

les habent, l. 1. in pr. contr. tab.

2 Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipient *vc.*) Quoniam emancipatio a patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, ne utriusque parentis successione fraudentur, voluit Prætor, eos jus familiæ naturalis recuperare, l. 4. unde lib. hoc est, eo jure haberí, ac si a vero et naturali patre emancipati essent, inque eo statu semper mansissent, ut nisi hæredes instituti aut exhæredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint.

TEXTUS.

Jus novum.

5 Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos, et fœminas in hoc jure nihil interesse existimans: quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua XII. Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & Prætores postea secuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis, & in filiabus, & in ceteris descendantibus per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmando & hereditatem 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 adoptivos tulimus, continetur.

COMMENTARIUS.

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

2 Et in filiis, & in filiabus, & in ceteris, non solum jam natis, sed etiam posthumis.) His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis, & formam exhæredationis, quæ ratione sexus & gradus observabantur tam in liberis natis quam posthumis, & in precedentibus §§. relata est: & omnes liberi, qui primum locum occupant in familia, vel instituendi vel nominatim exhæredandi sunt, alias testamentum erit nullum si fuerint nati, vel rumpetur nativitate si posthumi, ut o-

lim obtinebat in filiis, quorum jus commune factum est filiabus et nepotibus. Hæc autem exæquatio etiam jure prætorio observanda, et emancipatos complectitur, d. l. ult. vers. *sancimus*, et seq. C. hoc tit.

3 Ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, *vc.*) Palam est, his verbis: *Ut omnes sive sui, sive emancipati, eundem 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 auxili prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verunt ut filiae, nepotes, neptes, et deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui et suæ ad suorum, et jus quod illi habent jure civili; alii aliæve ad instar emancipatorum, et jus quod illi habent jure prætorio; ut sui suæ, præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, ad instar filii sui testamentum ipso jure evertant; alii aliæve ad instar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur: quibus fere verbis ipse Justinianus utitur in dict. sua constitutione, vers. *sancimus*. In summa, hæc exæquatio a Justiniano facta non respicit personarum classes; sed*

duntaxat personas in eis contentas: unde manent etiam hodie inter se distinctæ tres liberorum classes, nimirum natorum, posthumorum, et emancipatorum: nulla vero distinctio superest inter eisdem classis personas, sed omnes in propria classe eodem jure censentur, ac olim liberi masculi primi gradus.

4 Circa adoptivos certam induximus divisionem) l. pen. C. de adop. cujus sententia refertur §. 2. supra de adopt.

5 , IN HISPANIA instituendi, vel nominatim exhæredandi sunt, descendentes seu liberi testatoris quo nemo præcedit, sive in potestate existant, sive extra eam, l. 3. tit. 7. P. 6. l. 1. tit. 8. , ead. P. iisque præteritis testamentum nullum erit, d. l. 1. , l. 10. tit. 7. ead. P. Sed & ascendentes similiter instituendi vel exhæredandi sunt, d. l. 1. descendenteribus tamen non extantibus, l. 1. tit. 20. l. 10. N. R. quæ eadem est cum l. 6. Tauri. Vide Gom. lib. 1. var. cap. 11. n. 36.

6 , Hodie tam post leg. 1. t. , 18. l. 10. N. R. in qua validum pronunciatur testamentum hæredis institutionem non continentis, probabilius videtur sustinendum esse testamentum, in quo testator cum liberis decebens, nullum omnino hæredem scripsit; quasi hoc casu liberi ipsi instituti videantur, debeant, que legata præstare, quatenus eorum legitimam non minuant: proindeque manebunt firmæ meliorationes tertii et quinti in eo factæ alicui ex descendantibus,

, ut expresse statui l. 8. tit. 6. l. 10. N. R. (24. Tauri). Hæc ita intellige, nisi testator ignorans descendente præterierit: tunc etenim testamentum corrueret quoad omnia, ex defectu voluntatis testatoris, ut bene probat Gom. in d. l. 24. num. 3. Vide, atque huc accommoda ea quæ de milite prætereunte liberos suos dicimus *infra*. §. seq. hoc tit. num. 2. Si vero hæredem instituerit aliquem, præteritio descendenter vel ascenderis cuiusvis, qui testatoris fuerit necessarius hæres (juxta ea, quæ in *titulo de hæredum qual.* & *dif. trademus*), non patietur testamentum subsistere: quia in casu isto correctæ non sunt *dd.* *Partitarum leges*, quæ ob præteritionem liberorum testamenta declarant nulla, Matien. in d. l. gloss. 10. num. 44. Pichar. in §. igitur quartam *de inoff. testam.* a num. 14. & præcipue num 26. Ayllon ad Gom. lib. 1. var. cap. 11. n. 2. Vide Molin. *de Hispan. primog.* lib. 2. cap. 15. num. 16. cum seqq. De adopti- vis agimus *infra*. §. 7. hoc tit.

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 valere,

constitutionibus Principum cau- tum est.

COMMENTARIUS.

1 Militibus jure militari testantibus seu in expeditione occupatis, ut ait *textus*, non solum remissæ sunt solemnitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communii testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinet, liberorum scilicet vel institutio vel exhæredatio; placetque, præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exhæredationis, l. 9. & l. seq. C. *de test. milit.* ad quem effectum respiciens Ulpian. dixit, militem silentio exhæredare, l. 12. *de bon. libert.*

2 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. milit.* Ut autem voluntas exhæredandi obscura non est, ubi quis sciit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum 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. Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam a milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescidetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, et tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint; l. 30. §. 2. *de test. milit.*

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, et ceterorum 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 queramus, sive de edicto prætoris, quo Prætor præteritiis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

COMMENTARIUS.

I Quod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est: quod matris et avi materni, facit liberorum conditio, qui matri et avo materno jure ci-

vili pro extraneis sunt, §. 3. *infr. de hær. qual.* Nimicum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic 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, cum suum ei non admittat. Igitur quia mater suos hæredes non habet, et nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideo silentium matris et avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc, etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est, l. 27. §. ult. & l. seq. *de inof. test.*

2 Sive de edicto Prætoris). Sed neque Prætor ad bonorum possessionem contra tabulas admisit præteritos a matre: quia non potuit eis aptare colorem suitatis, sub quo emancipatos a patre ad hujus successionem vocavit, l. 6. §. 1. *de bon. poss.*

3 Aliud eis adminiculum servatur). Potuisse totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querellam in officiis testamenti. Agitur de hoc remedio seu adminiculo *infra* tit. 18.

4 IN HISPANIA, cum jus succedendi parentibus, eorumque testamenta infirmandi concedatur liberis sub naturali & generali nomine descendantium, l. 3. tit. 13. l. 3. tit. 7. l. 1. tit. 8. P. 6. & l. 1. t. 20. l. 10. N. R.

, incognita est distinctio, quam jus Romanorum faciebat inter descendentes ex masculis & feminis, quibus proinde eadem necessitas instituendi vel exhaeredandi liberos suos injungitur, ac masculis. Eademque ratione naturalis pater instituere vel exha-

redare tenebitur filios, quos in adoptionem dederit: qui simul instituendi vel exhaeredandi erunt a patre adoptivo, si fuerit hic eorum ascensus, l. 10. t. 16. P. a. non alias, l. 9. eod. In parte adrogatore necessitas vigebit, ut in naturali, l. 8. eod.



TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

D. Lib. 28. Tit. 5. Cod. Lib. 6. Tit. 24. (1).

Dictum actenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur in §. 34. infr. de legat. propterea quod sine ea testamentum constere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere, quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres institutus sit: utique extra necessitatem instituendi aut exhaeredandi certas personas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid est, neque quemquam exhaeredatur, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat: *Lucius hæres esto, l. 1. §. 3. hoc tit.* Hæredem instituere est: *Scribere vel nuncupare te-*

stamento, quem tibi velis bonorum et universi juris successorum esse

(2). Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, l. 15. C. de testam. (3): quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore Ulpiano tit. 21.

2. In HISPANIA, jam supra diximus in rubr. **V** §. 5. præced. tit. non esse necessariam hæredis institutionem, ut testamentum valeat, ex l. 1. tit. 18. l. 10. N. R.

TEXTUS.

Qui possunt hæredes institui.

Hæredes instituere permisum est tam liberos homines, quam

(1) T. 3. P. 6.

(2) L. 1. d. tit. 3. P. 6.

(3) L. 6. eod.

servos; **V** tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat: hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permisum est (1). Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, **V** Attilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructam habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus a domina hæres instituitur, ut constitutione Divorum Severi **V** Antonini caveatur, cujus verba hæc sunt: Servum adulterio maculatum, non jure testamento manumissumante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem a domina collata hæredis institutio nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.*

COMMENTARIUS.

1 Tam liberos homines, quam servos). Inverso est: nam dicendum potius erat, tam servos, quam liberos: quonodo hoc expressit Caius l. 31. hoc tit. quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil am-

(1) L. 2. d. tit. 3. P. 6.

(2) L. 2. tit. 3. P. 6.

vo ejus erit; vide tamen quæ notamus ad §. 4. *infr. de hær. qual. & diff.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus, eam sustineri ex persona domini; quippe qui ipse testator est: sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necessse est, ut simul consequatur libertatem.

3 Olim, non aliter, quam cum libertate hodie etiam sine libertate) Plerique veterum in ea sententia fuere, ut putarent, servum proprium non aliter recte hæredem institui, quam cum libertate, non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere ob rationem, quam indicavimus *supr.* qui & ex quib. causis manum. §. 2. Justinianus vero etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, l. pen. C. de nec. serv. her. quod cum humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippe qui hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscure significat, velle se etiam, ut liber, sit (1); cum absque eo nec hæreditatem obtinere possit.

4 Quod non per innovacionem) Supra tamen §. 2. qui & ex quib. caus. man. profitetur, sed id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicus fuit, quibus jam olim, quod hic

(1) L. 3. eod.

constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem institui posse, Ulpian. tit. 22. §. 7. & 12. & sententiae istius abrogationem.

5, IN HISPANIA quinam prohibeantur hæredes institui, late tractamus in nostra Illustratione lib. 2. tit. 5. nn. 1. 2. 3.

TEXTUS.

Si servus in eadem causa manserit, vel non.

1 Servus autem a domino suo hæres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest: quia non fit hæres necessarius, cum 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, etiam si cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoquo servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut

post mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.

COMMENTARIUS.

1 Quæ hoc textu traduntur clara sunt. Nota tamen, quod licet persona domini in servorum institutionibus inspiciatur, ut sit cum ea testamenti factio, quod tantus etiam personæ servi habetur ratio, ut et in legatis, l. 82. §. 2. de legat. 2. l. 82. de adq. vel omiss. hæred.

TEXTUS.

De servo hæreditario.

2 Servus etiam alienus post domini mortem recte hæres institutus: quia et cum hæreditariis servis testamenti factio est (1). Nondum enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero est, servus recte hæres instituatur.

COMMENTARIUS.

1 Non hæredis futuri, sed defuncti). Hoc totidem quoque verbis traditur in l. 34. de adq. rer. domin. alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, l. 31. hoc tit. et infr. de stip. serv. in pr. Apud Pomponium tamen contra scriptum legi-

(1) L. 2. tit. 3. P. 6.
Tom. I.

mus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, l. 24. in fin de novat. quod et ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea hæres exitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis postea adita, et cum tempore mortis continuatur, l. 138. de div. rer. jur. Videamus, an non utrumque recte dici possit, hæreditatem representare et personam hæredis et defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis representari recte dicitur (2); hac enim consideratione servus hæreditarius recte stipulatur hæredi futuro, l. 35. de stip. serv. nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, l. 73. §. 1. de verb. obl. item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto, *infra de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud, quod servus hæreditarius hæres institutus, nimur ja-centis hæreditatis, si actum vale-re volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest; et incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres exiturus sit: id Cajus significat l. 33. §. ult. de adq. rer. dom. cum ait, quoties servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Pau-

(2) L. 2. tit. 3. P. 6. in fin.
Iii