

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 & Atilicinus 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

rus in l. 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 considerata, defunctum repræsentat; adita, retro videtur repræsentasse personam hæredis.

## TEXTUS.

## De servo plurium.

3 Servus autem plurium, eum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres, unicuique dominorum, cuius jussu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem (1).

Hic textus planus est.

## TEXTUS.

## De numero hæredum.

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

## COMMENTARIUS.

1 Usque in infinitum). Infinitum accipe pro indefinito, in certoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur, l. 68. §. 1. de rei vind. l. 4. §. 2. de in lit. jur. Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot hæredes in-

situere, quod ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio 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, quia suæ mentis est compos. Vid. Gom. 1. variar. resol. 2. num. 2. Plane illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, Rempubl. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, et valere hujusmodi institutionem, quando permisum est Rempubl. aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, Reges aliquot exterios populum Romanum sibi hæredem instituisse. An autem et quando Respublica hæres institui potuerit, legatumve ei relinqui, tractabimus infr. §. 25. de legat.

## TEXTUS.

## De divisione hæreditatis.

5 Hæritas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, utputa hæc: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam rotunciae assem efficiunt, quot testa-

## De hæredibus instituendis.

435

tor voluerit; & si unum tantum quis ex semisse (verbi gratia) hæredem scripsisset, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decidere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascunque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere (1)

## COMMENTARIUS.

1 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 et solemni distributione, earumque partium nomina indicare, quo ea in numerato haberent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in l. 50. §. ult. hoc tit.

2 In duodecim uncias, quæ assis appellatione). As in re nummaria est: Minimus æris nummus. Hinc illa: Ad assem reddere: Ad assem omnia perdere. Cum sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi significat Solidum (id est, totum quid sive integrum) constans ex duodecim uncias; est nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa: Ex asse possidere,

l. pen. qui satisd. cog. In assem vindicare, l. 40. §. 1. de legat. 3. Hæres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero lib. 7. ad Attic. epist. 1. edit. Victor. et alia plura ejusdem generis. Causam usus hujus numeri, quæ a Jurisperitis tradita non est, Duarenus lib. 2. disp. 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alias numerus in tot partes tam comode dividatur. Locus Galeni integer refertur a Duarenio.

3 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 et ipsa uncia in partes minutiores dividi possit. Illud sciendum est, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, l. 2. §. 7. de collat. in tres tertias, in quatuor quartas, §. 8. infr. eod. in sex sextas, 76. de adjq. hær.

4 Quot testator voluerit). Licet solemnis et usitata assis distributione in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat: potest tamen paterfam. eam distributionem non sequi, atque it tot partes unciasve hæreditatem distribuere, in quot voluerit sive in plures sive in pauciores, l. 13. §§. 1. 2. 3. et ult. hoc tit. Proinde si, verbi causa, tres hæredes scripsisset singulos ex quicunque, rata est patresfamil. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Atque hac eadem ratione defenditur quod descri-

(1) L. 25. tit. 3. P. 6.

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

ptum est in l. 3. C. de testam. milit militem, qui filium ex uncis 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 decidere; quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures sive pauciores partes testator fecerit, tacito jure in duodecim semper hæreditas resolvitur; d. l. 13. §. 1. hoc tit.

5 Si unus ex semisse, totus as in semisse). Quando unus tantum hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si ex toto asse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. Cæterum magis, ut opinor, ex subtilitate juris & propter regulam qua nemini partem testato, partim intestato decidere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato coherede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres, singuli ex uncia scripti sunt, commodissime dicitur, arbitaria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse: quod secus est, si unum tantum institutum proponas in quadrante sive quarta hæreditatis parte, cum distributio nequeat fieri nisi inter plures. Quamobrem licet illo casu propter libertatem

distribuendi & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamento paganorum, l. 3. C. de test. milit. hoc tamen casu diversum jus esse propter dictam regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem cōrēctet, & unotantum hæredem in certa assis parte instituto a pagano: hanc partem reliquas ad se trahere; si a militi, residuum hæredes ab intestato laturos, recte judicavit D. Vigilius. 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. 41. in fin. de vulg. v. pup. Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit; successoris universi juris, cuiusmodi est hæreditas, & acquisitionis rei singularis, pōtestate juris detrahitur rei mentio, & hæredi sic, quasi universaliter institutus eset, sucurritur, l. 1. §. 4. hoc tit. Loquimur autem de casu, quo quis institutus sit solus ex re certa: nam si cohæredem habuerit institutum simpliciter, vel ex certa parte seu quota hæreditatis; hic totam hæreditatem habebit, & ille legatae loco erit, l. 13. C. hoc tit.

6 Ex parte testatus, ex parte intestatus). Jus nostrum non patitur, inquit Pomponius, eundem in paginis testato & intestato decesse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est (testatus & intestatus) l. 7. de div. rer. jur. Et quidem naturaliter pu-

gnant, eundem decidere in totum testatum & intestatum: non autem pro una parte testatum, & pro alia intestatum; quomodo etiam intelligi voluit Pomponius juris civilis subtilitatem sequens. Unde arbitror, naturaliter in d. l. 7. positum esse pro eo, quod recepti passim moris erat, ut & alibi interdum, l. 16. §. 4. de min. l. 22. §. ult. loc. & 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. 24 de estat 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, quanquam non tanquam ex causa proxima aut adæquata, ius accrescendi inter plures hæredes testamentarios; videlicet ut uno deficiente, pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes exiterunt, l. unic. §. 10. C. de cad. toll. l. 59. §. 3. hoc tit.

7 Plane illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus cessit, cuiusque hæreditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & postfacto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hæredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, l. 15. in fin. l. 24. v. l. seq. §. 1. de in offic. 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.

8 Sed quid si testator adscriperit, nolle se, ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, l. 4. qui test. fac. poss. ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, l. 55. de legat. 1. (1): ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento & simul ab intestato.

9 Non obstat huic sententia, quod Ulpianus in l. 9. §. 13 hoc tit. scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patris fam. manifestissime refragetur: quippe in casu d. l. 9. voluntas testatoris contraria potens est, ut conservetur expressio partium, quam fecit testator ipse, quæ alias non esset servanda; non vero ad conservandam mentionem rei, quæ semper tollenda erit.

10 Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in l. 13. C. de hær. inst. 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

(1) L. 32. tit. 9. P. 6.

reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommissione teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venissent, ducio argumento a simili, quale proponitur l. 7. l. 17. & l. 29. ad SC. Trebel. & §. 3. infr. quib. mod. testam. infr. Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet; quoniam favet voluntati morientium, salva ratione juris: eoque accommodari potest clausula in d. l. 9. §. 13. de qua paulo ante.

11. *Nisi sit miles, cujus sola voluntas*). Quæcumque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis, eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra tit. de mil. test. Inter hæc autem, est et regula proposita, quæ prohibet, eundem ex parte testato et intestato decedere: & ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. l. 7. de div. rer. jur. Igitur similes, verbi causa, unum ex fundo hæredem seripserit, 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 et tunc obtainere credimus, quando unum hæredem scripsit ex parte aliqua hæreditatis, per l. 19. d. tit. sed etsi plures hæredes instituerit, & unus omiserit hæreditatem, pars omessa ad alios non redibit, sed defertur hæredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, l. 37. eod. cui non obstat l. 1. C. eod. quia ibi ex parte hæ-

res institutus proponitur, qui et ipsi militi ab intestato successurus erat, nimicrum frater militis, et ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratiene ad fratrem pertinebit: quia pro ea parte miles intestatus decessit. Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet et 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. 41. in pr. eod. Vid. Anton. Fab. dec. 72. err. 5. & 6. Don. in d. l. 1. C. de test. mil.

12. IN HISPANIA indistincte, permisum est tam paganis, quam militibus partim testato, partim, intestato decedere, arg. l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop. ut recte tenent Torres hoc test. Pichar ibid. num. 36. Huic consequens ut jus accrescendi apud nos cesseret quotiescumque Romani illud admittebant ex juris necessitate, correctæque intelligentiarum Partitarum leges de illo loquentes quatenus laudatam necessitatem probant. Quia vero legum correctio ultra necessitatem nunquam admittenda, vigebit hoc accrescendi jus, quodocunque ex voluntate testantis provenerit: quam d. l. t. 1. sacratissime custodiendam vult.

13. Cesabit itaque in Hispania hoc accrescendi jus, contra juris Romani placita, in hærede instituto in re certa vel in quota

, hæreditatis, ut bene et late probat Vela dis. 47. a num. 58. et quando plures instituti fuerint, sive partibus unicuique assignatis, sive simpliciter; nisi contraria testatoris voluntas probetur, cum ita intitulens non censeatur in dubio velle jus accrescendi, l. 37. de test. milit. Anton. Fab. dec. 71. err. 9. Si vero plures hæredes testator conjuxerit, in aliqua parte seu quota hæreditatis, jus accrescendi inter illos voluisse putabitur, locusque ei erit, per ea quæ infra late trademus in §. 8. de legat.

## TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum. Si testator assem non divisserit, aut partes in quorundam persona non ultra assem expresserit.

6. Si plures instituantur hæredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse: satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi derit, ex ea parte hæres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii, qui

(1) L. 17. d. tit. 3. P. 6.

(2) L. 18. d. tit. 3. P. 6.

Si plures unciae, quam duodecim, distributæ sunt.

8. Et si plures unciae, quam duodecim, distributæ sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quemvis sint plurimi unciarum (3).

(3) D. l. 17. tit. 3. P. 6. l. 19. eod.