

diminutio, rescissa ea restituit l. 6. §. 1. de bon. poss. Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, eujusmodi colore tegere ex feminis natos non potuit.

4. *Aliud eis adminiculum servatur*] Potuisset totidem verbis adminiculum tud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti quod remedium cum initio tantum competere liberis, qui eo quod à patre exhereditati essent neque civili jure neque prætorio testamentum turbare poterant, l. 8. *impr. cont. tabb.* postquam ex senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhereditatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *infra tit. 18. huj. lib. quo loco simul discimus, id etiam parentibus inique exhereditatis vel præteritis, nonnumquam*

& fratribus dari. Cetera quoque in eundem locum examinanda rejicimus quæ ab Interpretibus disputari solent: veluti an adhuc post *Nov. 115. cap. 3.* præteritio matris & per matrem ascendentium pro exheredatione sit: an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum tam quod ad legata & ceteros articulos, quam quod ad institutionem: an formæ exheredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum quod jure veteri substitisset nunc sic nullum, alique ex eodem fonte manantia. VINN. Hodie mater & avus maternus tenentur liberos nominatim heredes instituire vel exheredare: præteritis testamentum nullum est, ut ex l. 1. tit. 8. *Part. 6.* dedit Gregor. Lopez in gloss. 9. ad d. l. Vid. quæ nos de tota exheredationis materia inferius dicemus *tit. de inoff. testam. ADDIT.*

TITULUS XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. lib. 28. tit. 5. Cod. lib. 6. tit. 24. Et Part. 6. tit. 3. Recop. lib. 5. tit. 6.

Ratio dispositionis, & argumentum tituli.

DICTUM hæcenus de iis rebus quas parentes cavere debent & testamento suo completi si id justum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, heredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. 14. *Instr. inf. de legat.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmitatem capere, quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur quam ut quis heres instituitur sit: utique extra necessitatem instituenti aut exheredandi certas personas. Inde dictum, eum qui neque legaturus quid est, neque quemquam exhereditatus, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat, *Lucius heres esto, l. 1. §. 1. hoc tit.* Heredem instituire 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. 1. §. 1. *de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam quam faciebat Antiquitas inter verba directa & indirecta, auctore Ulpian. in *fragm. tit. 21. Titu-*

lus hic noster tres partes continet, quarum in prima agitur de iis qui heredes institui possunt: in altera de quota hereditatis quam vel unus vel plures institui habere debeant ex ratione juris aut voluntate defuncti: in tertia de forma seu modo instituenti, atque iis que institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

TEXTUS.

Qui possunt heredes institui.

Heredes instituire permittitur est tam liberos homines quam servos, & tam proprios quam alienos. Proprios autem aliter quidem secundum plurimum sententias non aliter quam cum libertate recte instituire licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione eos heredes instituire permittitur est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Maurium Sabinum quam ad Plautium scriptis, refert. Proprius autem servus etiam si intelligitur in quo nudam proprietatem testator habet, alio usufructum habente. Est

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

tamen casus in quo nec cum libertate utiliter servus à domina heres instituitur, ut constitutione Diocorum Severi & Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt: Servum adulterio maculat non sunt testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem à domina collata heredis institutio nullius momenti habeatur. Alienus servus etiam si intelligitur in quo usufructum testator habet.

LL. 2. & 3. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 *Qui olim & in quantum hereditatem capere non poterint.*
- 2 *Qui & in quantum hodie heredes institui poterunt.*
- 3 *Institutionem servi alieni sustinere ex personâ dominis proprii ex consequentia libertatis.*
- 4 *Quid juris in servo communi ab uno è dominis herede instituto.*
- 5 *Quid in instituto à domino nudæ proprietatis.*
- 6 *Quam rationem habeat casus specialis hic relatus.*
- 7 *Quid si servus heres institutus sit à usufructuario.*

1. **T**AM liberos homines quam servos] *ἑταυρολογία*; nam dicendum potius erat *tam servos quam liberos*, hoc est, non minus servos quam liberos, quomodo hoc expressit Gajus l. 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur quam quod heredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscue & 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. *ff. hoc tit. l. 1. C. cod. fac. l. 17. §. 2. de pæn.* Peregrinorum numero erant & deducti: erat & Latinus Junianus, nisi quod hic capere hereditatem poterat si mortis testatoris tempore civis Romanus factus esset, Ulp. in *fragm. tit. 21. §. 1. & 2.* Ceterum Justinianus differentiam libertinitatis sustulit data libertinis omnibus civitate, §. ult. *Instr. sup. de libert.* Sed nec qui cives sunt omnes institui aut olim poterant aut nunc possunt. Lege Voconia cautum erat, ne qui census essent virginitatem, neve mulierem supra quadrantem suo-

rum bonorum heredes institueret. Cic. *Verrin. 3. de præf. urb. & in orat. pro Balb. Dio lib. 56. Gell. lib. 20. cap. 1.* Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur coelibes, nisi qui genere essent proximi, quidquam ex testamento civis Romani capere, Ulpian. d. *tit. §. 2.* ita tamen nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent, idem Ulp. in *fragm. tit. 17.* Eadem lege vetabantur orbi suis capere ab extraneo quam dimidiam partem eorum que relicta erant: pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugii ex conjugis testamento capere licebat quam relictorum partem decimam, idem Ulpian. *tit. 15. & seq.* Hinc natae cautiones illæ de instituentis in tempus capiendæ hereditatis iis qui vel omnino quidquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibebantur. Vid. l. 62. l. 78. §. ult. *hoc tit. l. 42. l. 55. §. 1. de legat. 2. l. 6. l. 11. de vulg. & pup. subtr. l. 16. §. 15. ad senat. Trib. l. 11. §. ult. de jur. fic. cum similib. quæ nisi hinc lucem accipiant intelligi non possunt. Postea pœnæ coelibatus orbitatis & legis decimariæ sublatae sunt, ll. 1. & 2. *C. de infirm. pœn. coelib.**

2. Qui autem incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut se mutuo aut produdiosam sobolem instituire possunt, l. 6. *C. de incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam, ll. 13. & 14. *de his que ut indign.* Add. D. Christin. *vol. 1. dectis. 200.* Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus quam ceteri cives non ab extraneo tantum sed etiam à patre idque in solidum heredes institui poterant, l. 45. *de vulg. & pup. l. 16. §. 1. de his que ut indign. l. ult. de jur. delib.* (vid. Palæot. *de notb. purit. fl. cap. 35. & seq.* & contrâ sententias Alciat. 4. *parerg. 5.* Antoon. *Fab. juris. tit. 9. pr. 2. ill. 1.*) ex constitucione Justiniani Novi. 89. *cap. 12.* unde auct. licet *C. de nat. liber.* unicum tantum unicum ex patris testamento capere possunt si superstites sint liberi legitimi, octo uncias si soli superstites testatori parentis. Qua in re mitior Justinianus erga liberos naturales fuit quam Constantinus, l. 1. *C. de natur. lib.* ut etiam Arcadius & Honorius, l. 2. *C. cod. Vid. Grass. §. institutio quæst. 7. Palæot. d. loc.* Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjugii secundo plus relinquire quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem qui minimum relinquit, l. 6. *C. de sec. nupt.* Por-

ro Principum Christianorum constitutionibus venturam heredes institui apostataz, l. 3. C. de apostat. item heretici, l. 4. C. de heret. & Manib. quod tamen non de omnibus qui pro orthodoxo habitus non sunt accipiendum esse arguit constitutio Justiniani Nov. 115. cap. 3. ubi ἐπιπέδου ἐξίας ponit inter justas causas exheredationis & exclusionis à successione ab intestato. Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest etiam heres recte instituitur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accurate disserit.

3. *Et tam proprios quam alienos*] Cum servis qua servis non est testamenti factio, sed quatenus per eos hereditas perventura est ad civis Romanos, aut ipsi civis futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sustinetur institui si dominus civis Romanus sit & jus capiendæ hereditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, ll. 31. & 40. hoc tit. l. 10. de adq. 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. 31. hoc tit. fac. l. 12. §. 2. de legat. 1. l. 55. §. 1. de legat. Ulpian. in fragm. tit. 22. §. 8. Vide tamen quæ notamus ad §. 4. Inst. inf. de ber. 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, necesse est ut simul consequatur libertatem.

Olim non aliter quam cum libertate, bodie etiam sine libertate] Plerique Veterum in ea sententia fuisse, ut putaret servum proprium non aliter recte heredem institui quam cum libertate: non ausi per consequentiam date hereditatis libertatem servo defendere ob rationem quam indicavimus sup. tit. Inst. qui ex quib. caus. manum. §. 2. Justinianus vero etiam omnia libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi ac si simul liber esse jussus esset, l. pen. C. de nec. servu. ber. quod cum humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippe qui hoc ipso quod servum suum heredem esse vult, non obscurè significat velle se etiam ut liber sit; cum absque eo nec hereditatem 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. 32. §. 2. de test. tut. §. 1. Inst. sup. qui test. tut. dar. non admittitur itidem in servo simpliciter herede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus d. l. pen. In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, l. 10. §. ult. de test. tut. Ceterum quem testator heredem instituit, cum vicissim major prosequitur affectu atque honore quam quem liberis tutorem dat. Fimvero per consequentiam legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, d. l. pen. §. 2. quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, l. 76. hoc tit. neque enim hic idem favor est, & ex dicta constitutione Justiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest.

Quod non per innovationem] Supra potest §. 2. Inst. qui ex quib. caus. man. proficitur se id novæ humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo seipso verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilianus 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 heredem institui posse, Ulp. in fragm. tit. 22. §. 10. & sententiæ istius abrogationem. VINN. Adeo verum videbatur servum nisi libertatem plenam consecutum institui non posse, ut nec servus qui tantum in bonis erat institui posset, quamvis cum libertate. Manumissus enim testamento liber quidem fiebat, sed Latinus, adeoque nec heres esse poterat nisi intra centum dies jura Quiritium impetrasset. Ulpian. d. tit. 22. §. 8. HEIN.

4. *Proprius autem servus etiam &c. in quo nudam proprietatem*] Servus proprius vel in solidum est sive unius domini proprius, vel pro parte & plurius proprietate communis & iterum vel proprius est pleno jure, vel nuda tenus proprietate. Videamus ergo an quod hic constitutum est de servo proprio heredem institui; etiam ad servum communem ab uno è dominis institutum, & ad eum quoque in quo alius ususfructus habet pertineat. De communi servo ita jus valde fuisse constat, ut si unus è dominis libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur & socius accesserit, §. ult. sup. de donat. ac proinde socio quoque hereditas acquisita fuit si is servus simul heres ab altero institutus fuisset. Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione ha-

be-

lebant, 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 & heredem esse jussit, & libertatem & hereditatem consequi, pretio partis quam alter in eo habet oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno heredem instituto non facta mentione libertatis. An dicemus & hic libertatem perinde pro adscripta haberi ac si servus in solidum proprius heres simpliciter institutus sit, arg. hujus loci? Et id quidem D. Viglio placere video. Sed vereor ut defendi possit. Nam ut omitam tritum illud de non admittenda extensione in correctioris: verba ipsa constitutionis in fin. §. 1. Et hoc mortuus 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. 63. §. 9. pro soc. l. 49. in pr. ad leg. Falc. idem dicimus de servo communi heredem simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videri institutum & heredem fieri? VINN. Recte. Nam dum heres institutus est servus communis hereditatem totam acquirit domino socio: dum sine libertate institutus, servus ipse pro parte fit heredis, qui in jus defuncti succedit. Fr. Balduino Tribonianum observanti in l. 63. §. 3. ff. pro soc. jam respondit vir clar. Schultingius ad Ulpianum pag. 637. HEIN.

5. *De servo in quo testator nudam proprietatem alius ususfructum habet, ait hoc loco Justinianus eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationi juris, l. 25. de verb. sign.* Et ergo etiam hic servus à domino nuda proprietatis heres institutus, sive cum libertate sive simpliciter, ex constitutione Justiniani & liber & heres erit, d. l. pen. C. de nec. serv. ber. inst. Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum heredem fieri, locum habet in fructuario, cui hereditas adquiri non solet, §. 4. Inst. sup. per quas pers. Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstare tenebitur, atque ex re ejus adquiret quamdiu durat ususfructus; an vero pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si sequi-

mur constitutionem l. 1. C. comm. de man. Hoc, si putamus ad hunc servum etiam pertinere quod paucis tempore post de communi servo constitutum est, l. 1. C. de comm. serv. man.

6. *Est tamen casus &c.*] Refertur hic ex l. 48. §. 2. hoc tit. casus singularis quo servus proprius heres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata. Hæc prohibetur servum suum suspensum criminis ante finitam cognitionem manumittere: quod ideo provisum est, ne mancipium per manumissionem questionis subducatur, l. 12. qui & quib. man. Cum igitur lex manumissionem & libertatem impedit, nec institutio heredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, fama & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterios simul marem & feminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, l. 8. C. ad leg. Jul. de adul. ac proinde etiam in d. l. 48. §. 2. unde hæc sumta sunt, eodem modo ut hic legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterio accusatum*. Theophilus vertit ἐπιζητοῦντα τῆς πορνείας, obnoxium & implicatum non dixit, ἡναγχομένους (accusatum).

7. *Alienus servus in quo ususfructus &c.*] Igitur hic servus à fructuario heres institutus nec heres nec liber erit, sed hereditatem adquirit proprietario adinstar servi plane alieni, §. seq. vers. alienus quoque. Fr. Balduino mortem fructuarii finitur ususfructus & consolidatur eum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jusserit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur; neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianæ, l. 1. vers. sin autem C. comm. de man. de servo à vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus; quia, ut dictum est, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

TEXTUS.

Si servus heres institutus in eadem causa manserit vel non.

1. *Servus autem à domino suo heres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heretice ei necessarius. Si vero à vivo testatore manumissus fuerit suo arbitrio adire hereditatem potest, quia non fit liber*

res

res necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, & ea ratione per eum dominus sit heres: nam ipse alienatus neque liber neque heres esse poterit, etiam si cum libertate heres institutus fuerit, decessit enim à libertatis datione videtur dominus qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa daverit, jussu ejus domini adire hereditatem 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 hereditatem.

LL. 3. & 25. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Servo proprio herede instituto, qui circa adquirendam hereditatem institutionis effectus. Et num. 2.
- 3 Quid circa idem instituto servo alieno.

1. **H**OC constituto, non minus servos posse heredes institui quam homines liberos, potro nunc queritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem hereditatis, 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 herede instituto ait, *Siquidem in eadem causa manserit, sit ex testamento liber heresque necessarius.* In eadem causa, hoc est, in eadem conditione servitutus, ut neque à domino post factum testamentum manumissus neque alienatus fuerit. *Heres necessarius*: ideo sic dicitur, quia sive velit sive nolit post mortem domini protinus liber & heres fit, §. 1. *Inst. inf. de her. qual.* Quod cum in eorum gratiam initio institutum esset, qui cum solvendo non essent, ingnomini bonorum venditionis in heredes suos derivare quam suæ memoriæ reservare malebant, §. 1. *Inst. sup. qui & ex quib. caus. man. postea generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus.* Ratio autem hujus rei ahiad dubie hæc est: quod cum honori testatoris non nihil decedat si repudiatur ejus hereditas, visum sit id servo licere non debere, in quem testator simul cum hereditate contulit inestimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione juris civilis libertas & hereditas

ita conjuncta sunt, ut neutrum separatim servus adiri possit, neque libertas sola, neque sola hereditas, l. 13. §. 1. de lib. & postum. l. 6. §. ult. hoc tit.

2. *Quod si à vivo testatore manumissus &c.* Casus contrarius, quo scilicet servus proprius heres institutus in eadem conditione non mansit duplex est: vel quia post factum testamentum manumissus est, vel quia alienatus. Manumissus suo arbitratu hereditatem adibit: quia non fit heres necessarius qui hereditatem dumtaxat non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, l. 90. hoc tit. l. 6. §. 3. *cod.* Utiq; tamen probe facturus esse si pro beneficio libertatis antè adceptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hereditatem. Alienatus nec liber nec heres fit, etiam si cum libertate heres fuerit institutus: hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini & revocata datio libertatis intelligitur; ut jam periunde haberi debeat ac si jam tempore testamenti facti alienus fuisset; ac proinde jubenti novo domino hereditatem acquireret, l. 9. §. 16. l. 50. hoc tit. l. 47. de cond. & dem. l. 91. §. 3. de legat. 1. Enimvero si testator cum postea redemerit, reviscit, 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. & post. tunc solum procedere cum servus in eadem causa maneat: nam si alienatus fuerit, necesse est fateri inuilem esse libertatis dationem; quod & Viglius notat.

Alienus quoque servus J supra dictum est etiam servum alienum herede institui posse; ceterum sustineri institutionem non ex persona servi sed ex persona domini, civis scilicet Romani, quasi ille ipse mediate per servum institutus videretur. Nimirum ut servi etiam hac in re domini suis utiles esse possint, receptum est ut persona dominorum ita ad tempus accommodetur, cum aliqui cum servis non sit testamenti factio, l. 34. hoc tit. l. 82. §. 2. de legat. 2. Nunc hic iterum de effectu istiusmodi institutionis queritur, quemadmodum paulo ante quaerimus de effectu institutionis servi proprii.

3. *Si in eadem causa &c.* In alieno servo herede instituto idem casus distinguitur qui in proprio; nam aut mansit in eadem causa & dominium suum heredem facit, nempe si jussu ejus adierit, §. 3. *Inst. sup. per quas pers. aut non mansit*, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hereditatem acquiri,

INSTITUENDIS. 407

ric cujus in potestate est tempore additionis, l. 62. §. 1. de adq. her. l. 2. §. ult. de bon. post. sec. tabb. quo loco Jurisconsultus ait, hereditatem sine bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hereditatem adire eamque sibi acquirere potest, Ulpian. in *fragm. tit. 42. §. 11.* Et igitur licet persona domini in hujusmodi institutionibus inspicatur ut sit cum servo testamenti factio: videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, fac. l. 82. §. 2. de legat. 2. l. 5. de serv. legat. l. 40. hoc tit. Illud notandum est, servum alienum cum libertate frustra heredem institui, in tantum ut etsi is postea testatoris esse coepit nihilo magis liber aut heres fiat, l. 49. hoc tit.

TEXTUS.

De servo hereditario.

2. Servus etiam alienus post domini mortem recte heres instituitur: quia & cum hereditarius servus testamenti factio est. Nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri sed defuncti: cum etiam ejus qui in utero est servus recte heres instituitur.

L. 2. in fin. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Diversa consideratione recte dici, facientem hereditatem representare & personam defuncti & personam heredis.
- 2 Cur servus postumi alieni heres institui poterit, ipse postumus alienus non poterit.

CUM servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini, quaeritur est an servus alienus recte heres instituitur etiam post mortem domini, hoc est, servus hereditarius Dubitandi causa ex eo quod in proposito persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, l. 64. hoc tit. servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus recte hunc servum heredem institui, quasi per interpositam hereditatem à defuncto adhuc, ut ita dicam, personetur: quippe hereditatem facientem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, l. 31. §. 1. hoc tit. l. 34. l. 61. de adq. rer. dom. l. 13. §. 2. ad

leg. Aquil. l. 15. ff. de inter. in jur. l. 9. C. depos. cum similib.

1. *Non heredis futuri sed defuncti* Hoc totidem quoque verbi traditur, d. l. 34. de adq. rer. dom. alibi simpliciter dicitur, hereditatem obtinere defuncti locum, d. l. 31. hoc tit. & *inf. tit. Inst. de stip. serv. in pr.* Apud Pontonium tamen contra scriptum legimus, hereditatem interim sustinere personam heredis, l. 24. in fin. de novat. quod & ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea heres exiit ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hereditas quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, l. 54. de adq. hered. ll. 138. & 195. de reg. jur. Sunt qui putant, non satis inter Veteres hac de re convenisse, inter quos & D. Homotomus est. Nolim ego temere eo decurrere. Videamus an non utrumque recte dici possit, hereditatem representare & personam heredis & defuncti, diversa consideratione. Et enim si eventum spectamus aditæ hereditatis persona heredis representari recte dicitur; hac enim consideratione servus hereditarius recte stipulatur heredi futuro, l. 28. §. ult. l. 35. de stip. serv. nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hereditarii nisi aditæ hereditas, l. 73. §. 1. de verb. obl. item per servum acquiri hereditati, ac per hoc etiam heredi postea factio, *inf. tit. Inst. de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud quo servus hereditarius heres instituitur, nimirum facientis hereditatis, si actum valere volumus necesse est dicamus hereditatem sustinere personam defuncti; neque enim adus in suspensio esse potest; & incertum est an is qui scriptus est unquam heres exiturus sit: idque Gajus significat, l. 33. §. ult. de adq. rer. dom. cum ait, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus in l. 52. hoc tit. servum hereditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum herede instituto non sit. Et igitur hereditas qua jacens considerata defunctum representat, adita retro videtur representasse personam heredis.

2. *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 postumi alieni; nam & hunc servum ait recte heredem institui. Javolenus contra, hoc ex illo

illo probat, l. 64. hoc tit. Hic iterum videtur obstrare ratio juris utique veteris, quo jure postumus alienus heres institui non potuit, *inf. pr. tit. Inst. de bon. post.* Hoc enim positum, consequens omnino videtur nec servum hujus postumi recte heredem institui cum, ut jam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta sit. Sed animadvertendum est, servum hic dici ejus qui in utero est, respectu habito ad casum quo is natus & heres factus erit; institutionem vero vires capere non ex persona ejus qui in utero est, sed defuncti, cum quo sufficit testamenti factioem fuisse, etiamsi cum herede scripto non sit, l. 52. hoc tit. Adhuc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum in cuius potestate est tempore facti testamenti heredem faciat; nam alienato eo novus dominus heres fit, manumissus ipse ad hereditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus qui capere non potest institutus est, l. 82. de adq. her. atque hinc clarissime patet verum esse quod diximus sub §. *pr. ac.* in his servorum institutionibus etiam servorum qui instituantur personam spectari.

TEXTUS.

De servo plurium.

3. Servus autem plurium cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres unicuique dominorum cuius jussu adierit, pro portione domini acquirit hereditatem.

L. ult. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

DE servo communi herede instituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tit. sub fine: hic agitur de servo plurium qui heres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum cuius jussu adierit hereditatem adquirere, idque non pro parte virili sed dominica. Jussum domini precedere debere constat, ac sine eo servum hereditatem adeundo nihil agere; de quo sub §. 3. *Inst. sup. per quas pers. quid ergo si unus jussu adierit?* Ne sic quidem hunc interim pro majore parte communi dominica heredem faceret; ceterum sociis postea non jubentibus adire, tacto ju-

re partes ei accrescent, l. 67. de adq. her. add. l. ult. de vulg. & pup. l. 50. de legat. 1. §. ult. *Inst. inf. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio. Hoc additum, quia ut jam saepe diximus quos ipsos heredes institueri non possumus, eorum nec servos possumus, l. 31. hoc tit. Exceptio quod servi eorum qui non absolute incapaces sunt, sed *partim* (secundum quid) dumtaxat, cuiusmodi olim erant feminae, orbi, coecles, vid. *sup. pr. hujus tit.* instituti ab eo ex cuius testamento domini capere non possunt, & antequam domino jussu hereditatem adeant alienati, novum dominum heredem faciant manumissi ipsi ad hereditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum sit, l. 82. de adq. her. fac. l. 55. §. 1. de legat. 2.

TEXTUS.

De numero heredum.

4. Et unum hominem & plures iure in infinitum quot quis heredes velit facere licet.

COMMENTARIUS.

USQUE in infinitum] Eis *aniparator* Infinitum autem accipi pro indefinito incertoque heredum numero, non pro multitudine quae extremis careat: quomodo & alibi saepe hoc verbum usurpatur, l. 68. §. 1. de rei vind. l. 4. §. 2. de in lit. jur. Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem sui heredes instituire quot ei placuerit: nimirum certum numerum heredum instituendum nemini lege praescriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permiti. 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 suae mentis esse compos. Vid. Gomez *1. var. resol. 2. n. 2.* Plane illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, Rempub. institutum videri si quis simpliciter civis universos instituerit; & valere hujusmodi institutionem quando permissum est Rempub. aut civitatem heredem institueri. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus Reges aliquot exteros populum Romanum sibi heredes instituisse. Idem fecit & Flora metretrix. Plinius verso lib. 5. *epist. 7. ad Calpurnium* scribit, palam esse nec heredem institui nec petere Rempub. posse. Ab eo jure postea iterum recessum. Confer

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

fer Ulpian. in *fragm. tit. 22. §. 4. & tit. 24. §. 26. ll. 2. & 20. de reb. dub. l. 26. ad sen. Treb. l. 122. ff. de legat. 1. l. 12. C. hoc tit.* VINC. Poterat Respublica institui jure gentium. Et talis hereditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Volcatii Moschi exsulis relicta Massiliensibus. Tacit. *annot. lib. 4. cap. 43.* Pertinuit itaque haec prohibitio ad municipia, quae jure civili tenebantur, non ad civitates *hellenicas* (liberas). Praeclara sunt quae in hanc rem disserit amicissimus olim collega Nic. Hier. Gund. *disc. de Principe herede cap. 3. §. 2. seq. Hein.* Hodie Respublica, civitas, Ecclesia & hujusmodi alia corpora politica recte heredes instituuntur, l. 2. tit. 3. Part. 6.

TEXTUS.

De divisione hereditatis.

5. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem & haec partes propria nomina ab uncia usque ad assem; ut puta haec, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciae assem efficiunt quot restator voluerit; & si unum tantum quis ex semisse (verbi gratia) heredem scripserit totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles cuius sola voluntas in testamento spectatur. Et si contrario potest quis in quantacumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

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

COMMENTARIUS.

1. Assis ejusque partium usus quam frequens & quibus in rebus fuerit.
2. Licere testatori in quot voluerit partes hereditatem distribuere.
3. Quod unum tantum vel ex certa parte hereditatis vel ex certa re institutus omnium bonorum heres fiat, magis esse ex sublimitate juris quam ex defuncti voluntate.
4. Quam rationem habeat quod jus civile non patitur eundem testato & intestato decedere.
5. An testator possit prohibere jus accrescendi.
6. In militaribus testamentis regula superiori non esse locum.

Tom. I.

7. Quantum mores bodierni dissideant a jure civili Romanorum.

SEQUITUR pars altera hujus tit. in qua agitur de eo quod vel unus vel plures heredes scripti ex ratione juris & voluntate restatoris consequantur: quae res ut commodius proponi & perfectius intelligi possit, ante docere voluit in quot scilicet hereditas plerumque dividatur, in quibus partibus & solenni distributione, earumque partium indicare nomina, quo ea in numerato habent studiosi disciplinae juris; idque fecit verbis Ulpiani in l. 50. §. ult. hoc tit.

In duodecim uncias quae assis appellatione] As in re nummaria est minimus assis numerus. Hinc illa, ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cum sermo est de ponderibus, de divisione hereditatis aut fundi, solidum, id est, totum quid sive integrum significat constans ex duodecim uncias; & nimirum idem quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, l. pen. qui *salid.* cog. in assem vindicare, l. 20. §. 1. de legat. 3. Heres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero lib. 7. ad Attic. & alia plura ejusdem generis. Scribit Volus. Metianus lib. de pond. in pr. necessariam cognitum esse assis in suas partes distributionem, non solum propter institutionem plurium heredum, sed etiam propter innumera alia.

1. Etenim assis ejusque partium & omnino numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantum in hereditatibus ponderibus aut mensuris, verum etiam in divisione corporum, veluti fundi, l. 8. de rei vind. l. 39. §. 2. de evict. item rerum incorporearum, ut obligationum & actionum, §. 9. *Inst. inf. de fideic. her.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quinunces, semisses, beses &c. ut videre est l. 7. §. 10. l. 47. §. 4. de adm. tut. l. 21. §. 4. de ann. legat. l. 3. §. ult. ad leg. Falc. l. 101. §. ult. ff. de solut. l. 26. §. 1. C. de usur. Sed & Astrologi res omnes revocant ad duodecim partes, menses, horas, signa, latitudinum signorum; quod notat Cujac. ad l. 13. hoc tit. Causam usus hujus numeri, quae a Jurispreritis tradita non est, Duarenus lib. 2. *disp. 36.* ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commode dividatur; καὶ γὰρ ἡμεῖς ἔχον καὶ διαιροῦν καὶ

F ff

76

Titator inter res vel *dotator* Locu-
Galei integer refertur à Duareno.

Habent haec 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 par-
tes miniores dividi possit, veluti in duas
semuncias, in tres duellas sive binas sexun-
clas; in quatuor sicilicos, in sex sextulas, in
24. scriptula; de quibus idem Metian. *d. loc.*
ubi cum vocabulis simul notas partium pro-
ponit. Varro *lib. 4. de ling. Lat. sub fin.*
nominum rationem reddit, originemque ex-
plicat; sed melius Salmas. *de mod. usur. p. 251.*
Illud sciendum est, hereditatem etiam
dividi in partes naturaks, veluti in duas di-
midias, *l. 2. §. 7. de collat.* in tres tertias, in
quatuor quartas, §. 8. *inf. hoc tit. in sex sex-
tas, l. 76. de adq. her.*

2. *Quot testator voluerit*] Licet solemnis
& usitata assis distributio in duodecim par-
tes sive uncias, ut dictum est, fiat: potest
tamen patrefam. eam distributionem uno se-
qui, atque in tot partes unciasve hereditatem
distribuere in quot voluerit, sive in plures si-
ve in pauciores, *l. 13. §. 1. 2. 3. §. ult. hoc
tit.* Proinde si, verbi causa, tres heredes scri-
pserit singulos ex quincunce, rata est patri-
fam. voluntas, ut substantiam suam partium
in quindecim uncias. Et si duos tantum, unum
ex triente, alterum ex quadrante heredes
scripserit, videbitur in partes septem heredi-
tatem divisisse, *d. l. 13. §. ult. l. 18. eod.
l. 13. in pr. de lib. & post.* Atque hac eadem
ratione defenditur quod rescriptum est in *l. 3. C. de test. mil.* militem, qui filiam ex uncis
duabus, uxorem ex una uncia instituisse, nec
de residuo portionibus quidquam significas-
set, in tres partes videri voluisse hereditatem
dividere; non autem pro parte testatum pro
parte intestatum deeedere, quamvis id militi
concessum sit. Sive autem plures sive pau-
ciores partes testator fecerit, tacito jure in
duodecim semper hereditas resolvitur, *d. l. 13. §. 1. hoc tit. Vinn.* Non absoua videtur vi-
ri doctissimi A. A. Pagenstecheri conjectura in
aphor. jur. hoc tit. §. 109. hanc assis distribu-
tionem accessentis à ritu testandi per ses &
libram: saltem as videtur datus pro asse he-
reditatis. Eo vero cum totus as hereditatis
emeretur: posse inde & rationem reddere an-
tiqui axiomatis: *nemo potest pro parte testatu-
s pro parte intestatus deeedere.* HEIN.

3. *Si unus ex semisse, totus as in semisse*]
Quando unus tantum heres scriptus est, licet

ex certa parte hereditatis, puta triente, semis-
se, vel etiam minima, si perinde ac si ex toto
asse institutus esset, omnium bonorum heredi-
tatem consequitur. Ceterum magis, ut opi-
nor, ex subtilitate juris & propter regulam,
qua nemini partim testato partim intestato
decedere permittitur, que etiam mox pro rati-
one subjicitur, quam ex voluntate defuncti,
que non tam facile ejusmodi interpretatio-
nem admittit, ubi unus tantum non dato co-
herede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi
plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres,
singuli ex uncia scripti sunt, eorumdissimie
dicitur arbitraria distributione testatorem usum,
atque in tres partes aequales universam heredi-
tatem divisisse; quod secus est si unum tan-
tum institutum proponas in quadrante sive
quarta hereditatis parte. Quamobrem licet il-
lo casu propter libertatem distribuendi &
communem voluntatem idem obtineat in tes-
tamento militis quod in testamentis pagano-
rum, *l. 3. C. de test. mil.* hoc tamen casu diver-
sum jure esse propter dict. regulam que non mi-
litum sed paganorum potestatem cohercet, &
unum tantum heredem in certa assis parte insti-
tutum à pagano, hanc partem reliquas ad se
trahere; si à milite, residuum heredes ab in-
testato laturos recte judicavit D. Viglius: quod
& in Græcis Institutionibus diserte expressum
est, & tantum non etiam in *l. 19. de test.
mil.* Quod si quis solus institutus fuerit non
ex parte aliqua hereditatis sed ex re certa,
puta ex fundo, perinde quasi simpliciter ac
sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic
bonorum omnium hereditatem obtinebit, *l. 47.
in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum re-
rum quedam inter se pugna sit, successio-
nis universi juris ejusmodi est hereditas, & ad-
quisitionis rei singularis: potestare juris de-
trahitur rei mentio, & heredi si quasi uni-
versaliter institutus esset succurrit, *l. 1. §. 4.
l. 9. §. 13. hoc tit.* Sed & hoc secus se habet
in testamento militis; quoniam & ipsum est
ex subtilitate juris, atque ex vi superioris re-
gulæ, que ad militaria testamenta non per-
tinet, *l. 6. de test. mil.*

4. *Ex parte testatus ex parte intestatus*] Jus
nostrum non patitur, inquit Pomponius, eum-
dem in paganis testato & intestato decessisse,
l. 7. de reg. jur. quasi hæc duo testatus
& intestatus inter se naturaliter pugnent, tam-
quam agentia & negantia; & ideo eundem in-
esse, aut de eodem subiecto vere pronun-
tari non possunt, ex regula Logicorum de
oppositione. Et quidem sine manifesta & natu-
tu-

turali rerum pugna dici non potest unum at-
que eundem in totum, aut secundum eandem
partem, & testatum & intestatum decessisse;
at nihil prohibet lex oppositionis, quominus
dicamus eundem testatum & intestatum de-
cessisse, non secundum idem sed secundum
partes diversas. Verum ut hic quoque pugna
sit efficax subtilitas juris civilis, per quam
heres fingitur representare & sustinere perso-
nam defuncti: que representatio ut est toto-
rius personæ ita & totalis; atque ut est unius
ita & uniformis esse debet; hoc est, ut de-
functus pro parte representari non debet, ita
nec debet per heredes diversi generis partim
ex testamento partim ab intestato; sed quis-
quis heres est debet in totum subire locum
& vicem demortui, eumque representare uno
ac simplici successiois genere, vel in totum
ex testamento vel in totum ab intestato. Et
hoc est quod scribit M. Tallius *lib. 2. de in-
vest. cap. 11. unius pecunie plures dissimilibus
de causis heredes esse non posse; nec nunquam
factum esse, ut ejusdem pecunie alius testamen-
to alius legæ heres esset.* Cujus rei hæc rati-
onem affert Gomez *1. resol. 3. n. 3. & 10.
n. 27.* quod absurdum sit, per qualitates con-
trarias que in uno & eodem homine naturæ
esse non possunt, unum & eundem per fic-
tionem que naturam imitatur, §. 4. *Inst. sup. de
adopr. l. 5. de acceptil. representari.* Vid. &
D. Hotom. *hic.* Ego autem arbitror, natura-
liter in *d. l. 7. de reg. jur.* positum esse, pro
eo quod recepti passim moris erat, ut & ali-
bi in eodem, *l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §.
ult. locat.* Et sic quoque capiendum Ulpiani
illud, *lex natura hæc est, ut qui nascitur sine
legitimo matrimonio matrem sequatur:* id est,
lex consuetudinis generalis deducta ab al-
liqua ratione naturalis, *l. 24. de stat. hom.* Nam
regula ista è solis Romanorum moribus pen-
det, neque apud alios populos locum habet,
ac ne apud ipsos quidem Romanos in tes-
tamentis militum. Ex hac porro regula de-
scendit, quamquam non tamquam ex causa
proxima aut adæquata, jus accrescentis inter
plures heredes testamentarios, videlicet ut
unus deficiente pars ejus accrescat ceteris qui
heredes existerunt, *l. unie. §. 10. C. de cad.
toll. l. 59. §. 3. hoc tit.* Plane illud fieri po-
test, ut qui ab initio in totum testatus decessit,
cujusque hereditas semel ex testamento
adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte
intestatus vi ipsa efficiatur, heredique
scripto portio emolumentum auferatur, rescis-
so pro parte testamento per querelam inoffi-

ciosi, *l. 55. in fin. l. 24. & l. 29. §. 1. de
inoff. test.* Ceterum hoc regulam non subvertit:
quippe qui satisfactum est, si ejus qui
testamento jure ab initio facti decessit, he-
reditas ex testamento adita fuerit; ad ea que
postea sunt non pertinet, per *l. pen. §. 2. de
castr. pec.* Et igitur si quis solus ex certa parte
institutus sit, is nihilominus in integrum
assen potestare juris vocatur.

5. Sed quid si testator adscripserit nolle
se ut heres scriptus reliquas partes ferat, &
jus accrescentis expresse prohibuerit? Et qui-
dem 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 nec
leges in eo locum habeant, *l. 55. de legat.
1. ut illud omnino manifestum sit, testato-
rem nulla cautione efficere posse ut contra
regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur,
& ex testamento & simul ab intestato.* Al-
terutrum ergo dicamus necesse est, vel cum
Bart. in *l. 9. §. 13. hoc tit. & in l. 29. ad
senat. Trib.* totum testamentum ob eam pro-
hibitionem collabi; utique tamen heredes ab
intestato teneri quasi ex fideicommissio partem
testamento expressam restituere heredi scripto:
vid. Gomez *1. resol. 10. n. 10. §. seq.* vel
rato manente testamentum prohibitionem insup-
per habendam, residuasque partes quantum-
vis vetante testatore accrescere heredi insti-
tuto: que sententia rationi juris magis con-
sistentanea est, ut ex iis que tamen dicta sunt
perspicue patet, & numero etiam suffragio-
rum vincit, testibus Vigli. *hic.* Clar. §. *testa-
mentum quest. 74.* Christin. *vol. 4. decis. 11.
n. 6.* Non obstat huic sententia quod Ulpianus
in *l. 9. §. 13. hoc tit.* scribit, & Vasquius
lib. 1. de succ. creat. §. 3. n. 6. objicit, insti-
tutos ex certis rebus, quasi simpliciter insti-
tuti sint hereditate potiri, nisi voluntas patri-
fam. manifestissime refragetur: quippe qua
clausula non hoc Jurisconsultus significat, si
testator prohibuerit reliquam hereditatem ac-
crescere institutis, ob id aut vitari insti-
tutionem aut partes eas relinquendas legiti-
mi successoribus; sed quod scripti ex inæ-
qualibus partibus certæ rebus, qui aliqui ex
ratione juris ex æquis partibus heredes forent,
perinde ac si nec res nec partes nomi-
natae essent, *d. l. 9. §. 13. & l. 29. in
manifesta testatoris voluntate heredes ex in-
æqualibus partibus fiunt, atque ex iis pro-
portionaliter quas in rebus certis expressit
veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus*
F f f 2 ex

ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo; atque inducitur hæc inæqualitas non tam ipso jure quam officio arbitri familie eriscunda, l. 35. in pr. eod. Est tamen & media sententia, quam proponit & tueri Salicicus in l. 13. C. de her. inst. & à qua non abhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem quominus heres scriptus ipso jure ex asse heres fiat; ceterum hanc ejus vim esse, ut heres ille partes reliquas quas accrescere testator noluisset, tamquam ex fidei commissio testator restituere his qui ab intestato ad hereditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur l. 7. l. 17. & l. 29. ad sen. Treb. & §. 3. Inst. inf. quib. mod. test. inf. Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet: quoniam favet voluntati mortuorum salva ratione juris; et eoq; accommodari potest clausula in d. l. 9. §. 23. de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster; sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris manifeste facit adversus rationem juris, comminendo modo citatum legitimum heredem in partibus, quas testator scriptum heredem habere noluisset, institutionem: qualis institutio jure nostro penitus incognita est; quod cum nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine cunctatione in Salicici opinionem transiturum fuisse, si quis modo eam proposuisset.

6. Nisi sit miles, cujus sola voluntas] Quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis eorumque interpretatione locum non habere ostendimus supra tit. Inst. de mil. test. Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet eundem ex parte testato & intestato decedere; & ideo de paganis tantum eam concepit Pomponius l. 7. de reg. jur. Igitur si miles, verbi causa, unum ex fundo heredem scripserit, non detrahatur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur & locus fit legitimis heredibus, l. 6. ff. de test. mil. l. 2. C. eod. quod & tunc obtinere credimus, quando unum heredem scripsit ex parte aliqua hereditatis, per l. 19. d. tit. Sed etsi plures heredes instituerit & unus omiserit hereditatem, pars omisa ad alios non redibit, sed deferretur heredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, l. 37. eod. Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus

vel ex certo tempore heredem miles institui possit, ut quo tempore heres scriptus non est intestati hereditas deficiatur, l. 15. §. 4. l. 41. in pr. eod. vid. Duar. ad tit. de test. mil. cap. 4. Sich. ad l. 1. 2. §. 3. C. eod.

7. 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. sol. 1. decisi. §. 1. n. 48. ff. de reg. & decisi. 112. & vol. 4. decisi. 105 n. 3. Zypke. not. jur. Belg. de testam. in pr. Unde quaesitum est, an per hoc censeri debeat abolicum quoque esse jus accrescendi. Et quidem ubi unus tantum ex re certa vel parte aliqua hereditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet heredi scripto, quam jure civium Romanorum in eadem specie ex testamento militis; sed ad heredem ab intestato pertinebit, arg. l. 6. l. 19. ff. de test. mil. l. 2. C. eod. Idque etiam fatetur Christin. d. decisi. 3. 2. & Gudelin. d. loc. quoniam, adjunctum in hujusmodi casibus jus accrescendi non ex conjunctione nec aut voluntate testatoris sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubie 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 §. 8. Inst. de legat. Ego idem dixerim & si singulis singulæ partes æquales daretur, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti singuli ex quarta bonorum parte: videlicet partem vacantem hic non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimis heredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt aut in eandem partem hereditatis vocati, & unus defecerit: adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consuetudinario ceteris accrescere debere, quam si ex verisimilibus saltem conjecturis appareat eam fuisse voluntatem defuncti: cujus rei probatio coheredibus incumbat, nec contra voluntatem defuncti pro parte omisa intestati aut exitum intestati passim, plus ad eos redeat quam eis datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie Veteres secuti sunt in testatore milite, l. 37. ff. de test. mil. cui non obstat l. 1. C. eod. quia ibi ex parte heres institutus proponitur, qui & ipse militi ab intestato successurus erat, nimirum frater militis; & ideo nisi alii heredes ab intestato probent militem noluisse ea bona de quibus quaeritur ad fratrem institutum pervenire: por-

portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinere, quia pro ea parte miles intestatus decessit. Ceterum contraria sententia prævaluit hac ratione, quasi jus accrescendi in proposito non descendat ex potestate juris sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola conjunctione existimetur. D. Grot. 2. manduct. cap. 23. Gudelin. d. cap. 5. Christin. d. decisi. 51. n. 48. ac plerisque persuasum fuit, etiam olim in testamentis militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant id obtinuisse; nisi heredes 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 permixtum est idem est dicendum. Vid. Ant. Fab. dec. 72. err. 5. & 6. Don. in d. l. 1. C. de test. mil. Duar. d. cap. 4. Vasq. lib. 2. de succ. prog. §. 15. n. 100. & lib. 3. de succ. creat. §. 24. n. 41. & multis seqq. VINN. Consuldo hanc Vinnii disputationem retinui, quum apud Hispanos etiam dubitetur an sublatum sit jus accrescendi, d. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. nam cum ex ea possit paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere: jus accrescendi, quod ex potestate legis derivatur, ne quis parte testatus parte intestatus decedat, cessare videtur. Verumtamen cum l. 14. tit. 3. Part. 6. jus accrescendi expresse statutum sit, neque facile admittenda sit juris correctio: d. leg. Recop. jus accrescendi non tolli tenet Burgos de Paz ad l. 3. Tauri (quæ est d. l. 1. Recop.) n. 877. ff. de reg. Oppositum tamen defendit Martenoz ad l. 1. gloss. 10. n. 46. quæ quidem sententia ex his quæ disputat Vinnius, verior omnino videtur. ADDIT.

TEXTUS.

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

6. Si plures instituantur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si noli testator eor ex æquali partibus heredes esse.

Satis enim constat, nullis partibus nominatis æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assis deest, ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, si qui nominatim expressas partes habens in dimidiam partem vocatur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur quæ vacat.

L. 17. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Inter institutos sine partibus pariter hereditatem dividi, etiam si testamento non facte inæqualiter fuisse successuri.
- 2 Quantum expleto dependio, qui sine parte scriptus est, habere debeat.
- 3 Perperam Hotomanni in l. 17. §. ult. hoc tit. pro triente substituere testem.
- 4 Quæ in re error Hotomanni maxime conspicuus.

Intelleximus quid juris sit si unus tantum heres scriptus proponatur, nimirum eum & solum heredem fore atque ex toto asse, non tantum si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verum etiam si ex parte dumtaxat hereditatis, atque adeo si ex certa aliqua re. Fergit nunc hoc §. 2. reg. docere Imperator quid fiat pluribus heredibus institutis, quasque in portiones singuli vocati intelligantur. Distinguentur autem, ut ex progressu apparet, tres articuli. Primus est, si plures instituti sint sine definitione partium, alter, si quidam ex certis partibus hereditatis instituti, quidam indefinite 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. §. 12. hoc tit. qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata l. 19. §. 2. de legat. 1.

Quæntiam eandem voluntatis interpretationem æqualemque partitionem sequimur, & si qui sine partibus instituti sunt, non

non factio testamento in stirpes aut portionibus inaequalibus ab intestato fuissent successuri: quia testamento factio jam non jure proximitatis aut representationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex iudicio & voluntate defuncti, qui legitime successioni per testamentum suum derogare voluisse credendus est, nisi ex conjecturis contrarium elici possit. Ita post alios Wesemb. hic & in parat. eod. n. 6. Mant. de conjest. ult. vol. lib. 4. tit. 1. n. 11. Illud in universum tenendum, si conjuncti & disjuncti commixti sint conjunctos unius personae potestate fungi, l. 34. de legat. 1. l. un. §. 10. vrr. in vero C. de cad. toll. veluti in hac institutione: Titius heres esto, Sejus & Mævius heredes sunt: semissem Titius & tantum solus feret quantum duo conjuncti Sejus & Mævius, l. 59. §. 2. hoc tit. Conjuncti etiam & vel maxime sunt qui nomine colectivo instituantur, l. 13. in pr. ff. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subit. de cuius conjunctionis potestate Mant. d. loc. n. 12. & 2. seqq. Vasq. lib. 3. de succ. prog. §. 21. n. 33.

[Partibus in quorundam personis expressis] Hic articulus secundus est, & complectitur tres casus; nam partes adscriptae aut non aequant assem, aut exaequant, aut superant: duo priores hic tractantur, tertius §. 8. Primum quod atinet, ait, si partibus in quorundam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod superest, eum vel eos quibus pars appositae non est habituros: verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium sine parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem ablatum. Hoc & Ulpian. l. 17. in pr. eod. atque omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatae assem exaequant sive expleant; de quo sic breviter hic Imperator: Si totus as complexus sit, si qui nominatim expressas partes habent in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nimirum cum asse expleto alius sine parte heres scriptus est, hic quia ad nullam residuam assis partem restringi potest indefinitae scripti institutio, verisimile est testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hereditatem distribuere. Et consequenter ergo qui sine parte scriptus est in alium illum assem veniet; aut si plures, omnes in eundem, d. l. 17. §. 3. & 4. vel si dupondium ad assem revocetur, quo respexit Justinianus, venient indefinitae scripti in semissem: ea-

dem enim utrobique proportio est.

2. Similiter si quis dupondium distribuere, & tertium sine parte heredem scripserit, ad tripondium transitum fuisse intelligitur; & ideo qui sine parte institutus est in tertium assem venit, sive re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. inf. hoc tit. 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 assis rationem redacta efficiat semissem totius hereditatis, ut ille solus tantum capiat quantum alii omnes, uti fit cum quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie traclaverat §. 3. & 4. sed in eam partem duuntaxat, quae ratione ad unum assem revocata efficiat illius assis trientem, atque in distributione testatoris sive in tripondio uni assi sive 12. tantum uncias assignat (proportionaliter) traduntur.

3. 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: quae oratio manifeste aut in totum falsa est, aut implicat contradictionem. Falsa, si tressem accipimus pro tribus assibus conjunctis sive pro uncias 36. in quas tota hereditas divisa proponitur; sic enim foret ut totam ferret solus qui sine parte scriptus est. Contradictionem habet, si eadem vox accipitur discretim pro asse tertio aut uno ex tribus. Nam hic enumerationi: qui dupondio distributo sine parte scribitur non venit in alium assem: aperte contraria est illa, qui dupondio distributo sine parte scribitur venit in tressem: si hoc est in tressem venire, in novum, in alium, in tertium assem venire. Quid est vero quod Hotomannum impulit ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut jurevare abnormem quandam sententiam, cuius junior adhuc auctor fuit & quam refricuit jam senior summaque ope defendere conatus est lib. 8. obi. cap. 2. Putavit Hotomannus, quemadmodum asse completo is qui sine parte nominatus est in alterum assem venit reque ad unum assem revocata aufert semissem: simili modo impleto dupondio eum qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semissem ferre debere; nec rationem pati ut hic tantum trientem,

tem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cum huic opinioni suae videret obstare dictum locum Ulpiani scriptum manifestissime in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit; ut pro in trientem venit, subscitavit in tressem venit: quae verba, si Hotomanno credimus, significabant, aufert pro portione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est quod cum ratione aut proportionem magis pugnet quam haec Hotomanni opinio; nec hilum proficit mutata lectione: quippe cum in tressem venire duobus tantum modis quis dici possit, & iis quos paulo ante indicavi. Miror virum alias acutissimum non potuisse videre harum rerum minime obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quaeque describitur, eo iniussu singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hereditatis; ac proinde si hereditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in questione proposita, cum exhausto dupondio aliquis sine parte heres scribitur: non potest nec debet is cui pars adscripta non est tantum ex toto, hoc est, ex hereditate consequi, quantum is qui asse solum exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hereditas divisa est solummodo in uncias 24. Quid enim tam manifestum est, quam minores esse uncias in tripondio quam in dupondio, atque in hoc iterum minores quam in asse; omninoque ratione ad assem solemnem reducta unam unciam proportionem respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Summam exempla facillima & prope puerilia cum Hotomanno: Primus ex 12. uncias heres esto. Secundus heres esto. Hic secundus sine parte institutus habebit 12. uncias. Primus ex 12. uncias. Secundus item ex 12. uncias heredes tertio. Tertius quoque heres esto. Hic tertius item habebit 12. uncias, sed quae in asse juri non tantum efficiant quantum casu prioris; illic enim singulae semunciam, hic binas solum sextulas sive tertiam unciae partes valent.

4. Error Hotomanni in reductione & deductionibus faciendis maxime conspicuus est. Is in proposita specie tertio sine parte scripto initio nihil primo & secundo singulis partibus suae dimidiam detrahit, id est, uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptae, ut efficiat dupondium; in quo cum tertius 12. primus & secundus singuli 6. tantum uncias habere reperiantur: ita dupondium deinde ad assem revocatur, ut primo iterum & secundo sin-

gulis partibus suae quam in dupondio iis reliquerat dimidia, id est, terna unciae detrahatur, tertio sena; ut unum hic semissem solus, alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minime ferendum est. Nam cum tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocatur quam duo illi in quorum persona partes expressae sunt, & vocetur in partem partibus expressis aequalem, aequalem quoque deductionem cum ceteris pati debet; ideoque in proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binas reductiones, totidemque gradatim & partes in singulorum portionibus deductiones fiant: prima sit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciae quatuor; altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut ad reliquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem *ἀναλύσις* (proportionaliter) ratio est, cum dupondio superato aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato sed expleto tantum. Itaque ut illic in id quod tertio assi deest sine parte scriptus vocatur, l. 18. eod. ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet. Add. Ant. Fab. §. conj. 20. Bachov. in Treuti. vol. 2. disp. 11. thes. 4.

T E X T U S.

Si pars vacet aut exsuperet.

7. Videamus, si pars aliqua vacet nec tamen quicumque sine parte sit heres institutus, quid juris sit: veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi ac si ex tertius partibus heredes scripti essent. Et ex diverso, si plures heredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si (verbi gratia) quatuor ex tertius partibus heredes scripti sint, perinde habeatur ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

LL. 17. & 18. tit. 3. Part. 6.

C O M M E N T A R I U S.

1. Explicatur constitutio Justiniani in l. 23. C. de legat.

Hic locus pertinet ad articulum tertium, cum heredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo si testator solem-

lemem asse distributionem secutus, non pauciores neque plures partes sive uncias fecerit quam duodecim, nihil est de quo dubitari possit. Tantum si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuique adijci 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 quatuor partibus &c.] Hoc est, si tres instituti sint singuli ex quadrante sive ex tribus uncias. Alii, vacantem partem: id est, quadrantem reliquam, sive tres uncias quæ assi desunt. Pro hereditaria parte. Hoc clarius apparet, cum adscripte sunt partes inæquales; veluti si testator ita dixerit: Titius ex quadrante, Mevius ex semisse heredes sunt. Hic enim ex tribus uncias quæ assi explendo desunt una Titio duæ accrescunt Mevio, d. l. 13. §. 3. perinde ac si ille ex triente hic ex besse scriptus esset. Accrescunt autem partes residuæ singulis necessario & eadem ratione quæ uni heredi ex parte scripto reliqua hereditas accrescit; quia scilicet juris ratio non patitur ut eidem partem ex testamento partem ab intestato succedatur. VINN. Sed cum Hispanici juris ratio id ferat, pars vacans hereditibus ab intestato deferretur. Vid. quæ diximus sup. ad §. 5. ADDIT.

Si quatuor ex tertius partibus &c.] Hoc est, si quatuor instituti sint singuli ex triente sive ex uncias quatuor. Tacite singulis decrescere: pro parte item hereditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint, primus ex 12. secundus ex 6. uncias: primus ex sententia Veterum habebit hereditatis bessem, secundus trientem, d. l. 13. §. 4. hoc tit. Et ἀνάλογον, si primus ex 12. secundus ex 8. aut 9. scripti sint: portio primi major erit sescuplo vel epitrio, quam secundus.

1. A qui tamen Veterum sententia videntur recessisse Justinianus, l. 23. C. de legationibus dicimus cum Donell. lib. 6. comm. cap. 22. interesse, utrum asse sive duodecim uncias primo relicta, mox semis aut sex uncias secundo relinquuntur simpliciter, an sex uncias aut dimidia nominatim ejusdem rei, aut totius quod relictum est; & hoc posteriorum casu locum duntaxat esse constitutioni Justiniani, 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 ad do, posse & aliam rationem in re proposita iniri, ut progressus fiat ad dupondium, & singulis pro portione hereditaria accrescat quod dupondio deest. Sed & tot partes quot à testatore factæ sunt in divisione servari possunt ut singuli suas ferant, l. 15. §. ult. l. 47. §. 1. l. 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. 8. ff. de leg. 1. l. 13. ff. de lib. & postum. l. 13. ff. de her. instit. Proculiani autem præferant 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 eundem fundum primum Mevio separatim, deinde Mevio & Sempronio conjunctim legasse: hic denuo superius videtur dixisse pro superato; neque enim hic de expleto asse aut dupondio queritur sed de superato: qui casus ab illo diversus est; quamquam utriusque eadem ratio, & tam is qui asse aut dupondio expleto alium sine parte heredem facit ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quam 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.

TEXTUS.

Si plures unciam quam duodecim distributæ sunt.

8. Et si plures uncia quam duodecim distributæ sint, si qui sine parte institutus est quod dupondio deest habebit. Idemque erit si dupondium expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurimum unciarum.

Vid. l. 19. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Casus aliquot hic omitti recententur.

REGIUS hic §. subiectus foret §. 6. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eundem articulum, atque ex tribus in quos præsens disputatio divisa est ad secundum pertinent, nempe cum quidam definitè quidam indefinitè scrip-

pti 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 asse: ita si testator superato asse, dupondio tamen non expleto, sine parte heredem scripserit, is quod ex dupondio deest habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur, l. 18. hoc tit. Quamobrem si ita scripserit, Primus ux uncias VIII. Secundus item ex VIII. heredes sunt. Tertius heres esto. Hic tertius item octo uncias quod dupondio desunt feret: Eadem ratione, si ita scripserit: Primus ex sex; Secundus ex octo heredes sunt, Tertius heres esto: Tertius decem quæ supersunt in dupondio habebit, l. 87. hoc tit. Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie singuli trientem, in posteriori primus quadrantem, secundus trientem, tertius sine parte scriptus quicuncumque feret.

Idemque erit si dupondium expletus sit] Expletus videtur dixisse pro superato; neque enim hic de expleto asse aut dupondio queritur sed de superato: qui casus ab illo diversus est; quamquam utriusque eadem ratio, & tam is qui asse aut dupondio expleto alium sine parte heredem facit ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quam 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.

1. Sunt & alii casus, qui ad institutam dispositionem pertinent, à Triboniano omissi, & fortassis de industria: veluti (1) si quis solus institutus sit, non simpliciter aut ex parte hereditatis, sed ex re certa, pura ex fundo, quam institutionem valere placet quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hereditatem consequi, l. 1. §. 4. hoc tit. l. 41. in fin. de vulg. & pup. de quo dixi §. 5. sup. hoc tit. (2) Si plures instituti omnes item ex re certa; atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam cum ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris, tunc enim partium expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio iudicis familie eriscunda pro rata portionis, quam cuique in rebus assignavit testator, hereditas singulis adjudicetur, l. 9. §. 13. l. 10.

Tom. I.

junct. l. 35. in pr. eod. (3) Si plures instituti, eorumque quidam ex re certa, quidam simpliciter aut ex parte hereditatis. Hoc casu placuit solos heredes fieri qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti sunt: ex re singulari scriptos legatarioum loco esse, l. 13. C. eod. Cur vero tam varie? Nimirum ideo, quia ubi soli sunt instituti ex re certa, hic si testamentum subsistere volumus, atque ex eo quod utique testator voluit deferri hereditatem, necessario detrahenda esse rei mentio, cum hæc simul stare non possint, heredem esse, hoc est, universi juris successorem, & rem tantum obtinere singularem. At vero cum concurrunt cum his alii recte heredes scripti vel indefinitè vel ex certa parte hereditatis, nulla necessitas cogi ut mentionem rei ex qua unus aut plures scripti sunt detrahamus, cum rem illam habere possint tanquam ex legato, quod salva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per coheredes simpliciter vel ex parte scriptos sustinetur. Plane si heredes universalitatis defecerint, quod adire hereditatem 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 quam si coheredes defecerint vivo adhuc testatore, quos sequitur Bachovius hic. Vid. Gomez 1. resol. 10. n. 13. Grass. §. institutio quest. 22. n. 3.

TEXTUS.

De modo instituendi.

9. Heres & pure & sub conditione institui potest, ex certo tempore aut ad certum tempus non potest; veluti post quinquennium quam moriatur, vel ex Calendis illis, vel usque ad Calendas illas heres esto. Donique diem adjectum haberi pro superuacuo placet, & perinde esse ac si pure heres institutus esset.

L. 2. tit. 4. & l. 15. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Captatoria institutio quæ Veteribus dicta.
2. Suos heredes omnes sub alia conditione institui non posse quam quæ in eorum sit potestate.
3. Diem certum institutioni appositum, sive ut

GEG

ter-

- terminum à quo, sive ut terminum ad quem pro impervacuo haberi.
4. Cur dies certus institutioni adjectus ut terminus à quo non suspendat institutionem, similiter ut adjecta conditio.
5. In testamentis diem omnem incertum conditionem facere.
6. An si cui bonorum omnium usufructus legatus sit & post mortem ejus alius heres institutus, legatum valeat.

Hic se nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo heredes instituendi, deque his que institutioni utiliter vel inutiliter adjiunguntur, sed non omnia que eo pertinent Imp. tangit, contentus que precipua sunt de conditione & die adjectis quaedam indicasse: ante quorum applicationem omnino sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat,isque idoneis ut ex illi liquere possit voluntatis intentio, quavis quibus verbis fiat imperativis sive directis an inflexis nihil refert, l. 15. C. de test. & ibi DD. Deinde ita fieri debere ut de persona heredis certo constare possit, vel ex nomine vel ex indubitabili signo; alioqui vitiari institutionem, l. 9. in pr. junct. §. 8. & reg. l. 62. §. 1. ff. hoc tit. l. 4. C. eod. Item inutile esse institutionem si testator non certo consilio heredem scribat, aut quid alienum capere.

1. Unde improbat Veteribus tum institutio que in alienum voluntatem confertur, veluti si quis dixerit, *Quas Titius voluerit heredes sumo*, ll. 32. & 68. eod. tum captatoria, que fit captandæ alienæ hereditatis causa, cum testator suam hereditatem tanquam in hæc defert ut alleciet alienam & puta hoc modo: *Quia ex parte Titius me heredem faciet ex eadem mihi heres esto*, l. 70. cum l. seq. eod. l. 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 heredem faciet ex eadem heres esto*: quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, ll. 71. & 81. §. 1. hoc tit. Sed nec institutiones que mutuis affectionibus judicia provocaverunt pro captatoriis habentur, d. l. 70. eod. Valent itaque hæc dubie & mutue conjugum institutiones, D. Tuld. in cap. de test. mil. n. 9. ubi obiter refellit Joann. Deckherum hæc sententiam oppugnantem lib. 1. dissert. 7. VINN. L. 9. tit. 6. ibi 3. for.

legge non solum mutue conjugum institutiones adprobantur, sed etiam pacta de mutua successione, modo liberos non habeat. ADRI. De captatoria institutione eleganter Menoch. contil. 408. Ant. Fab. Cod. suo de her. inst. defn. 11. post Cujac. 16. obs. 11. Dur. cap. 3. hoc tit. Nunc accedamus ad explanationem textus. VINN. Sed reliquorum omnium industriam superavit vir ill. Corn. van Bynkersh. de captat. instit. qua dissertatio inter reliqua ejus opuscula habetur. HEIN.

2. 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 institutione adjectur & pro non scripta habetur, de quo mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atque existente conditione vires capiat perindeque habeatur ac si pure facta esset; deficiente, evanescat & hereditas deferatur ab intestato. Solius persona filifam. excipitur, qui vetatur sub alia conditione heres institui quam que in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exheredetur; ne si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, ll. 4. §. 6. & 86. hoc tit. ll. 15. & ult. de cond. inst. Tantumdem nunc dicendum de ceteris liberis qui in potestate sunt & sui heredes, postquam hi omnes filifam. exarguati, §. 5. sup. tit. Falluntur ergo DD. qui putant ita jus nunc esse, ut si suus heres in incertum eventum instituitur sit institutio non viciatur, sed potestate juris detrahatur conditio usque ad portionem legitimam, que gravi prohibeatur ulla dispositione moram aliudve omni afferente, per l. 32. C. de inoff. test. Non enim animadvertunt aqi isto loco non de liberis instituitur, sed exhereditatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cum in ll. 30. & 31. C. eod. jusisset cessare querelam inofficiosi si quid liberis omnino relictum esset, supplerique si minus relictum, quod legitime deest, mutato veteri jure quo querela non excluderetur, nisi aut tota legitima portio relicta esset, aut si minus adjecta clausula ut si quid deesset id boni viri arbitratu repletur: in d. l. 31. que mox sequitur superiores sanctiones temperat, eaque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissime voluit & titulo institutionis legitimam relinqui, Nov. 115. cap. 3. de quo plura tit. 18. huj. lib.

3. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest] Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore* &c. quibus verbis tacite innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & que hic traduntur non ad utrumque sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est: dies aut certus aut incertus; de incerto illic videbimus. Certum dicimus, cum certum est & venturum esse & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni forte opponi potest, vel ut terminus à quo veluti, *Post quinquennium quam moriar heres esto*; vel ut terminus ad quem, veluti, *Usque ad quinquennium heres esto*. Neutro autem modo apponitur utiliter; & hoc est quod Imp. ait, heredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse: non quod adjectione diei in totum vitiatur institutio, sed quod dies ut vitiose adjectus rejiciatur & habeatur pro non scripto; ita enim se statim explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse ac si pure institutio facta sit. Brevis Jurisconsulatus l. 34. hoc tit. *Hereditas* inquit, *ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio*. Quod dies tollitur benevolentie est, ne preat ultima defuncti voluntas; quod die non sublato subsistere nequeat institutio, ex regula qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere: e proposita & à nobis exposita §. 5. sup. hoc tit. Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, l. 41. in pr. de test. mil. Peculiaris quoque ratio est, cum dies adjectur tanquam terminus ad quem; quia juris nostro non convenit temporalem heredem habere, sed is qui semel heres exitit semper heres maneat necesse est, l. 7. §. 10. de minorib. l. 88. hoc tit.

4. De altero illo quæsierit aliquis, cur cum heres ex certo die instituitur non æque placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat nullum interim heredem esse, ac cum quis instituitur sub conditione; & quid intersit ita scribam, *Titius post quinquennium heres esto*, an, *Titius heres esto si uxorem duxerit*; Hoc interest: conditionis ea est vis ac natura ut actum omnem cui adjectur juris effectum suspendat, ea deficiente nihil actum aut intelligatur, existente perinde habeatur ac si ab initio res sine conditione gesta esset, l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 11. §. 4. qui potior, in sign. Proinde cum heres sub conditione instituitur est in penden-

ti est tota dispositio testatoris, & siquidem defecerit conditio nulla dispositio facta intelligitur, si extiterit, eventus ejus retrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est pure dispositum intelligatur, l. 26. de cond. inst. Dies vero certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod nunquam suspendit viam aut effectum juris; tantum ad hoc utiliter rei aliquid veluti legato aut stipulationi adjectur ut remoretur executionem, §. 2. Inst. inf. de verb. obl. l. 213. de verb. sign. l. 17. de reg. jur. l. 21. *quand. dies legat*. Quod si ergo heres ex certo tempore instituitur ante id tempus heres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suam naturam suspensio juris eff. Quis, ideoque statim potius admittendus, præsertim cum 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 retrahatur potest, hoc est, quod addio post dem existentem facta non potest conjungi & continuari cum tempore mortis testatoris, quam tamen continuationem jus requirit, l. 54. de adq. her. l. 138. de reg. jur. nisi toto intermedio tempore subducto; nam si id tempus manere volumus ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim heres sit; sed cause intestati interim locum facimus, quod juris ratio non patitur. VINN. Hispania mores hujusmodi subtilitates aspernantur; sed ut receptum est, ut unicuique pro portione honorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quoque heredem instituire potest & ex certo tempore; ut aut post tempus, aut antequam dies veniat ab intestato hereditas deferatur; adeo ut que l. 15. tit. 3. Part. 6. statuta sunt in testamento inofficiosi, nunc ex l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. etiam in paganorum testamentis locum habeant. Vid. quo notavimus sup. ad §. 5. ADRI. Hæc dicta sunt de die certo.

6. Dies incertus aut prorsus & simpliciter talis est, cum scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit nec quando; veluti si ita testator dixerit, *Titius heres esto cum consulatum inieris*, cum uxorem duxeris aut secundum quid, cum alterum incertum, est & vel ignoratur an venturus sit dumtaxat, veluti si ita scriptum sit, *Titius cum erit annorum quatuordecim heres esto*; vel

tantum quando venturus sit, qualis est dies mortis cuiusque. Et extat de die incerto generalis d. finitio Papiniani in hac verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit*, l. 75. de cond. & dem. cuius definitionis hac sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahatur sed suspendit dispositionem, ita & dies incertus; atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et si quidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit & quando, vel etiam unum illud, an sit venturus: dubium non est quin huiusmodi dies pro conditione sit, l. 21. & 22. *quand. dies leg.* At si certum sit extitutum esse, ignoretur autem quando: hic referre puto utrum dies appositus sit extraneo an ipsi heredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius heres esto cum Sempronius morietur*: diem pro conditione esse, quia ferri potest ut heres scripsit cum Sempronius morietur: quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur, *Heres meus cum morietur Titio decem dato*, l. 1. §. 2. de cond. & dem. l. 4. in pr. *quand. dies leg.* Si vero ipsi heredi adscriptus sit, veluti, *Titius cum morietur heres esto*, non puto conditionem facere; quia nec si legatario adscribitur facit, d. l. 4. §. 1. l. 79. in pr. de cond. & dem. & ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc herede omnino extitutus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam esse, & communis Interpp. sententia est in l. 9. C. hoc tit. teste Gomez 1. resol. 2. n. 11. Illud aperte falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale legatum Titio cum morietur decem de lego conditionale esse, contra textus expressos in d. l. 79. de cond. & dem. & in d. l. 4. §. 1. *quand. dies leg. ed.* Singularis casus institutionis ex die incerto est, cum quis instituitur in tempus capiendi hereditatis, l. 62. hoc tit. qui tamen casus à doctioribus omnibus restringitur ad eos qui non simpliciter incapaces sunt sed secundum quid, quales sunt orbi, coelibes, quos proculdubio heredes instituere licet, cum liberis susceperint, cum uxores duxerint. Angelo absurdum non videtur etiam deportatum sic institui, cum restitutus erit. Utiq; recte idem Angelus responsum istud Jurisconsulti in d. l. 62. sic temperandum existimat, ut locum habeat cum incapacitas est ex parte instituti dumtaxat, non etiam simul ex parte testatoris; nam spurium hoc modo, cum sapere poteris, à patre institui non posse.

LIB. II. TIT. XIV.

6. De illo quaesitum est, si verbi gratia uxori bonorum omnium usufructus legatus sit, & post mortem ejus Titius heres institutus, an legatum valeat. Et multis visum est tale legatum esse inutile; quoniam dies usufructus legati non prius cedit quam hereditas adita sit, l. un. §. 2. *quando dies usufr. leg. ed. l. 2. & 3. ff. quando dies legat. l. un. §. 6. C. de cad. toll. in proposito autem hereditas adiri nequit quando uxor vivit, eoque dies incertus pro conditione est; nec potest confirmari legatum usufructus adita post mortem uxoris hereditate, quia usufructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Etenim in casu proposito institutio heredis conditionalis non est, sed pure in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet; utpote qui legatum pure deberi voluit, nec credendus sit elegisse viam per quam dispositio ejus evaleat, contra l. 29. §. 1. de lib. & post. l. 3. de rest. mil. Poterit itaque heres institutus statim hereditatem adire eamque transmittere, quia mortis tempus adjectum non est ad infringendam institutionem, sed ne heres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si heres institutus adire vivente uxore nolit? Posse eam in casu proposito de facto uti & frui Baldus respondit in l. 9. C. hoc tit. sed tutius est ut iudicis officium super hoc impleret. Vide Covar. 2. var. resol. 2. n. 5. Gail. 2. obs. 123. n. 2. Grass. §. legatum quib. 23. n. 2. Mantic. de conjest. ult. vol. lib. 4. tit. 5. n. 22. Joann. del Castill. tract. de usufr. cap. 8. n. 23. & seq. D. Jac. Coren. consil. 15.*

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. Impossibili conditio in institutionibus & legatis, necnon in fideicommissis & libertatibus pro non scripta habetur.

L. 3. tit. 4. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Conditionem *impossibilem*, aut difficilem propter personam cui apponitur esse qualitatem &c. pro impossibili non haberi.
2. Ultimas voluntates appositione conditionis impossibilis non vitari, conventiones contrarias & cur tam varie.
3. Conditioni impossibili similem esse eam quae quid

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.

1. Impossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimento est quo minus existat; veluti, *Si digito caelum tergeris*, §. 1. *Inst. infr. de inut. stip.* Sed & quae facta natura & per se possibilia sunt, possunt casu aut adjectione temporis fieri impossibilia; veluti exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, sunt *divana* (possibilia); at exigere pecuniam à se, monumentum post mortem testatoris in tri-duo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, *advana* (impossibilia). 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. §. 6. 20. de cond. inst. nisi forte conditio sit *arrogans* sive talis quae efficiat ut ipsa institutio impossibilis aut potius perplexa atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat cujusmodi conditio institutionem vitiat, l. 16. de cond. inst. Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommissio, conditio impossibilis pro non scripta est, l. 12. §. 1. l. 104. §. 1. de legat. 1. l. 5. §. 4. *quand. dies leg.* generaliter enim quidquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, l. 45. hoc tit. l. 3. de condit. & dem. Plane conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personam cui apponitur esse qualitatem aliamve causam videatur impossibilis; sed nisi conditioni pareatur relicta in testamento non capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione, *si heredi miles dederit*. Hic non detrahetur conditio sed inutilis erit datio libertatis, ut responsum est à Paulo, l. 4. §. 1. de statulib. Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit ut eo temporis 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.

2. Alio autem jure utimur in stimulationibus & conventionibus: quippe quae nullius momenti sunt & in totum viciantur appositione conditione impossibili, §. 1. *Inst. infr. de inut. stip. l. 7. de verb. obi. l. 31. de obi. & all.* ubi etiam diversi juris indicatur ratio; nimirum quia manifestum esse eos qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditio-

nem quam sciant esse impossibilem non esse hoc animo ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse ut nihil agi existant. At testatorum in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione moralitatis non scio agere & ludere voluisse, quod in speciem interpretaris cadit, credendum non est, sed mendum potius ei exidisse quod favore ultimæ voluntatis corrigitur & tollitur à lege, ne id heredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur, arg. l. 2. de cond. instit. VINN. Apud Hispanos certa res est, conditiones turpes & naturæ impossibiles pro non scriptis haberi; impossibiles vero factæ, dubias & incertas vitiate institutionem, ll. 3. 4. & 5. tit. 4. Part. 6. De conditionibus tamen factis impossibilibus oppositum tenet Pichardus hic. ADDIT.

3. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam interpretes vulgo ut speciem impossibili subjunctum, & appellat impossibilem de jure. Ea est, quæ quid continet quod pugnet cum pietate bonis legibus aut moribus. Nam, ut bene & pie Papinianus noster in l. 15. de cond. inst. *Quæ facta ladunt pietatem existimationem verecundiam nostram, & generaliter quæ contra bonos mores sunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiam si quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibili adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, l. 14. de cond. inst. veluti, *Si ab heribus patrem suum non redemerit, Si parentibus patronove sua alimenta non praestiterit.* Paulus scribit hujusmodi conditiones remittendas esse, l. 9. d. tit. quod effectus juris eodem recidit; capitur enim semper hereditas legatumve perinde ac si adjecta non essent. Plane filius qui in potestate est sub tali conditione heres scriptus testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, d. l. 15. *ead.* quod etiam ad ceteros suos heredes nunc transferendum est, per ea que sup. §. *præc.* Facta quoque & stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, ut juris esse diximus cum his apponitur conditio impossibilis de facto, ll. 26. & 61. ff. de verb. obi. l. 4. C. de inut. stip.

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

21. Si plures conditiones in institutionibus adscriptis

scripta sunt, si quidem conjunctim, ut puta, si illud & illud factum fuerit, omnibus parentum est; si separatim, veluti, si illud aut illud factum erit, cuilibet conditioni obtemperare satis est.

L. 13. tit. 4. Part. 6.

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 hic scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptæ sint omnibus parendum esse, ut scilicet, verificetur rota enuntiatio & institutio puribetur: quod & Paulus tradidit, l. 5. de cond. inst. & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, l. 129. de verb. obl. Ait, omnibus parendum est. Parete, obtemperare dicimur conditioni quando eam implemus, & proprie hæc enuntiantur de ea conditione quæ posita est in nostra potestate quam quoties volumus implere possumus, nonnumquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur quæ posite sunt in eventu, ut in l. 2. de cond. & dem. & sic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones quæ ex casu pendunt copulatas pertinere sciendum est; nec sufficere ad delationem hereditatis unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cum non minus in hanc speciem quam in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utriusque æquo conveniat ratio Pauli in d. l. 5. de cond. inst. quod plures conditiones conjunctim scriptæ unus loco habeantur; ideoque merito à reliquis Interpretibus notatus est Accursius, quod putaverit ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim oppositis sufficere extitisse unam, arg. l. 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. 129. de verb. obl. & ratio est, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta est; unde regula juris Pontifici, In alternativi sufficit alterum adimpleri, reg. 70. in 6. Cujacius legit cui libet, voce divulsa, id est

cui placet. Theoph. si ἄν βίωσεν (cuicumque volet). Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimodo impleri oportere; quæ autem in potestatem nostram conferuntur etiam tunc pro impletis haberi cum per aliam stat quominus impleantur; veluti si quis ita institutus sit, Si Sejam uxorem duxerit, & ea non sit nubere, l. 5. §. 5. quand. dies leg. l. 24. de cond. & dem. l. 161. de reg. jur. & ibi doctissime Pet. Fabr.

TEXTUS.

De his quos nunquam testator vidit.

12. Si quos nunquam testator vidit heredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorant qui essent, heredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

COMMENTARIUS.

1. Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti heredit institutionem non considerari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.

Etiam qui nobis ignoti sunt heredes à nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, l. 9. C. hoc tit. l. 46. ff. eod. Poterat duplex hic esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris certaque persona instituiti, Ulp. in fragm. tit. 22. §. 1. tum quod eos fere heredes instituire solemus quorum merita affectionem nostram provocaverunt, l. 9. pro soc. Verum enimvero ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est incertum ejus consilium incertave institui 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 heredes institui vetantur, l. 1. C. hoc tit. Notissima autem est inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure constituerunt ne quisquam qui civis non sit jus capiendæ hereditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur

tur studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbes videant opulentas, cum hi cives esse non desinant, nulla ratio est cur non à suis domi heredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit peregrinator, dictione divisa, quomodo in omnibus quoque libris manscriptis legi testatur Horomannus quos quidem videre illi contigit; atque cum ista lectione consentire & Theophilum: quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio quasi lectioni imponat, cum etiam Theophilus habeat, ἰνὶ ξῆνος διαγνοῖα (peregre degentem). Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἰνὶ ξῆνος διαγνοῖα (peregre degentem) heredem institutum, sed liberis ex fratre, cum peregre ageret, procreatos.

1. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est ut heredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus; nam & id testamentum dicitur, in quo relicti sunt legati nulla heredis institutio facta est. Joann. del Castillo So-

tomayor tract. de usufr. c. 60. Quin etiam secundum quarundam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet heredis institutio. Sic enim dicantur leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Contracensium &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si heres institutus sit pro legato tantum sibi habeatur. D. Gudelín. lib. 2. de jur. Nov. c. 5. D. Christin. vol. 1. decis. 247. n. 8. & decis. 105. n. 17. & 199. VINN. Apud Hispanos celebris extat decisio in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. qua nedum testamentum sine heredis institutione validum esse, sed etiam eo non aduente testamentum quoad legata & cetera capita valere; præterea herede qui hereditatem restituere rogatus est, adire recusante recta posse fideicommissarium esse substitutum sibi relicta ad ipsi decemum sit: quæ elegantis juris decisione quamplurima Romani juris capita, & quidquid captiosas Idorum subtilitates redolebat, abrogatum, ut suis locis adnotavimus. Tu vid. Azov. & Mat. in gloss. ad hæc leg. ubi plura recensent tum juris civilis tum Part. loca hæc legæ tacite vel expresse derogata; quibus addo observationes nostras de interna jure Hispano testamentorum solemnitate, quas inferius dabimus. ADDIT.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. lib. 28. tit. 6. Cod. lib. 6. tit. 25. & 26. Et Part. 6. tit. 5.

- 1 Ratio ordinis: simul quam varie verbum substitutionis à nostri usurpetur.
- 2 Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.
- 3 Nominis substitutionis simpliciter posito intelligi directam; quæ & perfectius definitur.
- 4 Vulgata divisiones substitutionis notantur: ostenditurque, commodissime eam dividi in duo genera duntaxat.
- 5 Summariorum quæ hoc tit. explicantur.

1. **P**ostquam ea omnia Princeps tradidit quæ ad testamenta recte ordinanda & heredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret quibus modis testamenta recte ab initio ordinata postea infirmarentur; ceterum cum testatori permittitur sit non tantum heredem testamentum instituire, sed etiam in locum defi-

cientis heredis institui alios heredes substituere, ut primo gradu deficientes saltem ex secundo heredem testamentarium habeat; nonnumquam & cum sibi fecit, simul alii testamentum & heredem facere: hanc partem quæ substitutione continent prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio vix commode una generali definitione explicari potest; utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum loquuntur de institutione secundi heredis, verum etiam cum de secunda datione legati, l. 6. C. de legat. item cum agent de fideicommissis tum hereditatis tum rerum singularium, ut videre est in l. 41. §. de vulg. & pup. l. 64. l. 77. §. penult. l. 87. §. 2. de leg. 2. l. 57. §. 1. & 2. ff. ad Senat. Trebel. l. 14. C. de fideic. l. 6. de instit. & subit.

2. Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est, quæ