissarium Trebellianum, ea tunc obtinet hìc docemur, quando quis rogatus est hæreditatem restituere retenta parte alia qua hæreditatis seu assis, sive ut vulgo interpretes loquuntur, deducta quarta. Aliud autem longè esse, si quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut summa, puta centum aureis, restituere rogatus sit, quamvis ea res vel summa quartam partem vel amplius contineat. Nam etsi hìc quoque similiter restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissarium, hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id est sine ullo onere hæreditario, quo constet legatarios non premi, *l. si hæreditatem* 32. *mand. l. ult. C. de hær. act.* Mæcianus breviter & dilucidè rem totam proponit in *l. si legatus* 30. §. 3. *hoc tit. Multum interest*, inquit, *utrum qua pars jure hæreditario retineatur, an verò in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium; posteriore verò apud fideicommiss arium sunt actiones.* Huc pertinet, *l.* 1. §. *ult. eod.* Quod si hæres coactus à prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *l. ita.* 27. §. *si præceptis* 14. *eod.*

Quæ quartam continet) Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæreditario retinere, Gloss. & DD. *hìc arg.* §. *sed quia* 7. *hoc tit. l.* 1. §. *si hæres.* 16. *eod.* Æquum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Glossa in *d. l.* 1. §. *ult.* Cantiunc. & Mynf. *hìc.*

Ex Senatusconsulto Trebelliano) Ante transfusionem Pegasiani in Trebellianum, si hæres non ultra dodrantem restituere jussus erat, restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano. Hoc cùm nostri dicunt, perpetuo significant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, restitutio fiebat ex Pegasiano. Quo casu actiones apud hæredem remanebant, & stipulationes interponebantur, secundum ea, quæ tradita sunt, §. *ergo.* 6. *eod.* Hodie remoto Pegasiano distinctè pro parte restituta actiones transeunt. In casu autem proposito etiam antea

antea restitutio fiebat ex Trebelliano, *l.* 1. §. *si hæres.* 16. *eod.* actionesque in solidum transferebantur: quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, similis est legatario.

In qua maxima pars hæreditatis) Finge, eum, qui quadringenta posidebat, rogasse hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic etiam si fundus iste maximam partem hæreditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium vel rationem juris mutat, aut efficit, quominus
1 res sit singularis. Cæterum hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse, hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt Cantiunc. & Mynſ. *hic.* Et multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus: quippe quibus in subsidium etiam pro rata ea parte, quam præcepit, teneatur, si hæreditas solvendo non sit, ut vult idem Mynsing. & Gothofr. *in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tamquam certum atque apud nos quoque receptum tradit D. Groc. 2. *manud. cap.* 20. Etsi autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit, aut hæres à se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis ei est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet Bart. *in l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. *ad leg. Falc. num.* 9. & 10. Quamquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium conveniri non posse, cùm aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipuè hoc, ut si putent hæredem non esse solvendo, bonorum separationem petant.

Et secum deliberare debet) Cautius faciet, si jure deliberandi non utatur, sed novo beneficio inventarii, quod à Justiniano datum omnibus, quibus deliberandi potestas est de adeunda aut suscipienda hæreditate, §. *extraneis* 5. *sup. de hær. qual.*

Si duabus pluribusve) *L. ita tamen* 27. §. *si præceptis* 14. *hoc tit.* Quippe non multitudo rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper, utrum qua pars in hæreditate seu jure universo hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæreditariis. Mynsingerus imperitè rem hæreditariam cum quota hæreditaria confundit.

Sed etsi certa summa) Huc ergo pertinet *l.* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperam DD. comm. alio trahunt, nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis, actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quamquam vera mihi videtur propositio.

Ad eum, qui ex parte) Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse: alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum; partem suam restitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate solus pro semisse actiones excipit: cùm, ubi partis dimidiæ hæres rogatus est, ut retenta parte quarta aut quadrante suæ portionis restituat, atque restituit, pro sextante obnoxius maneat.

Textus.

De fideicommisso hæredis ab intestato.

10. *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cùm alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

Notæ.

10. *Intestatus moriturus*) Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex, hos prætor vocat, ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommitti non potest, *l.* 9. *C. de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l.* 8. §. 1. *de jur. eod.* Ulp. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit alios instituendo; quod pro jure suo facere poterat.

Commentarius.

1 *Ratio cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommissum relinqui possit.*
2 *An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur?*

FIdeicommissum tam hæreditatis, quàm singulare, non solùm testamento, verum etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hæreditatis velit, didicimus

§. 2. *sup. hoc tit.* nimirum ut directo testamento hæredem instituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab hærede testamentario relinqui, *l.* 3. §. 2. *l.* 8. *in pr. eod.* Ulp. *tit.* 25. §. 9. Cæterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit, sive honorarius successor, *d. l.* 3. *pr. d. l.* 8. §. 1. Unde quamvis de instituto tantum hærede senatus loquatur, *l.* 1. §. 2. *hoc. tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est, *dict. l.* 1. §. 5. & §. 7. *l.* 6. §. 1. *eod.*

Intestatus moriturus) Dubitari potuit, an à successore legitimo aut honorario fideicommissum rectè relinquatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l.* 9. *C. de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex 12. tabularum ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum possessionem. Verùm hæc dubitatio facile tolli potest. Quamvis enim in casum
1 non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur; tamen cùm defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis hæredibus institutis, (salva utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipsis tacitè relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Jurisconsultus significat in *l.* 1. §. *sciendum* 6. *de legat.* 3. cùm ait, *fideicommitti eorum posse, ad quos aliquod perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur*: in quam sententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideo*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfam. sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere hæredi ab intestato, nisi qui testamentum facere posset, *l.* 3. *in pr. de jur. eod.* Ulp. *d. tit.* §. 3. Estque hoc juris explorati, eos, qui testamentum facere non possunt, nec codicillos
2 posse, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. eod.* De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit fideicommissum reliquerit, si illo repudiante, ad sequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeatur. Negat Ulp. *d. l.* 1. §. *pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur *l. si Titio.* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *l.* 3. *de jure cod.* Doctores vulgo cum Accurs. & Bart. *ad dd. ll.* interesse respondent, utrum simpliciter hæredes ab intestato venientes gravati sint, an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum à quolibet succedente deberi, hoc casu non deberi, nisi à cohærede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, *argum. d. l.* 3. *de jur. eod.* junct. *l. pater meus* 29. §. 1. *de legat.* 2. add. Bart. *in l. cum pater* 77. §. *cum existimaret.* 29. *de legat. eod.* quæ distinctio rationem habet. Ant. Faber, *conj.* 15. contendit, vitiosam esse lectionem, *d.* §. *pen. l.* 1. *de legat.* 3. legendumque dempta negatione, *fideicommissum debere.* Mihi tam periculosa confidentia non placet.

Legata nisi ex testamento) Legatum olim non nisi testamentum aut codicillis testamento confirmatis dari potuit: credo quia civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. Ulp. *tit.* 24. *fac. l. si ita.* 38. *de cond. & dem.* quibus tantùm in testamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio testamento relicta, *l.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens visum est, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, sed lex hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuta: atque ut vim fideicommissi haberent, benignè recepta fuisse, *arg. l. Scævola.* 76. *hoc tit.* Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus & legata quoque ab intestato relicta directo valere, contra Jo. Fabrum, Angel. & Giphan.

TEXTUS.

De fideicommisso relicto à fideicommissario.

11. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

COMMENTARIUS.

NOn modo hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verùm etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placeat actiones ex Senatusconsulto transferri in fideicommissarium, secundum *l.* 1. §. *de illo.* 81. *hoc tit.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hæreditatem, cùm suspecta diceretur, recepit, totam restituere, *l. si patroni* 55. §. 2. *eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ re-

retinendæ habet, *l. lex Falcidia* 47. §. 1. *ad leg. Falcid.* Etenim cùm semel adita est hæreditas, omnia defuncti voluntas rata constituitur, *d. l.* 55. §. 2. Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur, *l. Lucius.* 78. §. *hæres.* 11. *hoc tit.* similiter, ut legatarii, à quibus fideicommissum relictum, *l. pœnales* 32. §. *si Titio.* 4. *ad leg. Falcid.* Planè si hæres, ut priori fideicommissario donaret; jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, *l.* 1. §. *inde Neratius.* 19. *hoc tit.*

TEXTUS.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eumdem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel paucioores, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc sive pater hæredis, sive alius quicumque sit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit; si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit; necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem coarctari; ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus, etsi à legatario, vel fideicommissario, aliquid similiter relictum sit. Quod si is, à quo relictum dicitur, (postquam negaverit) confiteatur quidem, aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando dispositioni h. §. locus.*

2 *Non mutari constituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l.* 23. *C. de fideic.*

3 *Hæredem in specie proposita non posse jusjurandum referre.*

4 *Glossema in fine textus observatum.*

AUdivimus supra, fideicommissorum originem, nomen & substantiam à fide hæredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide hæredum, ab initio pendebant, ita & sola religione hæredum, quorum præsentium fidei aliquid commissum est, nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc à Justiniano *l. ult. C. de fideic.*

Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero) Quando testator, contempta omni alia probatione scripturæ vel testium, fidei solius hæredis committit, ut aliquid præstet, placet Justiniano, fideicommissum ab hærede præstandum, idque sive neget hæres, fideicommissum à se relictum, & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset, sive ultro fateatur, esse à se relictum, sed dicat, se non teneri, quia non solemniter relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est; alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam, quam quod recusatio juris jurandi tacitam confessionem habet, *l. manifestæ* 38. *de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommisso eum obstringi oporteat confessione aperta.. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est, continetur; ideo constitutionem suam adversus tacitas objectiones munivit. Si quis enim forte objiciat, iniquum esse, ab hærede fideicommissum exigi citra ullam probationem, respondet, illud hac in re iniquum non esse, ubi hæres jurejurando sibi delato in sua causa constituitur testis & judex, ut sit in ejus potestate, non teneri, jurando se nescire quicquam relictum esse. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad nimirum requiri quinque testes, *l. ult.* §. *ult. C. de codic.* respondet, id justum esse, cùm res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod ergo traditum est in *l. si veritas* 23. *C. de fideic. cum similib.* ex imperfecta scriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & nisi de fide scripturæ, quam testator servari voluit, justo numero testium constet, fideicommissum exigi non poterit. Consule Mantic. *de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 15. *num.* 5. Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Justinianus, in calce constitutionis exponit.

Qui in fideicommissis legitimus) Hoc à Theodosio primum constitutum est, *d. l. ult.* §. *ult.*

C. de codic. Antea enim cùm numerus testium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos suffecisse arbitror, *arg. l. ubi numerus* 12. *de testib.* de quo plenius sub §. *ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus constitutum *d. l. ult.* §. *ult. C. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic, & d. l. ult. C. de fideic.* Justiniauus sancit, tunc solùm obtinet, cùm defunctus rem, quam præstari voluit, fidei hæredis præsentis commisit extra testamentum aut codicillos.

Cùm prius ipse de calumnia juraverit) Id est, se non calumniandi seu vexandi, hæredemque religione urendi animo jusjurandum deferre; sed quia ita se rem habere sibi planè persuasum sit; quod jusjurandum, licet alias in usu esse desierit; tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, si exigatur, est præstandum, juxta *l. jusjurandum* 34. §. 4. *de jurejur.* Damhoud. *prax. civil. c.* 151. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 8.

Vel jusjurandum subire) Conditione jurisjurandi in judicio delata, regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *l.* 9. *C. de reb. cred.* Manifestæ enim confessionis esse creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifestæ* 38. *de jurejur.* At in proposito ne referre quidem hæres potest: quippe cùm hic agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus hæres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *l. Marcellus* 11. *& seqq. rer. amot. d. l. jusjurandum* 34. *in pr. de jurejur.* & ita rectè Mynsing. Schneid. Wesemb. *hic*, mirumque est, veteres interpretes in re tam manifesta variare.

Postquam negaverit) Hæc verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomanno, Contio, Fabroto, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit: & Jo. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, à quibus aberrant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si verò retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione hæres in specie proposita fideicommisso obligetur, quàm si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset: sed ideo posita, quia hic casus solùm verbis expressus fuit. Cæterum simpliciter, quisquis confitebitur, de fideicommisso obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quidquam constitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur, in quo fallunt DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. *ad d. l. ult.* Mynsing. Schneid. *hic*, sed totum voluntatis testatoris servandæ causa, ut disertè scriptum est in extremo *d. l. ult.* & tenent Jo. Fab. & Jas. *in d. l. ult.* quos etiam ex facto consultus, non attenta communi opinione, in respondendo secutus est quondam Curiæ nostræ Coryphæus, Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam à Wesembec. *hic.* Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib.* 2. *tit.* 13. *n.* 5.

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio, & argumentum tituli.

HActenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur: quæ à legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur §. 3. *sup. de legat. & l.* 2. *C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *dict.* §. 3. *& pr. tit. præced.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommissa singularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui possunt: postremo in genere, quibus maximè verbis fideicommissa relinqui solent.

TEXTUS.

Summa.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam; & vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit.

NOTÆ.

Vel legatarium) Interdum & in contractibus fideicommissum constituitur, exempl. in *l.* 26. *pr. de pos. l.* 77. *de leg.* 1.

A legatario legari non possit) Hoc etiam ad jus

jus vetus referendum. Ulp. *tit.* 24. §. 19. Cajus *lib.* 2. *tit.* 7. Nam hodie hæc quoque differentia sublata, utique quod à legatario legatum est, valebit nunc jure fideicommissi, *arg. l.* 2. *C. comm. de legat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie possit?*

FUndum, argentum, hominem, vestem) Hæc nomina generalia quidem sunt, verùm specificè hic sumuntur, intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *l. legato* 37. *de legat.* 1. Cæterum & si qui fundus suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum reliquerit, nihilominus tale fideicommissum speciale est, & simile legato.

Vel legatarium) Singulæ res per fideicommissum non solùm ab hærede relinqui possunt, verùm etiam à legatario. Possunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, §. 1. *hoc tit. l. ab eo* 9. *C. de fideicommissis*, & donatario mortis causa, *l. cum pater* 77. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 8. §. 2. *de transact.*

A legatario legari non possit) A legatario legari non posse, quamvis fideicommissa ab eo rectè dentur, discimus etiam ex Ulp. *tit.* 24. §. *à legatario* 19. & Cajo *lib.* 2. *tit.* 7. §. 3. Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus ut in eum solùm liceat, quem universi juris successorem esse volumus, & locum nostrum subire. Differit autem ita Justinianus, quasi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod hæc differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi à legatario formula dari potest. Ego verò à communi & recepta interpretum sententia non recedo, qui censent, etiam hanc differentiam una cum cæteris hodie sublatam esse, legataque non minus quàm fideicommissa à legatario relinqui posse, *per l.* 2. *C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cùm à legatario legatur, locum esse: sed quod Giphanius ait nullum dari posse, id nego. Per præceptionem hæredi à cohæredibus dumtaxat legari constat. Non video etiam, quomodo per vindicationem possit à legatario legari. Etenim si testator, postquam legavit, *Titio fundum Tusculanum do lego*, mox eumdem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eumdem fundum Tusculanum do lego*, aut sic, *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto*; aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic usus esse potest, *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare Sejo; Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis ut jubeo, volo, impero, damno, vid. *inf.* §. *ult.* Quin etiam finendi modo à legatario rectè legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere C. Sejum sibi habere partem fundi, quem ipsi legavi.* Non obstet, quod Justinianus simpliciter scribit, à legatario legari non posse, nam præcedenti quoque titulo §. *præterea* 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa, ex constitutione sua emendationem recipere voluit: quamvis separatim ita tractet, quasi differentiæ adhuc manerent, id quod se facturum antea testatus est §. 3. *sup. de legat.* quo permixtio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior. VINN. Quin hodie legata etiam à legatario relinqui possint, dubitandum non videtur. Vix tamen arbitror ex principiis juris veteris locum fuisse legato damnationis. *Damnas esto* formula est legislatoria. Testator autem erat quasi legislator non ratione legatarii, quem non damnare sed locupletare debebat, sed ratione hæredis, tanquam successoris singularis. Ergo hujus juris ratio reddenda non est ex natura formularum. Nam revera formula nulla legato à legatariis relicto quadrabat, sed ex generali illo principio, quod hodie legata & fideicommissa ejusdem naturæ esse censeantur. HEIN.

TEXTUS.

Quæ relinqui possunt.

1. *Potest autem non solùm proprias res testator per fideicommissum relinquere; sed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solùm de ea re rogari potest, aut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius; sive aliena sit. Hoc solùm observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quàm ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est, ei qui rogatus,*

tus, aut ipsam rem redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere.

COMMENTARIUS.

1 *Jam olim communia fideicommissis cum legatis.*
2 *Declaratio regulæ, Neminem posse rogari, ut plus restituat, quàm ipse cepit.*

1 MUlta etiam jam olim fideicommissis communia cum legatis fuere; quale est hoc, quod hìc traditur de re, quæ testatoris propria non sit, per fideicommissum relicta. Res, quæ, cùm in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel hæredis esse, vel legatarii, aut fideicommissarii, vel tertii alicujus, quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *sup. de legat.* Quemadmodum igitur non solùm res testatoris legari potest, sed etiam hæredis, *d.* §. 4. ita sciamus, non solùm rem testatoris, sed etiam hæredis per fideicommissum relinqui posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legatr* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra, quemadmodum res, quæ legatarii est, ei inutiliter legatur, §. *sed si rem.* 10. *sup. de legat.* ita & fideicommissario rem. quæ ipsius sit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommissarii alteri legata quæ olim non potuit, quia ab his legata non licebat, sed tantùm fideicommissum dari. Nunc verò etiam in legatis huic quæstioni locus est. Sed hoc præterit Justinianus; quippe cui hìc sermo est de fideicommissis, non considerata legatornm cum his exæquatione. Ait, per fideicommissum relinqui posse etiam rem legatarii, aut fideicommissarii, à quo scilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid si in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere? Dicemus, nihilominus valere fideicommissum eadem ratione, qua, si res hæredis esset, valeret, *argum. d. l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. *d.* §. 4. *supr. de legat. cum ibi notat.* Porro illud quoque commune est, quod hìc ait Justinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse: nam legari posse docuit *d.* §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius à nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse, utrum testator sciverit, an ignoraverit, esse alienam, atque illo demum casu, non hoc, valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat, sciendum est, ad fideicommissum quoqne rei alienæ pertinere, *l.* 10. *C. de legat.*

Etiam de alia, sive ipsius) Legatarii scil. qui rogatur, aut fideicommissarii primi: nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi verò fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, *arg.* §. *sed si rem.* 10. *sup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contra disputet Bachovius.

Ne plus rogetur quisquam restituere) Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morien- 2
tibus eam legem, quam velint, suis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil oneret, aut oneret quemquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, *l.* 1. §. *si is qui* 37. *ad sen. Treb. l.* 1. §. *sciendum* 6. *de legat.* 3. *l. filiusf.* 114. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 9. *C. de fidei.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones; quæ tamen non tam exceptiones sunt, quàm declarationes regulæ. Cujusmodi est, quod, si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit: placet, valere fideicommissum etiam ultra summam legatam, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eum excedunt, *l. imperator* 70. § 1. *de legat.* 2. Tale item est illud, quod, qui acceptis centum rogatus sit rem propriam, quamvis majoris pretii, restituere, is, agnito legato, fideicommisso obstringitur: quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, *d. l. imperator* 70. §. 1. *in fin.* Item hoc quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is eum fundum restituere sit rogatus, & centum dare, valere fideicommissum, si legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *d. l. filiusfam.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, *l. planè* 24. §. 2. *de legat.* 1.

Redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere) Re aliena per fideicommissum relicta, is, qui rogatus est, vel redimere eam debet & præstare, vel si dominus eam non vendat, æstimationem ejus inferre, perinde ac juris est in rei alienæ legato: *l. non dubium* 14. §. 2. *l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. quod latius explicatum *sup.* §. 4. *de legat.*

TEX-

TEXTUS.

De libertate.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit,) non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quod possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quàm qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cùm non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.*

COMMENTARIUS.

1 *Liberti orcini, & numquid juris in eos familiæ?*

2 *Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum datæ non tolli*, l. 2. comm. de legat.

3 L. 58. de man. test. *cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommissum dari possunt, & quidem largius, quàm directo, cùm non tantùm propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio *in l. libertates 16. de fideic. libert.* Quod ait, non tantùm propriis, sed etiam alienis, ex eo intelligitur, directo servis alienis libertatem dari non posse; quod etiam expressè rescriptum est in *l. 9. C. de testam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in casu libertatis servo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei posse fideicommissariam, *arg. l. generaliter 25. §. si quis 10. l. de fideic. libert. l. 10. §. ult. de testam. tut.* Sed obstant memorati textus, & maximè *l. 9. C. de testam. man.* quo loco rescribitur, nec hæredis servo directo libertatem dari posse. Quod si directo data saltem in vim fideicommissæ valeret, id utique Imperatores consulti non dissimulassent, & in *l. si servus 108. §. si servus 9. de legat. 1.* tale legatum dicitur esse nullius momenti. VINN. Nec obscura est ratio. Nam si hæres directo damnatus esset servum alienum manumittere, istud legatum frustraneum fuisset, si dominus eum liberum fieri nollet, adeo ut nec æstimatio legatario præstari potuisset. Non poterat autem res aliena aliter legari, quàm ut, domino eam vendere nolente, legatario æstimatio præstaretur. §. 4. *Instit. de legat.* Fideicommissorum autem quum esset benignior interpretatio, judicarunt veteres, illis & servo alieno libertatem relinqui posse, eatenus ut expectetur emendi opportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio, cur in *l. 30. ff. de manum. testam.* servo proprio, qui apud hostem est, servitus directo relinqui potest, quia quamvis hujusmodi servus in præsens non sit testatoris, tamen vel æstimatio præstari potest, id est, λύτρον vel, si id repudietur, spes superest servum postliminii jure in potestatem hæredis rediturum. HEIN.

Vel legatarius vel fideicommissarius) Qui, si testatoris servus est, ab hærede eum rediment & manumittent: si modo quod à defuncto iis relictum est, agnoverint.

Aut legatarii) Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quàm in pretio servi, *d. l. generaliter. 24. §. si quis 12. de fideic. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l. sed si 36. ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei) *L. 6. C. de fideic. libert.* Cæterum legatarius alienum servum manumittere rogatus, non alias erit cogendus, quàm si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l. generaliter, §. si quis.*

Non statim extinguitur libertas) Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur: sed spectanda est emendi opportunitas, *d. l. 6. C. de fideicomm. libert.* equidem æstimatio hic præstari non potest, ut in casu §. *præc. in fin.*

Ejus, qui manumittit) Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, à quo manumissus est, *l. 7. C. de fideic. libert.* Cæterum hic manumissor jus patronatus in eo tantùm acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impo-

positas ab eo petere, *l. qui ex causa 29. de bon. libert.*

Ipsius testatoris) Directa libertas ipso jure statim ab adita hæreditate competit, *l. 10. C. de test. man. l. testamento 23. & l. 25. D. de man. test. l. quæro. 32. §. ult. de test. tut.* Itaquè is, qui directo testamento liber esse jubetur, tes-
1 tatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, ante ejus, *qui ad Orcum demissus est*: *Acheronticus* à Cujacio, Χαρωνιανὸς à Theophilo vocatur eadem forma, qua *Orcini senatores*, quorum in *Augusto cap. 35.* meminit Suetonius, à Plutarcho in *M. Antonio.* Χαρωνῖται dicuntur. Orciniorum crebra in libris nostris mentio est, *l. 3. §. de legit. tut. l. 8. de hær. inst. l. dominus 22. de pecul. leg. l. 1. alias 2. §. per contrarium. 10. de dot. præl. 2. de statu lib. l. 4. §. hi qui. 12. de fideic. lib. l. 10. C. de testam. man. l. 8. C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato mannumittere, ad libertatem perducuntur, quippe ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, *l. cum quasi. 30. §. quærendum. 12. l. si is 49. de fideic. libert. l. 5. qui sine man.* Igitur Orcini cùm eum patronum habeant, qui esse desiit, non malè dicuntur liberti nullius esse, *l. 4. in pr. de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l. 3. §. 3. de legat. tut.* libertos familiæ fieri, *l. si socius 43. de manum. test.* liberos, & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un. §. sed etsi. 7. C. de latin. lib. toll.* Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura,
2 ut in liberto habuisse. Porro hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, quæ directo & per fideicommissum data exæquata sunt, *l. 2. C. comm. de legat.* retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus, qui à testatore rogatus est manumittere, non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes interpretes paucis recentiorum exceptis.

Quo faceret testamentum & quo moreretur) Hoc item traditur in *l. Servius. 35. de man. test.* Neque obscuram rationem habet. Nam cùm alieno servo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest propter regulam Catonianam; & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est,
3 vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Marcianum *l. verum 58. de man. test.* legimus, eum, qui liber esse jussus est, alienatum à testatore, si ante aditam ejus hæreditatem rursus hæreditarius factus sit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, sic omnino accipiendum est, si superstite testatore in potestatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore testatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Planè, si servis testatoris, qui apud hostes sunt, libertas directo data sit, placet hos libertatem consequi, quandocumque ab hostibus reversi sint, licet neque testamenti, neque mortis tempore testatoris fuerint, *l. si servi. 30. de man. testam.*

Velut ex suo testamento) Α'μέσως protinus ex testamento: cùm testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

TEXTUS.

De verbis fideicommissorum.

3. *Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur*: Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

NOTÆ.

3. *Peto, rogo, &c.*) Hæc verba dicuntur precaria & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis; vid. Ulp. *tit. 25.* Paul. 4. *sent.* 1. Hodie autem de verbis laborandum non est, postquam Justinian. verbum omne significans legitimum sensum testatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l. 2. C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

RECensentur hìc à Justiniano verba fideicommissorum maximè usitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertate. 16. de fideic. lib.* nam increscente progressu temporis favore fideicommissorum longè plura recepta sunt, placuitque, fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere: veluti his, *cupio des, opto des, credo te daturum; exigo, desidero ut des, volo hæreditatem meam Titii esse, scio, non dubito, te hæreditatem meam restituturum Titio, l. etiam 115. l. & eo. 118. de legat. 1. l. unum. 67. §. ult. de legat. 2. l. Pamphilo. 39. de legat. 3.* Paulus 4. *sent.* 1. scribit, his omnibus verbis fidei-

deicommitti posse, *Rogo*, *peto*, *mando*, *deprecor*, *cupio*, *injungo*, *desidero quoque*, & *impero*. Quod Paulus *impero* quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp. *tit.* 24. & 25. facit inter legata & fideicommissa; legatum definiens, quod imperativè relinquitur, fideicommissum, quod precativè: perinde enim hoc est, ac si diceret, legatum esse, quodcumque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquitur; fideicommissum, quod verbis precativis sive precariis. Sed sciendum est, verba imperativa sæpe vim habere precacariorum, quod ex objecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat; *L. Titio hæredi meo impero, ut servum meum Stichum manumittat*, procul dubio hìc per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est, si dixerit, *Jubeo*, aut *hæres damnas esto manumittere*. Similiter si imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi, tamquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quàm si dicat, *Jubeo*; quod etsi directum est, Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. *l.* 2. *C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere constat, quoties quid restitui jubetur, *l. Lucius.* 88. §. *quisquis.* 10. *de leg.* 2. *l. Aurelius.* 28. §. *ult. de lib. leg.* aut minus etiam quàm *volo*: quod cùm imperativum sit, tamen in fideicommissis est usitatissimum. Quod si ita dixerit, *Impero tibi hæres, ut L. titio centum des*; hoc jam non fideicommissum erit, sed legatum. Nihil enim interest, *impero*, quis dicat, *an hæredem meum dare jubeo*, aut *hæres damnas esto dare*, Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. Verba *relinquo* & *commendo* negat Paulus *d. loc.* ullam fideicommissi actionem parere. De verbo *commendo* constat, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 12. *C. de fideic. libert.* At ex verbo *relinquo* videtur fuisse petitio fideicommissi *l. Lucius.* 78. §. *filiam.* 8. *ad Sen. Treb.* Sed de eo nunc laborandum non est, postquam Justinianus, omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l.* 2. *comm. de leg.* Sæpe enim, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cùm verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis, si sola spectantur exempla in *l. ex facto.* 17. *in pr. l. si quis.* 29. *ad Treb. l. cum proponebatur.* 64. *l. peto.* 69. *in pr. de legat.* 2. *l.* 11. §. *si quis ita.* 4. *l. ult.* §. 3. *de legat.* 3. Consulantur Matheac. *epit. legat. lib.* 1. *c.* 3. Chiflet. *lib.* 2. *de jur. fideic.* 18. & 20. Mantic. *lib.* 7. & 8. *de conj. ult. vol.* D. Tulden. *comm. in tit. præc. c.* 3.

TITULUS VIGESIMUS QUINTUS.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. Tit. 7. C. Lib. 6. Tit. 36.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti? eorum definitio, & divisio. Summa tituli.

VIderi alicui poterit disputatio de codicillis non rectè subjecta tractationi de successione ex testamento: quippe cùm si codicilli tantùm facti sint, succedunt ab intestato. Verùm Justiniano, ut apparet, propositum hìc maximè fuit agere de codicillis à testato factis, qui pars sunt testamenti, ejusque jus sequuntur. Sed & codicilli ab intestato facti speciem quamdam testamenti exhibent, *l. ab intestato.* 16. *hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices, id est, tabellæ ex codicibus, aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juven. *sat.* 10. *Codice sive Hæredes vetat esse suos*, quia testamentum in codicibus tantùm scribebatur, sive tabulis grandioribus; ita voluntas suprema minus solemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, *l. si ita.* 38. *de cond.* & *dem. hoc tit. l.* 14. *C. de testam.* propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est, tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quo cuique commodum esset, circumferri atque in sinu gestari possent. Est igitur codicillus ὑποκόριστικὸν à codice: quamquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *l.* 15. *C. de sacrosanct. Eccles. l. ult. C. de bon. libert. l. ult.* §. *ult. C. de codic.* quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundùm tabulas, licet tabulæ nullæ sint, *l.* 2. *C. de bon. poss. sec. tab.* Codicilli igitur sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis: eorumque, ut & testamenti, duo sunt genera; scripti, in quibus voluntas scri-

bitur; & non scripti, in quibus nuncupatur. Primum hic commemorat Justinianus, à quibus, & quam ob causam usus codicillorum introductus comprobatusque sit: deinde modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui possint, ostendit. VINN. Non opus est ambagibus circa vocis *Codicillus*, originem. Codicilli veteribus sunt Epistolæ, vel scripturæ ad alios missæ. Vid. Cic. *ad Fam. IV.* 12. VI. 18. *ad Attic. lib.* 12. *Ep.* 8. *ad Quint. Fratr. lib.* 11. *Epist.* 10. Imprimis ita vocatæ litteræ ad præsentes missæ. Sen. *Epist.* 55. Quia ergo codicilli plerumque perscribebantur in forma epistolæ, *l.* 56. *ff. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *l.* 32. §. 3. *ff. de legat.* 3. *l.* 30. §. 1. *ff. de adim. vel transf. leg.* Brisson. *de Formul. lib.* 8. *p.* 686. hinc & nomen retinuerunt. HEIN.

TEXTUS.

Origo.

Ante Augusti tempora constat, codicillorum jus in usu non fuisse: sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa esse cœperunt, codicillos introduxit. Nam cùm decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cùm D. Augustus voluntatem ejus implesset; deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti, fideicommissa præstabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, ne absonans à juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent; ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cùm & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

NOTÆ.

Codicillorum jus) Codicilli sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis, non in hoc comparata, ut testamentum fit, *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *b. t.* Et possunt quoque confici ab intestato, §. *seq.* Imperfecta igitur est definitio Græcorum Theoh. *hic.* Harm. *lib.* 5. *tit.* 7. §. 3. in Basil. *lib.* 30. *tit.* 1. ἐλλιπὴς ἐν διαθήκαις γνώμης ἀναπλήρωσις, aut διόρθωσις τῆς διαθήκης, *testamenti suppletio aut correctio.*

Jure optimo admitterentur) Eorumque recepta duo genera, scripti, in quibus voluntas scribitur, & non scripti, in quibus nuncupatur, *l.* 13. *C. de SS. Eccles. l. ult.* §. *ult. C. hoc tit.* quamquam obstat nominis ratio, vid. Hotom. & nostra *in comm.*

COMMENTARIUS.

Lentulus, ex cujus persona etiam fideic.) Quod ait, à persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum cœpisse, non sic accipiendum est, quasi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commisserit, aut primus fecerit codicillos: sed quod ille primus occasionem præbuerit, ut fideicommissa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata esse cœperint, iisque hæredes obligari; tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, recepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit, non constat, & parum refert. VINN. Immo constat, intelligi hic L. Lentulum, quem cum M. Valerio Messala consulem fuisse anno U. C. DCCLI. ex marmore apud Reinesium *Inscript. Class.* 10. 3. *p.* 597. discimus. Ei Pighius falso tribuit Cossi prænomen, quod ex marmoris istius fragmento Reinesius restituit. HEIN.

Testamento confirmatos) Testamento scilicet, quod antea Romæ aut Italia fecerat, cùm in eo scripsisset, sed ab hæredibus suis petere, ut si quid postea codicillis relicturus esset, id bona fide præstarent. Exemplum testamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. libert.*

Quibus ab Augusto petiit) Indicio hoc est, Augustum testamento Lentuli hæredem institutum fuisse saltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem scriberent.

Deinceps reliqui) An reliqui testamento Lentuli Augusto cohæredes dati, ut vult Wesembec. Theophilus secutus? An potius alii aliorum codicillis rogati, ut fere amant subditi exemplum Principis sequi? quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat) Non quia relicta incapacibus τοῖς μὴ δυναμένοις λαμβάνειν, sed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non est igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Wesembecius; sed quod nihil eorum, quæ codicillis, licet testamento confirmatis, scripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hic positum pro *fideicommissa*. Planè pos-

tea

tea receptum fuit, ut etiam legata codicillis testamento confirmatis dare liceret, *l.* 2. §. 2. *hoc tit. l.* 8. §. *ult. eod.* Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem à parte scriptam fuisse, cùm tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia; quod argumento est, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo hæredes institui; qua de re scripsimus fusius supra ad §. 1. *de fideic. hær.* Nulla igitur causa est, cur cum Hotomanno pro *filia* restituamus *filiæ*.

Convocasse sapientes viros) Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit; sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum, conferentne illi, posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, aut auctores sibi essent ejus mortis comprobandi; exemplo suo docens, nihil novi juris sine consilio prudentum ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud quod præclarè ab Ulpiano dictum est, *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet*, *l.* 2. *de const. princ.*

Ubi si quis testamentum facere non posset) Propter civium Romanorum, qui ad testimonium necessarii erant, penuriam. De facto enim loquitur non de jure, uti Jurisconsultus in *l.* 8. §. 2. *hoc tit.* nam testamenti factio loco alligata non est, DD. comm. *in l.* 1. *C. de SS. Eccles.* Cæterum & illud palam est, eum qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, *l. divi.* 6. §. 3. *d. l.* 8. §. 2. *hoc tit.*

Cum & Labeo) Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & à Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *l.* 2. §. *post hunc.* 47. *de orig. jur.* VINN. Conferendi hic omnino Taci. *lib.* 3. *Annal. cap.* 75. & Gell. *lib.* 13. *cap.* 12. Nos quoque de diverso Antistii Labeonis & Ateii Capitonis ingenio & prudenti Augusti consilio Labeonem sibi conciliandi nonnulla monuimus in *Antiqu. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 39. *p.* 68. HEIN.

TEXTUS.

Efficiens.

1. *Non tantùm autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cùm ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quàm si speciali voluntate postea confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.*

NOTÆ.

1. *Sed & intestatus*) Codicilli ab intestato facti vicem testamenti exhibent, suisque ipsi viribus nituntur. Proinde quicumque intestati successor erit, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l.* 3. *l.* 8. *pr.* & §. 1. *l.* 16. *eod.* nisi voluntas in hoc parata sit, ut testamentum esset, *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *eod. l.* 14. *C. de test.* non adjecta scil. clausula codicillari, *l. propen. qui test. fac. l.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l. ult.* §. 1. *C. h. t.* Testamento autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jus ejus sequuntur, *l.* 3. §. *ult. d. l.* 16. *eod. l.* 1. *C. eod.*

Papinianus ait) *L.* 5. *eod.* & hæc Papiniani sententia receptissima erat Plinii temporibus, ut constat ex *lib.* 2. *epist.* 16.

COMMENTARIUS.

1 *Voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, ne jure quidem codicillorum valere, nisi adjecta sit clausula codicillaris.*
2 *Testamento facto, codicillos quoscumque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.*
3 *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos; cæterum hodie sublata.*
4 *Quatenus ex his, quæ testamento cauta, mutare quid liceat?*
5 *Sententia extremorum verborum hujus* §.

CODICILLI & ab intestato confici possunt & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit, sive legitimus sive honorarius, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l.* 3. *l.* 8. *in pr.* & §. 1. *l. ab intestato* 16. *hoc tit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituta sit, ut testamentum esset; quod eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit, ut testamentum esset. Neque enim ad validitatem actus civilis sufficit forma, si agentis deest intentio, ut bene D. Tuld. *hic c.* 2. Itaque si quis, verbi causa, codicillis scripserit, hanc voluntatem 1

suum esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, *l.* 1. *l. illud* 13. §. 1. *h. t. l. propen. qui test. fac. l. non codicillum* 14. *C. de test.* nisi adjicerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non posit, valere saltem vice codicillorum; quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur: aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l. propen. qui test. fac. l. cohæredi* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 3. *in fin. de test. mil. l. Titia* 13. *de inoff. test. l. Lucius* 88. §. *ult. de legat.* 2. *l. ult.* §. 1. *C. h. t.* de cujus clausulæ vi ac potestate, & an clausula codicillaris à testatore omissa, quibusdam casibus subintelligi debeat, denique an præsumendum sit, ex stylo & consuetudine notarii eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris; vid. Mant. *de conject. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 9. & 19. add. Gail. *obs.* 114. Chiflet. *lib.* 3. *de jur. fideic.* Schneid. *hic, cap. de claus. codic.* & eruditissimum Jo. Decherum *lib.* 1. *differ.* 8. *num.* 27. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *dec.* 32. Ant. Fab. *Cod. suo. h. t. fere per tot.* Testa-
2 mento autem condito codicilli, quocumque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *l.* 3. §. *ult. dict. l. ab intestato* 16. *hoc tit.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l.* 1. *C. eod. dict. l.*
3 3. §. *ult.* Illud interest inter codicillos testamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directo datæ, *l. libertates* 43. *de man. testam.* perindeque omnia habeantur, ac si in testamento scripta essent, excepta causa hæreditatis, *l.* 2. §. 2. *hoc tit.* quo loco palam est, Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis sive precariis; debentur jure fideicommissi, *argum. dict. l.* 2. §. *ult. l. illud* 13. §. 1. *hoc tit. l. Scævola* 76. *ad Senat. Treb.* Illud enim dicere nolim, ea sola, quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta sunt, valere; neque cum Ant. Fabr. 15. *conj.* 15. potentius esse jus codicillorum, qui ante testamentum facti sunt, quàm eorum qui postea scripti, quasi in illis, post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini, etiam quæ directo relicta sunt, jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est, quod de his amplius laboremus: cùm enim confusa nunc fit legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *C. comm. de legat.* dubitandum non est, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante testamentum) Meminit tantùm codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum, cùm quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *l. quædam* 7. & *l. seq.* §. *ult. l. Plautiana* 18. *de fideicomm. libert. l.* 6. *l. ult. C. eod.* sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam, patet ex *l.* 3. §. *ult. hoc tit.* nisi ad hoc, ut legata & libertates datæ directo valerent. Illud 4
quæritur, quatenus codicillis posterioribus ex his, quæ testamento cauta sunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non posse, translatitium non est. Quam ob causam nec conditio hæredi instituto codicillis adjici potest, §. *seq.* At potest hæres testamento scriptus codicillis rogari, ut hæreditatem restituat, *l.* 2. *C. hoc tit.* Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi: quinimmo & legata, utique hactenus, ut legatarius ex testamento agens repelli posit exceptione doli mali, arg. *l.* 4. §. *præterea* 10. *de dol. mal. except.*

Quàm si speciali postea voluntate) Papinianus existimabat, codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere, quàm si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntas quocumque judicio retineretur, *l.* 5. *hoc tit.* motus ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos à se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens à causa intestati ad causam testati. Quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi hæredem ab intestato.

Divi Severus & Antoninus contra) Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expressa saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cùm ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret: atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cùm antea contra esset.

Si appareat eum, &c. non recessisse) Hoc omnino sic accipiendum est cum clarissimo D. 5
Tuld.

Tuld. *cap. ult. hic*, ac si scriptum esset, *nisi appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quàm in codicillis expresserat, recessisse.* Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest, quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cùm ipsi Papiniano suffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocumque judicio retentam probari, ut bene disputat Anton. Faber 15. *conject.* 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in *l. dotem* 30. *de jur. dot. l. generaliter* 24. §. *sed etsi* 8. *de fideicomm. libert. l.* 8. §. 2. *de novat.* neque enim semper æquè accuratè auctores juris loquuntur. Estque hæc communis usque recepta sententia, codicillos, nisi testamento postea facto revocari probentur, tacitè confirmatos intelligi. Gloss. & Bart. *in l.* 5. *hoc tit.* Mantic. *lib.* 1. *de conject. ult. volunt. t.* 8. Mynsf. Schneid. Wesemb. *hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui scribit, hoc jure nos uti, ut nisi retenta voluntas probetur, codicilli per testamentum revocari videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari neque adimi potest, ne confundantur jus testamentorum & codicillorum: & ideo nec exhæredatio scribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directò quis potest.*

NOTÆ.

2. *Hæreditas neque dari*) *L.* 10. *eod. l.* 2. *C. eod. l.* 67. *ad SC. Treb.* neque confirmari, *l.* 2. §. *ult. hoc tit. l. pen.* §. 1. *C. de nec. serv. hær.* quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directo dari possint, *l.* 3. *de test. tut. l.* 43. *de man. test. l.* 2. §. 2. *hoc tit.* Non obstant *l.* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* Nam illic non proponuntur species hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, sed datæ testamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi) Quæ testamento data aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quæ ut indign.* Hoc autem superiori consequens est ex doctrina contrariorum, *l. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *C. h. t.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur hoc text. fac. *l.* 14. *C. de testam.*

Ne confundatur jus testam.) *L.* 7. *C. eod.* aliam rationem affert Papin. *l.* 10. *C. eod.*

Per fideicommissum) Seu verbis precariis, *l.* 2. *C. h. t.* quo casu hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex *SC. sup. de fideic. hær.*

Nec conditionem adjicere) Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat: qui detrahit, de purè danda, quæ prius in defectum conditionis data non erat, *l.* 6. *hoc tit. l. pen.* §. *ult. de cond. instit.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse, nec si testamento confirmati sint; & quæ hujus juris ratio?*

2 *Regulam hanc intelligi de hæreditate directo danda, non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit?*

3 *Consequens esse superiori regulæ, instituto hæredi codicillis neque conditionem rectè adjici, neque detrahi, neque directo substitui.*

UUt cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel à testato, licet testamento non confirmatis, relinqui possint, maxime novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum; hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *l. quod per manus* 10. *hoc tit. l.* 2. *C. eod. l. Scævola* 76. *ad SC. Treb.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, *l. militis* 36. *de test. mil.* Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam, quod solius testamenti proprium est: neque in ullum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, *l.* 7. *C. hoc tit. l. licet* 19. *C. de pact. l. cum donationis* 34. *C. de transact. l.* 5. *C. de pact. conv. tam sup. dot. l.* 4. *C. de inut. stip.* Non obstant speciei propositæ in *l. asse* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel ex lege sunt hæredes, *l. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *C. hoc tit. l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur, *fac. l. non codicillum* 14. *C. de test.* 1

Ne

Ne confundatur jus testamentorum) Et ne alioqui: quod absurdum & præposterum est, per codicillos, qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l. quod per manus* 10. *hoc tit.* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus quas vis ac potestas una sociasset? collectio est Constantini in *l.* 7. *C. hoc tit.*

2 *Directo autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum*) Quod toties traditum est, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi posse*, sic accipitur, ut directo non possit dari, puta hærede codicillis instituto aut substituto, *dict. l.* 7. *C. h. tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est, aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, *l. C. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas restitui rogatur; adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc hæres maneat, manet tamen nomine tantùm, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas restituitur. Multum verò interest, utrum dicamus codicillis directo hæreditatem relinqui posse an per fideicommissum dumtaxat: nam directo reliqua semper tota capitur ab instituto; relicta per fideicommissum non capitur à fideicommissario, nisi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet. Porro cùm confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus *in l.* 2. §. *ult. hoc tit.* hæreditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hæreditatem confirmari; sed tantum ex fideicommisso peti salva ratione legis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hæreditatem codicillis neque dari neque confirmari posse, *l. pen.* §. 1. *C. de nec. serv. hær. inst.*

3 *Nec conditionem adjicere*) Hæredi purè instituto conditio codicillis adjici non potest, *L. Divi.* 6. *in pr. hoc tit.* quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitasse intelligitur, *l. quidam* 27. §. *ult. de cond. inst.* Quod si codicillis adjicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahere, cum hoc casu purè hæreditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque substituere directo) Nam qui directo substituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, *l.* 1. *de vulg. & pup.* planè interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum trahitur benigna interpretatione, *l. Scævola* 76. *ad Treb.* In universum autem si constet, aliquem, qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet, perindeque haberi, ac si legitimus hæres rogatus esset scripto in codicillis hæreditatem restituere, *l.* 13. §. 1. *hoc tit.* & ibi Bart. Bald. & alii, & in *l.* 7. *de vulg. & pupill.* eoque jure utimur.

TEXTUS.

Numerus & solemnitas

3. *Codicillos autem etiam plures facere potest: & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur cùm plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli?*
2 *Codicillos non esse omnino sine aliqua solemnitate ordinationis: quod tamen non pertineat ad confirmatos testamento.*
3 *Utrum mulier in codicillis rectè testis adhibeatur.*

NOtantur hìc & aliæ differentiæ inter testamentum, & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, §. *pen. sup. de test. ord.* Nam cùm unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimam testatoris voluntatem servari placet, prius semper per posterius rumpatur necesse est, §. 2. *sup. quib. mod. test. inf.* Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, *l.* 6. §. 1. *h. t.* nec quicquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, *l.* 3. *C eod.* 1

Nullam solemnitatem ordinationis) Existimo, hoc è veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumptum, qui ante Theodosium vixit, & forte ex Marciano *d. l.* 6. §. 1. *hoc. tit.* Nam Theodosius quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est, uno actionis contextu, coram iis negotium ab-

absolvatur, & si in scriptis fiant, etiam testium subscriptionem desiderat; *l. ultimt.* §. *ult. C. hoc tit.* Quæ sanè declarant, codicillos nunc non omnino esse sine solemnibus & subtilitate ordinationis, *fac. l. ult. C. de fideic.* §. *ult. sup. de fideic. hær.* & jejuna illa quorumdam distinctio est inter solemnitatem ordinationis & probationis. Nam solemnitas omnis, etiam in testamento non alia de causa requiritur, quàm ut certo de voluntate defuncti constare possit. Enim verò in codicillis testamento confirmatis non puto necesse esse ea adhiberi, quæ à Theodosio præcipiuntur. Quippe quod his codicillis relictum est, perinde habetur, ac si ipso testamento relictum esset, *l.* 2. §. 2. *hoc tit.* ut proinde ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficere debeat, *argum. l. asse* 77. *de hæred. inst. l.* 10. *de cond. inst.* atque etiam secundum ipsam constitutionem Theodosii.

3 Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit? vulgo placet posse, propterea quod non uti in testamento, ita in codicillis expressè prohibita est testimonium dicere. Gloss. & DD. comm. in *d. l. ultim.* §. *ult. C. hoc tit.* Grass. §. *testameatum quæst.* 57. *num.* 4. Mynsing. Scheid. *hic.* Cæterum mihi non fit verisimile, ullos actus solemnes adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuisse: & Theodosius non qualitate & sexu, sed numero tantùm testes codicillarios à testamentariis distinguit. Revise ad ea, quæ scripsi ad §. *testes.* 6. *sup. de testam. ord.* Apud nos codicilli, item ut testamenta passim confici solent coram duobus testibus & Tabulario, Jusque & nomen testamentorum ac codicillorum fere confusum. D. Coren. *obs. rer. jud.* 31. *sect. pen.* Grot. 2. *introduct.* 22. Groenevv. *de legib. abrog. hic.* VINN. Defendit Vinnii sententiam satis operosè V. C. Reinold. *in Var. cap.* 5. Sed res clara videtur. In testamentis condendis testibus opus erat talibus, quibuscum olim fuerat testamenti factio in commitiis calatis, quia is actus jure vetustissimo lex erat populi suffragiis perlata, jure novo solemnis mancipatio hæreditatis. Omnia ergo hìc solemnia. At codicilli erant epistolæ, ut supra ostendimus. Quis epistolis testes adhibet? quis in iis solemnitatem requirit? Valebat hujusmodi epistola, etiam non obsignata, dum de ejus fide constaret. *l.* 89. *pr. ff. de legat.* 2. quia enixæ voluntatis preces ac omnem successionis speciem porrectæ videbantur. *l.* 77. §. 23. *ff. eod.* Testes ergo adhibebantur ab iis, qui nuncupativè fideicommittebant. Et ita intelligenda *l.* 22. *C. de fideicomm.* Postea etiam in scriptis codicillis intestatorum testium opus erat præsentia per *l.* 1. *C. Theod. de test. & codicill.* non solemnitatis causa, *sed ut testantium successiones sine aliqua captione serventur.* Ergo non solemnitatis caussa adhibendi, sed probationis caussa. Nec aliud voluit Theodosius, dum in omnibus codicillis testes requisivit. *l. ult. C. h. t.* Atqui & fœminarum testimonium fidem facit in his, ubi solemnitatum deest scrupulosa observatio. *l.* 20. §. 6. *ff. qui test. fac. poss. l.* 18. *ff. de test.* Quare à testamentis ad codicillos collectio non procedit. HEIN.

Finis Libri secundi.