

dum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, opus tamen hic est non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet in his electio legatariorum non est infinita. Sciamus igitur primum, definitionem tantum pertinere ad eas res quas ex eo genere testator habuit: si nullas habuit, placere heredis arbitrio potius rem permitti quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est restatorem sensisse cum tam insigni onere heredis, arg. l. 67. §. 8. de legat. 2. & quod de vino certæ quantitatis expresse traditum est, l. 3. de trit. vin. leg. non est dubium quin ad ceteras quoque res pertineat; idemque videndum sit non solum si certa quantitas verum etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullam servum testator reliquerit: id quod etiam ex eo efficitur, quia rei quæ testatoris non fuit vindicatio legatario coadpetere non potest; at illa cessante nulla electio, d. l. 108. §. 2. de legat. 1. Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantum aut species non ad quantitatem: quippe quæ undecumque sumi & solvi potest, l. 4. de trit. leg. l. 35. §. 1. de aur. arg. leg. & quæ legata ut quantitate nec actionis electio nec vindicatio est. Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus naturæ circumscripta non sunt, quæ sunt domus navis fundus, non legatariorum sed heredis electio est, qui rem unam quam voluit ex his quas testator habuit legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in l. 71. in pr. de leg. 1. quapropter dubitandum non est quin idem obtineat si navis simpliciter legata sit aut fundus, posito, quod nos putamus, fundi legatum valere si testator fundos habuit. Ratio est non ea quam vulgo afferunt, quod heres presumatur melius scire de qua res testator senserit; nam hæc ratio in heredibus extraneis, in impuberibus, furiosis &c. locum non habet; & si vera esset heredi indistincte tribui debere electio, sed ne, si legatario hic electionem concedimus, heredem supra quam credibile est restatorem voluisse oneremus, quæ conjectura legis est, d. l. 67. §. 8. de legat. 2. Mancie, de conjest. ult. vol. lib. 3. tit. 1. n. 26. Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest ut nulla sit proportio, & major distantia quam inter Mantuum & Romam, inter viburnam &

cupressos: quam ob causam etiam his rebus generaliter legatis si testator nullas ejus generis habuit legatum inutile habetur. Estque hæc etiam Interpp. nostro communis opinio, teste Gomez, quam & ipse probat 2. var. res. 11. n. 9. Auctoritas pandectarum Florentinarum (in quibus hæc scriptura est in pr. d. l. 71. Si domus alicui simpliciter legata sit cogentur heredes quam vellet domum ex his quas testator habuit legatario dare), me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistincte legata, putarem legatario electionem competere, sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, cogentur heres quam domum vellet &c. ob rationem allegatam; & scriptura Florentina orationem efficit duriorum. In editione Haloandri legitur, cogentur heredes quam domum vellet &c. quæ scriptura etiam certius quam vulgata heredi electionem in tribuit. Vinn. Sed magis est ut servetur lectio Florentina; Haloander enim ex ingenio scripsit volentem consensus reliquorum exemplarium oppositum potest Florentinae Hitt. Pandect. lib. 3. cap. 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit testator, omnino electio erit legatariorum. Nec obstat l. 37. §. 1. ff. de legat. 1. quippe ubi magis species certa legata, quam genus. Denique præsumtio quidem est testatorem voluisse quam minimum onerare heredem suum, l. 67. §. 8. de legat. 2. sed & fortior militat præsumtio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit testator dum speciem certam non expressit. Hæm.

8. Postremo sciendum est, etiam tunc cum legatario electio datur non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumque velit etiam optimum eligere; puta, verbi causa, homine generaliter legato, auctorem; sed conclusum intra modum ut ne optimum accipiatur, l. 37. de legat. 1. Unde apparet, Veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario neve heres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo aut re alia testator senserit nec appareat de qua, heredis electionem esse, d. l. 37. §. 1. fac. l. 32. §. 1. l. 39. §. 6. de leg. 1. Vinn. Quæcumque hic de electione rei legatæ ab Interpp. disputantur, ea decisa sunt in d. l. 23. tit. 9. Part. 6. ubi distinguitur an res mobilis, veluti servus, equus, legata sit an domus vel aliquid ædificium: re mobilis in

ge-

genere legata, si plures illius generis in hereditate sunt, electionem esse legatariorum, qui tamen non optimam eligere potest; si res illius generis inter bona defuncti non fuit, electionem esse heredis, qui eam legatario comparare debet, dum tamen non pessimam comparet. Si domus legata sit, cum aliquis testator habere, tunc in electione esse heredis quam velit legatario dare; si vero unam tantum domum testator habuerit, hanc necessario dare tenetur; verumtamen si nullam testator domum habuerit illiusque legatario videtur, nec serio cum eo egisse; ac proinde nullius momenti est legatum. Quæ in hac lege de domo dicta sunt, ea æquitate suadente ad alias res quæ à natura certis limitibus circumscripta non sunt, nullo negotio derivabis. ADDIT.

TEXTUS.

De optione legata.

23. Optionis legatum, id est ubi testator ex seruis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat, habebat olim in se conditionem; & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset ad heredem legatum non transmittet. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia heredi legatariorum optare licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito & hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatariorum existerint quibus optio relicta est & dissentiant in corpore eligendo, sive unus legatariorum plures heredes sint & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente ne pereat legatum, (quod perique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis iudicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem rorsus pervenerit illius sententia in optione præcellat.

LL. 25. & 26. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Legatum electionis idem est quod optionis, diversum autem à simplici legato generis & alternativo.
2. Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non est idem cum eo quod optionis dicitur.
3. Optionis legatum habuisse olim in se conditionem.

Tom. I.

nam eamque coherentem persona legatariorum, ita ut ad heredes non transmittetur.

4. Explicatur l. 75. §. pen. de legat. 1. restat. interpretatio Donelli.
5. Notatur inconsiderantia Bachovii.
6. In l. ult. C. comm. de lege. nihil commut. de jure optandi transmittendo; sed temere diversos casus micari.
7. Frequenter fuisse apud Veteres iudicium sortis qui & micatione digitorum usi.

1. Quidam putaverunt, aliud esse legatum optionis aliud electionis: quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem manifeste apparet ex l. 5. de legat. 1. l. 1. & 2. in pr. & §. ult. l. 4. & 8. in pr. & passim tit. ff. de opt. vel elect. leg. Ceterum legatum optionis seu electionis diversum esse à simplici legato generis aut alternativo certum est, d. l. 2. in pr. & §. 1. l. 9. §. 1. d. tit. Nec una inter hæc differentia est. Nam primum in legato optionis solemnis est & expressa electio; in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio sed tacita & simplex non solemnis. Deinde optionis legatum semper relinquitur per vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem.

2. Hinc est, quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatariorum; in legato autem generali & alternativo nonnumquam heredi electio competit; vel quia expresse ei data est, vel quia forma legandi tacite in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si heredem tantum vindicet legatarius decesserit ad heredem transmittitur, l. 12. §. pen. quoad. dies leg. ced. at optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset ut hic ait Justinianus; etatque adeo jus hoc optandi mere personale ut in heredem transferri non poterit. Adhæc cui genus legatum est ei optimum ex eo genere eligere non licet, l. 37. de legat. 1. ei autem licet cui legata est optio, l. 9. §. 1. de dol. mal. legata est optio, l. 9. §. 1. de excep. casu Grot. 2. manducati. cap. 22. excepto casu specialis l. ult. §. 1. C. comm. de legat. Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, l. 77. de reg. jur. quo sane referri non potest simplex quæ legato generis inest electio. Plane in d. tit. ff. de opt. leg. occurrit quidem etiam loci in quibus tractatur, & genere legato cui arbitrium eligendi permittendum

Aaaa

dum

dum sit, ut in l. 2. §. 1. l. 10. l. 12. *ejusd.* rit. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem quam alterum legatum cum altero habet. Est enim in utroque electio; & in eo quoque conveniunt quod semel dumtaxat optare aut eligere licet, l. 5. de legat. l. 1. 20. de opt. leg. fac. l. 84. §. 9. de leg. 1. l. 11. in fin. de leg. 2. Item in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelliguntur, l. 3. qui & à quib. man. quod res omnes quarum aut genus aut optio legata exhibendæ, l. 4. de opt. leg. l. 3. §. 6. ad exhib. Quin amplius, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit, *Titio servum quem voluerit do lego*; vel *illud aut illud, utrum elegerit*; puto tamen nihilominus optionem legatam, sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, arg. l. 19. de opt. leg. Proprie enim optio legata dicitur cum ipsa electio, *τὴν ἀποσφραγίσθαι*, legatur: veluti si dicat testator, *Titio optionem servorum meorum do lego*: quo casu tres servos eligi posse rescriptum est, l. 1. eod. vel sic, *Titius ex servis meis quem volet optato*; vel, *Ex scriptis meis quem velis eligito tibi que habeto*. Julianus in l. 10. eod. verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

3. Habebat in conditionem] *Ἐπιπέσει* (tacite) Veteres, ut hic commemorat Justinianus, credebant legatum optionis in se habere hanc conditionem, si ipse legatarius optasset. Quæ quidem conditio etsi tacite inerat, cuius generis conditiones non solent facere legata conditionalia, l. 99. de cond. & dem. tamen quia ex voluntate testatoris videbatur proficisci, eandem vim æque effectum habebat quam habent conditiones ceteræ quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta, ab alio quam à legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideo ad heredem mortui ante electionem legatarii transferri non poterit.

4. Non obstat l. 75. §. pen. de legat. 1. ubi sic scribit Ulpianus: *Si quis ita stipulatur, Scitum aut decem, utrum ego velim legaverit quod ei debebatur, tenetur heres ejus ut præset legatario actionem, electionem habiturum utrum decem an Scitum persequi malit*. Nam ut superius diximus, legatum generale aut alternativum licet cum jure eli-

gendi, non est idem aut ejusdem prorsus nature cum legato quod in specie dicitur optionis. In legato hujusmodi, *illud aut illud*, utrum elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hæcenus ut servo aut filio coheret, l. 76. de verb. obl. non in nullo electio decedente legatario post diem legati cedentem ad heredem jus electionis non transmittitur; transmitti enim expresse scriptum est à Paulo in l. 19. de opt. leg. nec ulla est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationem differentia. Jam vero si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem in heredes obligatio transit, ut idem Paulus respondet in d. l. 76. de verb. obl. Nec est admittendum, quod Donellus in d. l. 76. existimat obligationem transire, electionem non transire: quo nomine etiam reprehenditur à Bachovio sic; nam Donelli illam opinionem cum ipse locus satis refellit, tum perspicue species paulo ante proposita ex d. l. 75. §. pen. de legat. 1. nisi enim unum cum obligatione ipsum etiam jus eligendi quod ex stipulatione testatoris quaesitum erat in heredem ejus translatum fuisse ponamus, heres cedendo adionem id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit.

5. Inconsiderate autem Bachovius jus electionis ex contractu quaesitum in questione proposita distinguit ab eodem jure delato ex testamento, quasi illud non impediatur conditione quominus ad heredem transeat, hoc contra. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale mortuo pendente conditione legatario interdicere à stipulationem autem sub conditione contractam mortuo ante conditionem stipulatore non extingui sed spem obligationis transmitti in heredem: §. 2. Inst. infr. de verb. obl. l. 4. & 5. §. 2. quando. dies leg. l. 42. de obl. & all. hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones quæ personis injunguntur, qualis sit omnino necesse est in memorata stipulatione si eam conditionalem facimus, & nempe eadem quæ in legato optionis si ipse stipulator elegerit. Condicio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficitque nisi in persona ejus impleta fuerit, l. 44. & 69. de cond. & dem. Hinc jam opinor intelligimus non temere credendum iis esse qui pro certo tradunt, apud Paul. in d. l. 19. de opt. leg. scriptum fuisse, transmitti non placuit à Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in l. ult. C. comm.

comm. de legat. accommodasse sublata negatione.

6. Ex constitutione nostra data est licentia heredi legatarii optare] Ubi Justinianus cavere quod hic se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii qui non optavit heredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt l. ult. C. comm. de leg. & sane ea quæ mox sequuntur de dissensione plurium heredum circa electionem forte dirimendam arguunt eam constitutionem hic significari. At enim, quod Interpretes non animadvertunt, nihil amplius ea constitutione sancitur quam ut si heredes legatarii inter se de electione non conveniant controversia sorte dirimatur; de jure vero optandi ad heredes legatarii ante electionem mortui contra rationem juris veteris transmittendo plane nihil ibi cavetur. Immo vero constitutio sic scripta est, ut ex ea nihil aliud colligi posse videatur quam quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit, ut legata optionis si legatarius ipse non optasset ad heredes ejus quo optandi traduceretur. Memorata enim inter Veteres dubitatum fuisse quid statuendum foret si plures legatarii quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures heredes, etiam electionem corporis dissentirent. Incepta profecto dubitatio si electio in legato optionis mere personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohasit ut nec ad heredes ejus transierit. Quid dicam non habeo nisi quod Tribonianus diversos casus temere videtur miscuisse, & casum plurium legatariorum de electione disputantium inconsiderate confudisse cum casu plurium heredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat. Vixit. At tanta oscitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex nostro §. patet primo, conditam constitutionem eaque cautum ut & heredes legatarii optare possent; deinde, diligenter habito tractatu ei constitutioni aliquid additum esse. Prior constitutio priori inserta Codici perit; additamentum migravit in Codicem repetite prælectionis, habeturque l. ult. C. comm. de legat. & fideli. Nec est quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi speciem proponat ubi legatarii heredes dissenserint circa electionem. Nam hujusmodi speciei & jure veteri locus esse potuit si testator ita legaverit, *Titio, aut eo mortuo ejus hereditibus servum quem optaverint do lego*. Itaque ex d. l. ult. non sequitur ut jam ante Justinianum legatarii hereditibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare servum] Quod de servo hic dicitur exempli id causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet cuius optio legata sit pertinere, d. l. ult. C. comm. de leg. Sic passim videmus in optionis legato tantum servorum mentionem fieri & Papinianus in l. 77. de reg. jur. servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata; sed quia plerumque servorum potius quam aliarum rerum optio legata solita erat: unde & de eo sæpius Jurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifeste apparet ex lectione totius tit. ff. de opt. leg.

7. Sorte hoc esse dirimendum] Si plures legatarii vel unius plures heredes in optando dissentiant, unus sorte qui optet constituit, quos optionem ceteri ratam habeant, expresse cautum est d. l. ult. C. comm. de legat. Verens autem admodum etiam apud Veteres fuisse sortis & fortunæ judicium ex variis Jurisconsultorum responsis elucet, l. 14. de judic. l. 24. §. 17. de fidei. lib. quamquam vix ubi negotium animi judicio explicari potest: de quo nos lib. 1. select. quest. cap. 35. Utebantur antiqui & micacione digitorum. Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum an ille meum sequatur*. Cicero 1. de offic. *Sed quasi aut sorte aut micando vultus alteri cedat alter*. Suet. in August. c. 13. *Patrem & filium pro vita rogantes sortiri aut micare jussit*. Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permitienda sit ab hoc loco alienum est querere. VINN. In loco Suetonii alii legunt *sortiri aut dimicare*; sed *micare* habuit Codex MS. Salsasianus. Sic res olim in foro, si carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum V. C. Præfectum urbi utilitate suadente sustulisse ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Casaub. in not. ad Sueton. l. c. HEIN.

TEXTUS.

Quibus legari potest.

24. Legari autem illis solum potest cum quibus testamenti factio est.

L. 1. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

TRANSIT hic Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur

tur de personis quibus legari potest. Sic autem initio definit legari illis solum posse cum quibus testamenti factio est. Non aut, qui testamenti factionem habent: quo soli proprie significantur qui testamenti faciendi jus habent, ut ostendimus supra in §. 6. *Inst. de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est: quo continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt modo jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quam autem isti sint docetur §. 4. *præc. tit.* De iis qui capere non possunt dictum est in heredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit; poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui quibus legari non poterat vel propter conditionem libertinitatis vel propter leges Voconiam, Julianam Papiam aut similes quibus capere aut totum capere vetabantur; qua de re forte uberius infra sub *tit. Inst. de fideic. her.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentis incapacium sublatiis nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.

Jus antiquum de incertis personis.

25. *Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incerta persona poterat relinquere, ut dicitur Hadrianus rescriptis. Incerta autem persona videbatur quam incerta opinione animo suo testator subiciebat: veluti si quis ita dicat, Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit ei heres meus illum fundum dato. Illud quoque quod iis relinquebatur qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æque incerta persona legari videbatur; & denique multa alia hujusmodi species sunt. Libertas quoque incerta persona non videbatur posse dari; quia placebat nominatim servos liberari. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incerta persona recte legabatur; veluti; Ex cognatis meis qui nunc sunt si quis filiam meam uxorem duxerit ei heres meus illum rem dato. Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta & per errorem soluta, reperti non posse sacris constitutionibus cautum erat.*

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

COMMENTARIUS.

- 1 Exponuntur aliquot loci ex quibus falso quidam colligunt, etiam jam olim hereditatem legatumve incertis personis relinqui potuisse.
- 2 De legatis relicti civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.
- 3 Cur ejus quod incerta persona relictum erat per errorem soluti non esset repetitio.

1. **I**ncerta personæ olim neque hereditas neque legatum aut fideicommissum relinqui poterat. Ulp. in *fragm. tit. 22. §. 3. & tit. 24. §. 18. Paul. 3. sent. 6.* Ratio hac erat, auctore Ulpiano *d. tit. 22. §. 3.* quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis XII. tabb. *Uti quisque legavit* Veteres interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac solido judicio staterit &c. At hereditatem bonave sua magno sæpe labore quaesita relinquere incertæ personæ tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse, *Illis qui testamentum meum obignaverint heres meus decem dato, l. 14. de reb. dub.* Nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur id non incertis sed certis personis relinqui intelligitur. Esi enim tum incerti & testatori ignoti sunt cum in privatam voluntatem suam scribit; tamen non possunt non esse certi eo tempore quo proprie testamentum fieri dicitur, hoc est, cum sollemniam peraguntur quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstat quoque *l. 62. §. 1. de her. inst.* agitur enim ibi expresse de institutione certæ personæ quam & testator proprio nomine designavit, sed quia plures erant testatori eodem nomine amici non apparebat de quo sensisset, ejusmodi in casu audienda est probatio voluntatis, & qui probare poterit de se sensisse defectum admittendus, arg. *l. 33. §. 1. de cond. & dem.* quanvis totam exceptionem illam, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit, responso Jurisconsulti adjactam a Triboniano nullus dubitem. *Add. Ant. Fab. 5. conj. 19.* Magis videtur obstat *l. 5. de reb. dub.* Respondet Doellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit ut statim audiemus: quippe verba illa fideicommissi,

si, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit, cum Juliano & Gajo interpretanda, si quis alius ex amicis, quorum testator mentionem non fecit. Alii putant etiam si quis alius curaverit testatorem restitui non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio quod speratur datum.*

2. Porro ex hoc jure manavit, quod nec civitates nec municipia aut collegia heredes institui aut legatum capere poterunt, Ulp. *d. tit. 22. §. 4. Plin. lib. 5. epist. 7. ad Caiusium: Nec heredem, inquit, institui nec percipere posse rempub. constat.* Ceterum postea ut hæc corpora legatum capere possent permissum fuit etiam tempore mediæ Jurisprudentiæ, *l. 32. in fin. l. 73. §. 1. l. 1. 117. l. 122. de legat. 1. l. 20. de reb. dub. l. 26. ad senat. Trib. A Nerva hoc primum introductum; post deinde a senatu, auctore Hadriano, diligentius constitutum fuit, Ulp. in *fragm. tit. 24. §. 28.* Paulus Marco id tribuit, *d. l. 20. de reb. dub.* In propriis nominibus facilis est auditorum lapsus. Tandem etiam concessum ut civitates & municipes heredes institui possent, *l. 12. C. de her. inst.* quod atate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpiani *tit. 22. §. 4. & d. l. 26. ad Trib.* quibus locis hoc tantum traditur, fideicommissam hereditatem municipibus restitui ex senatusconsulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit quod legatum pauperibus relictum non valebat, quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur; daturque jus & nomen heredis Episcopis, Oeconomis, Xenoni: non enim ut sint heredes: jus ut debita exigant, creditoribus hereditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l. 24. l. 49. §. 1. & segg. C. de Episc. & Cler. Cyn. Bald. Salic. in d. l. 24. Bart. in l. 5. de reb. dub. Tulden. ad tit. C. de incert. VINN.* Hujus juris historia non satis accurate exponi videtur ut Vinnio. Quamvis enim Ulpianum sequutus a Nerva antiquum jus primum mutatum esse existimet: id tamen non satis conciliari posse videtur loco Plinii, qui sua atate nondum capere potuisse res publicas tradit, idque sub Trajano ut videtur. Nam in eadem epistola *7. lib. 5. liberalitatis ac magnificentæ erga Novocomenes mentionem facit, quam jam post consultatum ostendisse videtur, ut ex maiore apud Gruer. P. CCCCLIV. & MXXVIII. apparet.* Primum ergo senatusconsulto permissum videtur ut caperent civitates fideicommissa; idque sub Hadriano, consule*

Apronio, anno Christi 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta Sæco firmata. Ulp. in *fragm. tit. 24. §. 28.* unde legati hujusmodi exemplum extraxit in *l. 101. ff. de leg. 3.* Postea D. Marcus id jus etiam ad collegia, *l. 20. ff. de reb. dub.* immo etiam ad viros proventus, *l. 73. §. 1. ff. de legat. 1.* Denique & heredes institui potuerunt civitates non demum per Constitutionem Leonis Thracis, *l. 12. C. de her. inst.* sed jam temporibus Pauli, id est Severi & Caracallæ, ceu ex *l. 121. ff. de legat. 1. colligimus.* HEIN.

Quam incerta opinio] Incerta persona hic dicitur quam testator animo suo incertæ & cæcæ opinione subicit, id est, cum mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tanquam in immenso æthere infinito vagatur; nam si mens ejus certo numero personarum, quæ omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarij legatum non vitiat, ut exemplis subjuncta demonstrant.

Qui primi consules designati] Puto hoc exemplum ad eum pertinere qui vel ante candidatorum numerum constitutum vel cum eos non nosset, incertissima opinione dixit, *qui primi consules designabuntur.* Quod si est constitutum jam candidatorum numero, quos testator novit, ei qui primus consul designatus fuerit centum legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, ut reliquum ut ex certo personarum numero cum certa demonstratione.

Libertas quoque incerta persona] Antea dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinqui potuisset, etsi militum testamenta nullis adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit quod incertæ personæ legari non potuit. Aliam nunc subicit ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas cujus summus aliqui favor semper fuit incertæ personæ dari poterit: addita ratione, quia placebat nominatim servos liberari; quod videtur cautum fuisse lege Fusia Canina. Ulp. in *fragm. tit. 1. §. 1.*

Sub certa vero demonstratione] Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit; veluti, *Ex collegiis meis qui nunc sunt; aut, Ex cognatis meis qui primam ad sumus meum venerit; aut, Qui filiam meam uxorem duxerit ei heres meus illud dato.* Ulp. in *fragm. tit. 24. §. 18.* & notandum, in exemplo proposito demonstrationi expresse addi hæc verba, *qui nunc sunt;* alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

3. *Per errorem soluta repeti non posse*] Hic locus confirmat id quod ante diximus, ex subtilitate quadam juris civilis hoc esse quod incertæ personæ legari non potest; neque enim ratio naturalis impedit quominus, verbi causa, si qui filiam meam aliquando uxorem ducitur esse heredem meum aliquid dare jubam. Proinde ex hujusmodi religio etiam olim nascebatur debitum naturale; id est, heres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur: quæ causa est quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit ne ejus quod incertæ personæ legatum erat soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationis hic certissimus iure quoque civili effectus est ut impediat ejus quod ex ea causa solum est repetitionem, l. 13. l. 19. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. Christian. vol. 4. dectis. 50. n. 4. etratque eadem manifeste Pacius hunc locum restringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mysing. non fuit, ut falso existimat Bachovius.

TEXTUS.

Jus antiquum de postumo alieno.

26. *Postumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus postumus qui natus inter suos heredes testatori futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.*

COMMENTARIUS.

* *Postumos esse similes incertis personis; ceterum non per omnia eodem iure cum his censeri.*

2. *Postumi alieni qui, & eorum diversa genera.*

Qui in utero sunt sive postumi, & tam alieni quam sui, in hereditate legitima semper pro jam natis habitus sunt & capaces hereditatis sibi ab intestato delatæ, l. pen. de stat. hom. l. pen. de leg. 1. Verum in hereditatis testamentariis & legatis nemo postumus pro nato initio habitus fuit, propter verba legis XII. tabularum, *Uti quisque legavit* &c. quæ sic à prudentibus, ut etiam ante diximus, accepta sunt, uti quisque certo consilio ac iudicio decreverit &c.

1. Cum enim postumi omnes incertæ sint personæ aut incertis personis similes, contra legem fieri visum est si aut heredes insiduerentur aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id à testatore factum esset, ignoratæ & an

nascituri sint & quales nascituri & quot nascituri. Paulatim tamen disputatione rati propter utilitatem & non sine magna ratione receptum, ut postumi sui recte heredes instruerentur & legatum ex testamento caperent. In postumis alienis interpretatione prudentium nihil mutatum: qua de re fusius disputavimus sub §. 2. *Inst. sup. de exher. lib.* Non in omnibus tamen eandem rationem postumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ postumo, ex eo apparet quod fideicommissum postumo alieno utiliter relinquebatur, l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de jur. codicill. ceteris incertis personis inutiliter. Et vero non est postumus plane similis tali personæ quam testator omnino incertæ & cæca cogitatione animo suo subjicit; sed magis & quodammodo similis iis quos nunquam vidimus, qui etiam heredes insitui possunt, §. ult. *Inst. sup. de her. inst.* Ceterum quod hic Justinianus ait, postumo alieno jure antiquo inutiliter legari; sic obrat l. 6. de reb. dub. nam in calce præcedentis legis §. proponitur quis rogatus hereditatem restituere postumo suo vel alieno; & mox continenter in l. 6. sequenti, postumus heres instituitur vel cui legatum relictum est. Respondendo, sunt loci isti diversorum auctorum; ac proinde necesse non est ut quod in uno dicitur de postumo vel suo vel alieno cui hereditas restitui jussa est, repetatur in altero in quo simpliciter proponitur postumus heres instituitur aut legatum postumo datum; nec illud etiam eo loco quaeritur, an cum postumo, & cum quo testamenti factio sit; sed an & quando postumus partem faciat.

Inter suos heredes testatori futurus non est] Postumus suus & alienus sic inter se opponuntur, ut suus postumus dicitur qui si vivo testatore nasceretur in potestate ejus esset primumque ab eo gradum in familia obtineret: uno verbo, qui nasceretur testatoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui aut emancipati postquam uxor jam concepta, §. pen. *Inst. sup. de tutel.* §. 2. rit. præc.

2. Postumi alieni, omnes qui si vivo testatore nascantur aut in ejus potestate familiarum non nascuntur, aut non nascuntur proximo ab eo gradu: uno verbo, qui sui aut inter suos non nascuntur. Horum autem diversa sunt genera & varii gradus. Primum postumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem superstitem in potestate habebat; quamdiu enim filius in familia manet nepos ex eo suus heres avo non agnascitur, §. 2. *Inst.*

Inst. sup. de exher. lib. d. §. 2. præc. tit. §. 2. *Inst. de her. ab intest.* At enim quia aliquando fieri potest ut hic nepos postumus suus heres testatori agnascatur, puta si filius vivo testatore decesserit, pro suo hæcenus habebat atque ex formula Galli heres institui potuit, l. 29. de lib. & post. Magis alienus postumus est nepos conceptus ex filio emancipato, hoc text. in quo etiam ob causam jam dictam hujus tantum nepotis postumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii qui in adoptiva familia est, l. 1. §. 8. de vent. in poss. miss. & qui nasci speratur ex testatoris filia, §. ult. *Inst. sup. de pat. pot.* Eadem porro ratione postumus matri alienus est postumus, puta si caso utero extractus fuerit, l. 6. fin. pr. de inoff. test. & avia, qui in ventre est filia, aut uxoris filii; & adhuc magis alieni qui nascituri sunt ex agnatis aut cognatis, l. pen. de leg. 1. d. l. 6. de inoff. Postremo alienissimi & maxime extranei, qui neque legitimi futuri sunt neque cognati, l. 6. de vent. in poss. miss. Hos autem omnes Justiniani definitio complexa est.

TEXTUS.

Jus novum de personis incertis & postumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta; cum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur non solum in hereditatibus sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo iudicio debet qui pro tutela sue posteritati cavere.*

COMMENTARIUS.

Hujusmodi species sine justa emendatione] Dubium est utrum indistincte hoc referendum sit ad speciem de incertis personis de quibus superius egit, an vero tantum ad speciem de alieno postumo cujus proxime meminimus in §. præc. Sed recte plerique Interpretantur, Justinianum loqui in universum de specie incertarum personarum quas hæcenus commemoravit; atque hoc dicere, constituisse se ut & postumo alieno & ceteris personis incertis qua modo eventus postea demonstravit legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur quod scriptum est in

§. 25. *huj. tit.* incertis personis legari olim concessum non fuisse: quod stulte diceretur si ne nunc quidem id concessum esset constitutione Justiniani. Habemus etiam certissima hujus rei argumenta in hoc ipso §. que in progressu indicabimus. Hoc tamen dubium adhuc relinquitur, quatenus scilicet vis illud quod de incertis personis recensuit emendari. Non enim dicit se id jus penitus sustulisse, sed non penitus relinquisse in emendandum. Ex verbis quidem Justiniani nihil hic colligere possumus, quam hoc eum constitutione sua cavisse, ut incertitudo personæ cui quid legatum est, non amplius vitiet legatum si ulla ratione vel nunc vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit. Sed tamen non semper id admittendum videtur. Quid enim si eventus incidit in eas personas mortuo aut ignorante testatore quibus verissime non est specialiter eum legatum fuisse? Finge sic esse legatum, *Qui filiam suam filio meo collocaverit, ei heres meus centum dato*; et eum collocasse ignorante testatore qui inimicus testatori fuerit, qui pessime de eo meritis, qui sit infamis aut vitæ flagitiosus: non putarem huic quidquam ex hujusmodi legato deberi, ne nunc quidem post constitutionem Justiniani. Certius vero de re tora constitui posset si constitutio ad quam hic relegatur extaret; sed in Codice quo nunc utimur desideratur. Græcam fuisse verisimile est, omissamque à Latinis descriptoribus interdidisse.

Non solum in hereditariis] Ergo olim nec heres insitui incerta persona potuit: quod etiam discrete scriptum est ab Alp. in *fragm. tit. 22. §. 3.* De postumo tamen alieno testator ipse Justinianus §. *reg.* potuisse eum & antea heredem institui. Ceterum hoc quomodo accipiendum sit ibi declarabimus.

Et fideicommissis] De fideicommissis cautum propter personas incertas, §. 25. *huj. tit.* nam postumo alieno etiam antea fideicommissum relinqui potuit & evincitur ex l. 2. de jur. cod. l. 5. §. ult. de reb. dub. Et hoc certum argumentum est, Justinianum non solum de postumo alieno cavisse sed de ceteris quoque personis incertis.

Tutor autem nec per nostram const. incertus dari] Hic iterum locus ostendit verum esse quod diximus Justinianum in constitutione cujus hic memini emendasse jus de personis incertis non solum postumum; male enim alioqui in ea tutorem incertum exceperet. Quod autem exceperit tutorem incertum atque in

eo jus vetus conservari voluerit, l. 20. de test. tut. ad cautionem pupilli pertinet; quippe cuius interest ne incerti aut ignoti de quorum fide diligencia ac moribus testatori constare non potuit ad tutelam admittantur, maxime sine satisfactione à qua tutores testamentarii immunes sunt. Cui adde, quod in delatione tutelae nullum lucrum veretur quod ea suscepta tutor consequatur.

TEXTUS.

De postumo alieno herede instituto.

28. Postumus autem alienus heres institui & ante poterat & nunc potest; nisi in utero ejus sit que jure nostro uxor esse non potest.

COMMENTARIUS.

1. Quomodo accipiendum quod hic ait Justinianus, postumum alienum etiam antea heredem institui potuisse.
2. Confutatur Alciatus & Bachovius qui putant huc loco deesse negationem.

ETSI, ut superius dixit, antea ita jus fuit ut postumo alieno inutiliter legaretur; nihilominus tamen, ut nunc hic ait, heres institui is postumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis que supra relatæ sunt de inutili institutione postumi alieni & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Justiniano facta. Tum si antea postumus alienus heres institui potuit, quid opus fuit addere etiam nunc eum institui posse? an quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? Nullo modo; proficere enim expresse se antiqui juris observationem circa incertas personas & postumos alienos emendasse etiam in hereditibus, significans sua demum illa constitutione effectum ut etiam postumus alienus recte heres institueretur.

1. Sed sciendum est neutrum jure civili in persona postumi alieni valuisse, sive heres institutus esset sive legatum ei datum; ceterum legatum etiam jure prætorio insuper habitum, cum eo jure institutio postumi alieni ut favorabilior sustineretur, institutum; quæ prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, *infra. pr. tit. Inst. de bon. posses. l. 6. de inoff. testam. l. 1. §. 12. de vent. in poss. mitt. l. 3. de honor. poss. sec. tabb.* Quamobrem Interpretes fere

omnes hac verba Justiniani, & ante poterat, & nunc potest, sic acceperant: ante poterat jure prætorio, nunc potest etiam jure civili, ex constitutione scilicet Justiniani, ut cum utrumque intelligi non possit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectû; cum parum referat ad vim tabularum utrum hereditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti possit: quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat quod Justinianus loquitur de herede instituto quod verbum est juris civilis; sic enim loqui eum necesse fuit ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum de quibus antea egerat. Et quid prohibet quominus dicatur jure facta institutio quæ jure prætorio sustinetur? Sane Ulp. in d. l. 6. de inoff. test. l. 1. §. 12. de vent. in poss. mitt. cum de postumo alieno loquens, eum heredem scriptum aut heredem institutum namque, secundum tabulas habere scripsit, nihil aliud significat quam postumum alienum jure prætorio recte heredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet hujusmodi institutionem jure fieri, l. 25. §. 1. de lib. & postum. quæ species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit Ant. Fab. 9. conj. 2.

2. Dominus Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcæum Institutionum fidem existimat huic loco deesse negationem, & legendum, Postumus autem non alienus, id est, suus: quod jam olim etiam tentavit Alciatus 9. parerg. 1. Sed errare eos aperte ostendit subjecta exceptio, nisi in utero ejus sit que jure nostro uxor esse non potest: quæ exceptio necessario intelligenda est de postumo alieno, sive cum accipias de postumo qui in utero sit ejus mulieris quicum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetræ, quæ perpetuam voverunt castitatem; sive etiam de eo postumo qui ex ea muliere & testatore nasciturus est quæ illius uxor esse prohibetur, propter cognitionem puta aut afinitatem, aut quia alii nupta: quippe quod ex his nascitur vivo testatore in potestate ejus nasci non potest; estque turpis hujusmodi institutio ipsaque jure non valet, l. 9. §. 1. de lib. & postum. Jam vero stultissime excipitur postumus alienus si id quod præcedit ad postumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum duntaxat. Miror quoque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptionem etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Ceteris Bachovii argu-

mentis quisvis facile occurrit qui modo hæc nostra atente legerit.

TEXTUS.

De errore in nomine legatarii.

29. Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cum de persona constat nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus servatur; & recte. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur nihil interest.

LL. 9. tit. 9. & 13. tit. 3. Part. 9.

COMMENTARIUS.

1. Subtilius ac diligentius quam passim explicata differentia nominum propriorum.
2. Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum cum de persona constat. Et n. 5.
3. Nec errorem in nomine proprio rei legata vitiate legatum; & cur vitiet error in nomine appellativo?
4. Quia si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit.

TRACTATIONE de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideo subjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus 2. de cond. & demonst. item tit. Cod. de fals. caus. adj. leg. cum 2. reg. ad quos vid. D. Tudel. & Perez. add. Christin. vol. 4. decr. 49. Nos etiam quadam subtilius atque accuratius quam illi fecerunt explicabimus.

1. In nomine, cognomine, prænomine, agnomine] Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus distincte expressit l. 4. C. de test. & Charisius Grammaticus ita scribit: Propria nomina in quatuor species dividuntur: prænomen, nomen, cognomen, agnomen; ut Publius, Cornélius, Scipio, Africanus. Prænomen est quod nomini præponitur ut Publius. Nomen quod familia originem declarat, ut Cornélius. Cognomen quod nomini subjungitur, ut Scipio. Agnomen quod extrinsecus adici solet, ut Africanus. Hæc ille. Plura etiam ejusmodi apud Romanos videmus, ut Marcus Licinius Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornélius Scipio Asiaticus. Charisius autem non satis distincte videtur rem ipsam explicasse.

Tom. I.

Prænomen erat nomen cujusque proprium; ut Marcus, Lucius, Paulus, Publius. Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes qui ex eadem gente erant eodem nomine appellabantur; verbi causa, qui ex gente Cornelia omnes Cornélii, qui ex gente Valeria omnes Valerii nominabantur. Cognomine singule familiarum in quaque gente distinguebantur, idemque omnium qui ejusdem familie erant cognomen erat; ut in gente Cornelia qui ex familia Scipiodum Scipiones, qui ex familia Lentulorum omnes Lentuli &c. Agnomen dicebatur quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Asia oppressa cognomen acceperunt, quamquam ejusdem essent familie teste Cicero pro Muræ. quo tamen loco non agnomen illud sed cognomen vocat. Idem lib. 2. de offic. cap. 16. Divitiem Crassi, & libro de senect. cap. 2. Sapientem M. Catoni cognomen fuisse scribit. Apud nostros quoque tantum nominis, prænominis & cognominis mentionem fieri reperio, l. 1. de lib. & post. l. 21. §. 1. qui test. fac. l. 8. §. 2. rec. tabb. Unde apparet Veteres appellativum cognominis etiam agnomen completi, etsi hæc interdum distinguant. Cicero lib. 1. de invent. cap. 9. Nomen cum dicimus, inquit, cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet. Non fuerit autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippe quibus plerisque cruisse constat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuo uti consueverunt; ut L. Cornélius Syllas C. Julius Cæsar; M. Tullius Cicero. Theophilus hanc rem Græcis parum cognovit, ut potest, declarat, scribens nomen esse τριτοῦ βίου (præcipuum nomen), prænomen quod nomini præponitur à majoribus vel benefactoribus assumtum. Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiae sive agnomen hereditarium à parentibus aut amicis proprium nomen mutatur quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptismi initiamur & in Ecclesiam recipimur. V. N. Omnibus Romanis fuisse cognomen haud facile demonstraveris. Allud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio observavit Plutarchus in vita Marii ab init. Sic & femina, eodem teste, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia; immo & prænomen, ut à Perizonio, Spanhemio alisque demonstratum est, sed nullum cognomen. Sed & id observandum, genti Sulpicia bina semper fuisse prænomina: alterum commune Servius, alterum proprium

Bbbb

ut

ut *Cajus Marius* &c. Adoptivi plerumque re-
tento prænominis assumebant nomen patris
adoptantis & cognominis loco addebant no-
men gentis ex qua prodierant, inflexum in
Anus &c. *M. Julius Octavianus*. Sed hæc
tamen non semper ita se habuisse permul-
tis exemplis ostendit vir summus *Ex. Spanhe-*
mius de usu & præst. numismar. *HEIN.*

2. *Cum de persona constat*] Sive quis he-
redem instituit sive alicui quid legat, personam
heredis & legatarii demonstrare oportet.
Demonstrantur personæ citra controversiam
suo nomine; cæterum & aliis rebus demon-
strari possunt, & si aliis demonstrantur
valet institutio & legatum petinde ac si pro-
prio nomine demonstratæ essent, *l. 9. §. 8. de her. inst. l. 8. §. 2. ff. de bon. post. sec. tabb. l. 4. C. de testam. & generaliter in omnibus parebus juris demonstratio vice nominis fungitur, l. 6. de reb. cred. l. 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & post. Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit errante in nomine testatore, nihilominus & institutio & legatum valet, perindeque habendum sit quasi nomen omnino adjectum non esset, dummodo certum sit demonstra-
tione testatoris de quo ille senserit. Ut enim cetera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore ut certo appareat quem ille intellexerit, *d. l. 9. §. 8. de her. inst.* pro non dicto enim est aut pro non scripto quod ita dictum scriptumve est ut non intelligatur, *l. 2. de his que pro non script. hab.* Finge ergo hoc modo vel instituisse, *Cornelia sororis meæ filius heres esto*; vel legasse, *Cornelia sororis meæ filio fundum illum de lego*; si soror unum tantum filium habeat, hic quia satis apparet quem testator designavit valet institutio & legatum. Idemque est si sic dixerit, *Cornelius sororis meæ Cornelii filius heres esto*; aut, *Cornelia sororis meæ Cornelie filio centum lego*; etiamsi enim non Cornelio sed Sempronio nomen sit. Porro dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur nihil interest. Nam & sic recte heres nuncupatur indicio digiti; *Hic mihi heres esto*, cum præsens est qui ostenditur, *l. 58. de her. inst.* Denique & sic queque recte demonstra-
tur, *Cujus nomen in codicillis scripsero ille mihi heres esto*, *l. 10. de cond. inst. cuiusmodi demonstrationes in legatis vel magis vale-
re debent.**

3. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, veluti si fundum *Cornelianum* pro *Semproniano* nominaverit, utile

est legatum, & debebit *Sempronianus* si constet hunc legatum esse, *l. 4. de legat. 1.* Et convenienter si quis cum unum tantum servum haberet dixerit, *Servum meum Stichum de lego*, valebit legatum licet servo *Davus* non *Stichus* nomen sit, arg. *§. seq. Plane* si quis cum vestem legare vellet supellectilem scripserit putans vestem appellatione supellectilis contineri, placet nec supellectilem nec vestem deberi, ubi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat. 1.* Quis Jurisconsultus differtentia hæc rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia sint, hominum mutabilia. Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa, hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa repetita sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt & pro arbitrio singulorum & imponuntur & mutantur; illa immutabilia, quia publica & communia, *l. 7. §. 2. de suppl. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis sultus & intolerabilis. Est etæ sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia sicut (*impositione*) constant, & ita pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: inde nec rei *essentia* (*essentiam*) sed tantum differentiam *inveniens* (*essentia superadditum*) indicant. Appellativa autem fere *quæsi* (*naturæ*) constant, id est à natura vim suam habere videntur, saltem prima quæ sunt *ἀρχαῖα καὶ στοιχία*, id est principia & elementa reliquorum. Sane *Cratylus* apud *Platonem* existimat, majorem quandam vim quam humanam prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi imposititia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prouderent sive temere *ἀπὸ τοῦ ἀτυματυ* (*sponte*) imposita sunt, non sunt tamen arbitraria ut ex singulorum opinione exaudiri debeant sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc quam prima ipsam rei substantiam indicant. *Vinn.* Sed non temere hæc quisquam cum *Cratylus* apud *Platonem* existimat vocabula *φύσει* (*naturæ*) significare non ex impositione hominum. Nec opus tam subtili ratione quam prior reddi possit. Nomen proprium uni datur, appellativum pluribus commune est vel personis vel rebus. Si quis itaque per errorem supellectilem pro veste scripserit neutrum debetur: non vestis, quia hujus non fit mentio; non supellex, quia de hac non sensit vocabulo hoc pluri-

bus

bus rebus quam vestibus conveniente. Ast si *Davum* pro *Sticho* dixit & unus tantum testator addit, facile adparet de quo senserit testator, quia nomen proprium servile non nisi uni servo suo competere potest. *HEIN.*

4. De illo quaesitum est, an non saltem valeat legatum si res cum oculis subiecta esset à testatore demonstrata sit, utur alieno nomine eam appellaverit; veluti si cum equus præsens esset ita legavit, *Hanc bovem Titius de lego*. Doctores comm. probant sententiam *Accursii* in *l. 65. de verb. obl. existimantis* valere atque equum deberi: quod tamen mihi minime consentaneum videtur ei quod scribit *Paulus l. 3. de reb. dub.* nimirum cum qui aliud dicit quam vult, neque id dicere quod vult significat, quia non vult; neque id quod vult, quia id non loquitur: convenienter plane sententiæ sive *Servii* sive *Celsi*, non videri quemquam id dixisse cuius non suo nomine usus sit; aut, quod idem valet, neminem videri sensisse quod non dixit; quamquam *Tubero* plus hic tribuebat voluntatis, *l. 7. §. 3. de supellect. leg.* Quamobrem magis est ut tale quoque legatum inuile haberi debeat, atque aequè sultum ac derisorium ut illa de quibus in *l. 4. de legat. 1.* quod etiam *Mysingero* verius videtur. Sane si quis chartas librorum appellatione aut contrâ complexus esse dicatur, locus esse potest quaestioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. 52. §. 4. de legat. 3.* Quin etiam generaliter id admittendum putem si aliquo colore usue loquendi vocabulum quo testator usus est ad id quod voluisse dicitur extendi potest, arg. *l. 9. de erit. vin. ol. leg.*

Significantiorum hominum gratia] Ratio elegans. Si enim nomina in hoc inventa sunt ut per ea commodius personæ designentur, profecto nec ommissio nominis nec error in nomine legatarii si aliunde de persona ejus certo constat legatum vitare debent; & recte *Pedius* nihil retere dicebat proprio nomine res appellatur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstratur, quoniam vice multa fungatur quæ tantumdem præstant, *l. 6. de reb. cred.*

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

30. *Hic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi: veluti si quis ita legaverit, Stichum servum meum*

vernam do lego: licet enim non verna sed emtus sit, si tamen de terro constat utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit Stichum servum quem à Sejo emi stique ab alio emtus, utile est legatum si de terro constat.

L. 19. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. *Regulam hoc loco traditam esse temperandam, nisi quid aliud legato obstat præter falsitatem demonstrationis: quod veris exemplis demonstratur.*

Quod in errore nominis personæ legatarii aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit legatum tamen ob id non vitietur; modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni que extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii vel in re legatæ demonstranda alicui erratum sit, tamen perinde legatum valet ac si nullus error intervenisset, dummodo constet cui legare aut quam rem legare testator voluerit, *l. 17. in pr. §. 1. l. 33. cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. de reb. cred. l. 34. de cond. & dem.* Eoque respicit *Justinianus in probuj. §.* cum ait proximam esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi*. Habet aut hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstat præter falsitatem demonstrationis.

1. Etiam si demonstratio certam rem aut summam indicet sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperitur, inutile hoc esse legatum traditum est; ut ecce, testator ita legavit, *Centum qua in arca habeo Titio lego*. Si hæc in arca nulla sit placet nihil deberi, quasi certum corpus quod in rerum natura non est legatum sit, *l. 108. §. 10. de legat. 1. l. 1. §. 7. de dot. præl. junct. l. 34. §. 4. de legat. 1.* prius enim esse debet quod legatur quam legatum valeat ut dici possit falsa demonstratione non perimi, *l. 40. §. pen. de cond. & dem.* Item si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatatis, neque *Titius* quidquam debeat, placet nullum

Bbbb 2

1c

legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione quia non apparet quid quantumve legatum sit, l. 75. §. 1. de leg. 1. Et eadem igitur ratione inutile erit & hoc legatum, *Quod Titio debeo ei lego*, si testator neque debeat neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit: *Decem quia Titio debeo ei lego*, nec quidquam Titio debeat legatum sit utile; quia falsa demonstratio legatum non vitiat, d. l. 70. §. 1. de leg. 1. l. 25. sub fin. de lib. leg. Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen ne sic quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum que Titio debeo Sempronio lego*, constat hoc legatum inutile esse etiam si verum sit centum Titio deberi, quoniam debitor id quod ipse debet alii quam creditor legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit legatum valebit: nam quod inutile foret legatum de tracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum que mihi debet lego*, cum Titius nihil deberet: responsum est nihil hic item esse in legato, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, d. l. 75. §. 2. d. l. 25. vers. quod si sic. Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum quam liberatio: quia legato hoc continetur, ut si heres petat exceptione removeri; si non petat ultro pulsari possit ut debitorem liberet, l. 3. §. 3. de lib. leg. Neutri vero horum locus esse potest ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum que Titius ei debebat legaverit Sempronio, dicendum erit inutile esse legatum si nihil Titius debebat; d. l. 75. §. 2. quippe nec hic legatum centum qua heres det, sed actio quam præstet adversus Titium; hoc enim legato nominis continetur ut heres actiones suas præstet, nullas vero habere aut præstare potest adversus eum qui nihil debet: quod Jurisconsultus in d. l. 75. §. 2. breviter his verbis significat, *erit enim debitor debet*.

Stichum servum meum vernam] Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verba servus domi ex ancilla natus, *σικχίου* (domi genitus) *εικοναφίς* (domi educatus): quod nomen Festus à vere deductum putat, quod id tempus duce natura factura est. Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua*. *verve vernacula*, id est *εικοναφίς* (propria regionis). Cic. 5. in Ver. cap. 61. *vernaculum crimen pro domestico*.

Cæsar cap. 7. *de bello Hispan. vernaculus Pompeii legiones pro propriis dixit*.

Stichum servum quem à Sejo emi] Aliud ejusdem generis exemplum ex l. 17. §. 1. de cond. & dem. ubi & aliud occurrit, veluti si ita servum demonstratus sit, *Stichum tutoris*; *Stichum cocum Titio lego*. Licet enim neque tutor neque cocus sit ad legatarium pertinere dicitur si de eo sensisse testatorem appareat. Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ. Idem vero etiam obtinet si in persona legatarii designanda quid erratum sit aut falso demonstratum, puta circa corpus vel artificium vel officium vel patriam vel necessitudinem vel affinitatem, dummodo de persona ejus constat cui testator legaverit, d. l. 17. §. 1. l. 35. & l. 1. de cond. & dem. Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obicit legato quam falsa demonstratio, non etiam error qui obest voluntati, qualis pleurumque nascitur ex errore sanguinis; nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, arg. l. 4. & 7. C. de her. inst.

TEXTUS.

De falsa causa adjecta.

31. *Longe magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cum quis ita dixerit, Titio, quia me absente negotia mea curavit Stichum de lego, vel ita, Titio quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum Stichum de lego. Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa aliud juris est; veluti hoc modo, Titio si negotia mea curaverit fundum meum de lego.*

L. 20. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. *Cur longe minus falsa causa legato adjecta nocere dicatur quam falsa demonstratio.*
2. *Causam in futurum cellatam sive modum hoc non pertinere.*
3. *Qua ratione legatum in proposito ruitineatur.*
4. *Insigne hujus juris temperamentum.*
5. *Qua in re conditio & modus convenient & discrepent.*

Quod juris est, ait Gajus, in falsa demonstratione hoc vel magis est in falsa causa, l. 17. §. 2. de cond. & dem. Causa

nostris dicitur causa præterita seu ratio propter quam aliquid datur aut fit, l. 52. de cond. ind. causa irritatrix quam dialectici *προκαταστατική* (primariam) vocarent; alias *ἀπορητή*, occasio, causa impellens dicitur. Igitur causa, id est ratio legandi etiam si falsa sit legata non obstat.

1. Sed cur ait longe minus falsam causam legato adjectam nocere quam falsam demonstrationem? Puto idcirco quia nomen & demonstratio cum legato coherent, adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam; & sine ulla causa legati & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus, l. 72. §. 6. de cond. & dem. cum ideo ait falsam causam legato non obesse, quia ratio legandi legato non coheret.

2. Causa quæ in futurum conferitur modo appellatur; veluti, *Centum lego ut opus extruatur &c.* d. l. 17. §. ult. ff. de cond. & dem. tit. C. de his qua sub mod. leg. Ea autem huc non pertinet; quia quod sub modo legato est perinde fere habetur ac si sub conditione relictum esset, l. 92. ff. de cond. & dem. l. 1. C. d. tit.

3. *Legatum tamen valet*] Donare etiam nihilominus testator voluit aut saltem voluisse præsumitur: quippe qui scilicet se ob negotia sua gratis gesta aut patrocinium sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, arg. l. 82. de reg. jur. l. 52. l. 65. §. 2. de cond. ind. Cum igitur gratuitam mereque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evocare falsitas occasio quæ primum provocaret ad legandum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid dederit, quod negotia sua adjuncta putabat falsa licet persuasionem, datum consistit nec repeti potest, d. l. 52. de cond. ind. redditurque hæc ratio in d. l. 65. §. 2. eod. quia qui dedit donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, arg. l. 12. de reg. jur. Vinn. Accedit & alia ratio legatis propria. Legare, ut supra ex Ulpiano demonstravimus, est legis modo aliquid relinquere. Testator itaque est instar legislatoris. Hujus autem lex obligat tametsi falsa ratione munita, quia jam ipsa legislatoris voluntas pro ratione est. Recte Puffendorffius de jure nar. & gent. lib. 1. cap. 6. §. 1. *Lex licet & ipsa suis non debeat carere rationibus; hæc tamen proprie causa non sunt quare ipsi obsequium præstetur, sed potestat præcipientis, qui ubi voluntatis suæ decretum significavit obligationem subdito adfert,*

omnino juxta præscriptum suum faciendi, etsi fors ipsi rationes præcepti aut ita liquido appareant. Ita ergo & heredi necessitas imponitur voluntatem testatoris tamquam legislatoris adimplendi, si vel maxime hic rationem vel nullam vel falsam adjectic legato, HENR.

4. Ceterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit l. 72. §. 6. de cond. & dem. nisi heres probet testatorem legatum non fuisse si verba cum adjectic falsam esse scivisset. Causa Papinianus sunt, sed plerumque doli exceptio locum habebit si probetur alias legatarum non fuisse: quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum nunquam ita vitiat qui summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa; tamen plerumque fieri ut perentem legatarium heres summoveat exceptione doli mali, docens testatorem solius causæ quæ adjecta est gratia legatum relinquisse alias non fuisse legatum; id vero sæpe probatum non est usque adeo difficile. Quid enim si testator aliquando apud amicos aperte dixerit se, si, verbi causa, Titius negotia sua non curasset nihil habere cur ei quidquam relictum vellet; vel se facere non potuisse quin egregium officium sibi à Titio præstitum legato alioque remuneraretur, aliam legandi causam non habuisse; vel hoc unum se movisse ut Titium legato honorare, quia restitutionem sibi à Principe impetrasset, alias nihil se illi legaturum fuisse? Denique quotiescumque probari potest tamquam compensatione accepti beneficii legatum datum esse locus erit exceptioni doli: quippe quæ omnibus obstat qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt, l. 3. §. ult. de adm. leg. l. 4. §. 10. de dol. mal. except. Et ideo si quis cum Titio quadam sua negotia peregre curanda commisset, atque existimans ea diligenter curata esse centum eidem Titio legaverit cum adjectione hujus causæ, quam falsam esse & negotia illa neglecta heres doceat: putarem hic etiam perentem legatarium obstaturam doli mali exceptionem.

Conditionaliter enunciata] Si causa conditionaliter hoc modo enunciata fuerit, *Titio si negotia mea curavit fundum lego*, causa legato ipsa conceptione coheret; & si falsa est fit ut voluntas legato desit & legatum sit inutile, l. 17. §. pen. de cond. & dem. nam conditiones quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, §. penult. Inst. infra. de verb. obi. Itaque hoc causa legatum non debet ipso jure; & coque nec

exceptio adversus petentem desiderabitur.

5. Conditioni affinis est modus; utrumque enim futurum aliquid spectat. Nam si hac legandi formula testator utatur: *Titio centum do lego ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, d. l. 16. §. ult. si ita dixerit, *Do lego ut monumentum faciat*, est conditionale. Effectu autem inter hæc multum interest; nam legatum sub modo relictum purum est & statim peti potest, præsertim scilicet cautione de re restituenda si modus non impleatur; sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit extinguitur, *ll. 3. §. 4. C. de cond. inert.* quamquam non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur. Nam si qua earum quæ in non faciendi consistunt collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo statim representatur relictum, dum is caveat nihil se ejus facturum quod testator vult; si contra fecerit rem unâ cum fructibus restitutam ei ad quem jure civili deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio quod à Q. Mucio inventa est & composita, Mucia dicta; atque in hereditibus quoque locum habet, l. 7. l. 18. de cond. & dem. Plura de conditionibus insertis D. Tulden. & Perez ad tit. de fals. caus. adj. §. 2. seqq. Christin, vol. 5. decir. 49.

TEXTUS.

De servo heredis.

32. An servo heredis recte legemus queritur; & constat pure inutiliter legari, nec quidquam proficere si vivo testatore de potestate heredis exierit; quia quod inutile foret legatum si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur servo, ut requiramus an quo tempore dies legati cedit in potestate heredis non sit.

L. 8. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Hujus & sequentis §. exiguus hodie usus est servitute jam sublata. Proponuntur duæ questiones contrariæ una hoc §. an servo heredis recte legatur; altera §. seq. an recte legatur domino servi heredis instituti. Pure inutiliter legari] Quod servo legatur

ipsi domino legari intelligitur, l. 31. de her. inst. proinde si servo legetur vel ipsi heredi à semetipso legatur: quod à juris ratione alienum est, *ll. 18. §. 1. de legat. 2.* Ulp. in fragm. tit. 24. §. 20. neque natura patitur ut idem sibi & creditor sit & debitor, quod fieri necesse est si servo heredis legari volumus; nam heres hic & creditor sic oportet quia dominus legatarii, & debitor quia heres testatoris. Hinc quotiescumque accidit ut creditoris & debitoris jura in eandem personam concurrant confunditur obligatio & necessario extinguitur; quia nemo sibi obligatus esse potest, l. 75. ff. de solut. l. 7. C. de pass.

Si vivo testatore de potestate] Utrum quod pure relictum esse valeat necne ex tempore facti testamenti estimandum, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testatore ex postfacto convalescere non patitur, l. 1. de reg. Car. Atque in proposito si statim testator decedat vires habere legatum non potest. Decedat ratione supra dictum est, cum res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideo non convalescere etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit, §. 10. sup. hoc tit.

Sub conditione vero recte] Quod legatum per conditionem suspenditur, id in incerto est aliquando valiturum sit, necne; ut dici non possit tempore testamenti valere aut non valere; & ideo placet Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, l. 4. de reg. Car. quæ hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore sed post aditam hereditatem cedit, l. 3. eod.

An quo tempore dies legati cedit] Dies legati sub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, l. 5. §. 2. quæquid dies leg. id est legatum sub conditione datum non ante deberi incipit quam conditio exierit, l. 213. de verb. sign. atque ex eo demum tempore vires hujusmodi legatum capiti; ut proinde etiam satis sit cum conditio exierit rem in eo statu esse ut possit vires capere: quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate heredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in heredis sit potestate proculdubio legatum nullum est. Sed inquires, etiam in casu præcedenti contingere potest ut die legati cedente servus non sit in potestate heredis; potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati pure relicti cedit, ab her-

rede manumitti aut alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri ita spectari tempus mortis ut id tempus vi & potestate regulæ Catonianæ conjungatur cum tempore testamenti facti, perindeque omnino habeatur licet diutius testatorem vivere contingat, ac si statim testamenti facti tempore decessisset. Ex quo est, quod nec ad nulla legata regula pertineat quorum dies non cedit tempore mortis, l. 3. de reg. Car.

antequam jussu domini hereditatem adierit manumissus vel alienatus fuerit utile esse legatum; si vero in eadem causa manserit & jus legatarii adierit evanescere propter confusionem cum hereditate, quo fit ut in eum casum deducatur unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est, à filio herede patri etiam pure legari posse, l. 25. l. 91. in pr. de legat. 1.

TEXTUS.

De domino heredis.

33. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur non dubitatur. Nam etiam statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit dies legati cedere intelligitur cum hereditas à legato separata sit, & potuit per cum servum alicui heres effici prius quam jussu domini adeat in alterius potestatem translatus sit; vel manumissus ipse heres efficiatur; quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa remanserit & jussu legatarii adierit evanescit legatum.

L. 8. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Hæc species superiori contraria est. Ait, etiam sine conditione recte legari, hac ratione quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum qui heres sit non cedit: innuens legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hereditatem ad heredem ejus transmitti; sed non cedere apud heredem, ut in casu superiori cum domino herede instituto servo ejus legatur: quippe dominum non recta per servum heredem fieri, sed ita si jussu ejus hereditatem adierit: posse autem fieri ut servus institutus priusquam jussu domini hereditatem adeat vel manumittatur vel alienetur, atque ita vel sibi vel alteri domino ejus jussu adierit hereditatem adquirat, maneatque sic hereditas à legato separata. Cum itaque hic legatum & hereditas decedente testatore statim in eandem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hereditatis cum legato confusio, ut superiore casu legatum cum hereditate placet legatum inter in suspensio esse; & siquidem servus

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus scripturæ ordinem quidem legi (quod & ipsi antiquissimi veterandis fuerat vitium) sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, ut licet & ante heredis institutionem, & inter medias heredis institutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem legatus usus favorabilior est.

Summa tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante heredis institutionem relicta. Et nam. 2.

Sequitur hujus tituli caput ultimum, in quo aboleritur quedam juris veteris scrupulositates quæ circa formam legandi observabantur; & nimirum hæc tres, quod ante heredis institutionem, quod post mortem heredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

1. Ante heredis institutionem] Olim si ab institutione heredis initium testamenti factum non esset legata ante institutionem heredis relicta inutilia erant; veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset: *Titio centum do lego*; deinde loco secundo: *Sempronius mihi heres esto*: legatum hoc ut præpostero ordine ante heredis institutionem relictum non valebat. Ulp. in fragm. tit. 24. §. 14. Paul. 3. sent. 6. §. 1. Cujus rei rationem hanc affert Ulp. quia potestas testamen-

menti ab heredis institutione incipit: id est, quia per institutionem heredis demum vires robur ac firmitatem testamentum accipit; ut, proinde heredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat; & quod antè relictum tamquam extra testamentum relictum videatur. *extra res diademas (extra testamentum)* ut ait Theophilus. Ceterum hac ratio Justiniani tanti visa non est ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit spretæ testatoris voluntate. Et merito. Sic enim institutio heredis caput & fundamentum testamenti, ex ea testamentum vires accipiat, uti revera accipit, l. 10. de jur. cod. non ideo tamen legatum institutioni heredis præpositum perinde habendum quasi extra testamentum relictum sit; quoniam cum unus continuus testandi actus sit, nihil in eo *ὄψοσι πρὸς τὸν ἀποστολῆν* (preposterum, aut non suo loco scriptum) videtur debet; & proinde vise antecedit legatum sive institutionem heredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti; nec scio an aliam rationem habeat quod olim etiam ante heredis institutionem fideicommissum dari potuit. Ulp. in fragm. tit. 25. §. 6. & §. 3. Inst. sup. qui test. tut. dar. & quod licebat testamentum ordiri ab exheredatione, l. 1. de her. inst. qua de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit eum qui testatur ab heredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

Nec libertas heredis institutionem] Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem quam cetera legata. Excipit Ulpian. testamentum militis, in fragm. tit. 1. §. 15.

2. *Etsi antiquitati*] Ipsi etiam Veteres in plerisque potiorum rationem ducunt voluntatis quam ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt; ut in l. 14. de pec. leg. l. 77. §. 12. de legat. 2. l. 6. de volut. l. 14. de legat. 2. & identidem pronuntiant voluntatem testatoris in testamento totum facere, l. 1. §. 3. de her. inst. l. 12. in fin. de legat. 1. At enim in hac specie quæ non tam ab ordine scripturæ quam à juris ratione dependere visa est non sunt ausi idem definire: quæ tamen profecto nimia fuit scrupulositas. Nam cum illud adminierit ut fidejussor præcedere posset principalem obligationem, §. 2. Inst. inf. de fidejuss. nulla idonea ratio dari posse videtur cur non etiam hoc receperint ut legata præcedere possent institutionem he-

redis; neque enim magis fidejussor sine principali obligatione consistere potest quam legatum sine heredis institutione. Denique cum ut antea diximus actus testandi sit continuus, in eo considerari non oportet quid prius aut posterius fiat; cum totum illud quod fit unus sit unius temporis actus, l. 2. §. ult. qui test. fac. quod & D. Wesembecius notat.

Per nostram constitutionem] Non extat alia quæ hujus rei meminit quam illam ad Menam præfectum prætorio in l. 24. C. de testam. qua tamen nihil aliud cavetur quam ut ne vitia in scribendo commissa imperitiæ tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem qua primum atque ex professo jus vetus aboluitum est desiderari. Ceterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse ut ordo qui hic commemoratur à testatore observari debeat, & tantum inversionem ordinis in scribendo à tabulario factam non viciare testamentum falsum esse arguant verba hujus textus, quæ manifeste indicant Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permisisse, ut nihil intersit veterem ordinem servet an à legatis initium sumat.

Et inter medias] Hoc etiam jure veteri licitum fuisse testis est Paul. 3. sent. 6. §. 1. Nostris notarii ineptiam suam produnt dum semper fere à legatis & fideicommissis testamentum incipiunt, quasi putent inverti rerum ordinem si heredis institutio quæ tamen caput est & basis totius rei primo loco scribatur. Gomez 1. var. res. 2. n. 52. Jac. Verwey art. test. cap. 16. Vinn. Axioma juris civilis, quod in testamento omnia ab heredis institutione robur ac firmitatem accipiunt Hispanorum leges non admittunt: quin etiam sine heredis institutione quemquam testari posse statutum est l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Præterea hodiernus notariarum mos quem hic sugillat Auctor isdem legibus & præcipue l. 103. tit. 18. Part. 3. comprobatur. ADDIT.

TEXTUS.

De legato post mortem heredis vel legatarii.

35. *Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur; veluti si quis ita dicat, Cum heres meus mortuus fuerit do lego. Item, Pridie quam heres aut legatarius morietur. Sed simili modo hoc correximus firmitatem hujusmodi legati ad fideicom-*

commissorum similitudinem præstantes; ne in hoc casu deterior causa legatorum quam fideicommissorum inveniantur.

COMMENTARIUS.

1. *Cur post mortem heredis aut legatarii legare non liquerit.*

2. *Cur licuerit in tempore mortis.*

3. *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri; cum pater morietur non item.*

Hæc item mera quædam subtilitas fuit quod olim post mortem heredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano in fragm. tit. 24. §. 15. & Paulo 3. sent. 6. §. 4. quam ob causam hinc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

1. *Inutiliter legabatur*] Ulp. d. loc. *Post mortem heredis*; inquit, legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur; & Paul. similiter d. loc. *Post mortem heredis legari non potest, quia nihil ab heredibus heredis relinqui potest.* Credo quia incertum est quinam illi futuri sint; deinde quæ mandare alieno heredi non licet. In universum vero post mortem heredis aut legatarii ideo legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio quæ non coegerat à defuncto vel contra defunctum, in persona heredis vel contra heredem non inciperet, §. 12. Inst. inf. de inur. stip. Jam vero si quod post mortem heredis legatur valere volumus, necesse est obligationem quæ contra defunctum non incipit adversus heredem transire; si quod post mortem legatarii, necesse est ut obligatio quæ à defuncto non incipit ad heredem ejus transeat. Cur igitur, inquit, fideicommissum post mortem heredis relinqui potuit? Ulp. in fragm. tit. 25. §. 6. Resp. Bæne id receptum fuit ut fideicommissum relinqui posset ab herede vel legatarii herede, salva in ceteris superiore regula, l. 5. de legat. 3.

2. *Cum heres meus mortuus*] Aut, *Tisio cum mortuus fuerit do lego.* Enimvero quamvis post mortem legari non potuit, in tempore tamen mortis tam legatarii quam heredis legatum conferri poterat, puta hoc modo: *L. Tisio cum morietur do lego; vel: Heres meus cum morietur damnus esto dare.* Paul. d. loc. §. 5. & Ulp. cod. l. 12. §. 1. de legat. 2. l. 79. §. 1. de cond. & dem. quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipula-

toris utiliter concipiebatur, §. 14. Inst. inf. de inur. stip. Nimirum morienti momentum vitæ attribuitur; quoniam viventes morimur, & mors si non semel tota est, non est; unde fit ut in tempore mortis collata obligatio ante mortem in persona morientis incipiat, & cepta ad heredem transmittatur.

3. Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, l. pen. ff. de collat. l. 15. C. cod. conferre tamen teneatur quod ei legatum est cum pater morietur; quia id non post mortem patris demum adquisivisse, sed moriente patre manenteque adhuc vita cum habuisse interpretatur. Constat autem emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus qui in potestate manserunt quæ moriente patre habuit, l. 6. C. d. tit. Ulp. in fragm. tit. 28. §. 3. add. Cajac. 3. obs. 34.

Pridie quam heres aut legatarius morietur] Existimaverunt Veteres hoc legatum incidere in speciem præcedentem & eum casum quo post mortem heredis aut legatarii legatur. Nam cum illud pridie ante mortem incertum sit, & non nisi postquam jam mortuus est heres aut legatarius sciri possit quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere posse crediderunt quam si expresse post mortem legatum esset. Quam ob causam stipulatio quoque hujusmodi, *Pridie quam moriar; vel, Pridie quam morietur dare spondes?* inutilis erat, d. §. 12. Inst. inf. de inur. stip. Ecce sollicitam Veterum diligentiam.

Correximus] Ex constitutione Justinian etiam post mortem heredis aut legatarii legare licet, uti & stipulatio in tempore post mortem stipulantis aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, l. 7. C. de contra. stip. Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque actiones ab herede bus & contra heredes incipere, l. un. C. ut act. ab her. Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura putata subtilitate consistebat. Cur enim cum legatum in tempore mortis conferre liceat, non liceat in tempore post mortem aut in ante diem mortis? Meræ subtilitatis est momentum mortis vitæ in hac causa attribueret, atque hoc solo colore defendere legatum; aut propter illud verbum *pridie* voluntatem testatoris infirmari.

Quam fideicommissorum] Nam fideicommissa etiam olim post mortem heredis recte

TEXTUS.

Si pœna nomine relinquatur adimatur vel transferatur.

36. Pœna, quæque nomine inutiliter antea legabatur, & adimatur vel transferabatur. Pœna autem nomine legari videtur quod coercendi heredis causa relinquatur, quo magis aliquid faciat aut non faciat, & veluti si quis ita scripserit, Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit, vel ex diverso; Si non collocaverit dato decem aureos Sejo; aut si ita scripserit, Heres meus si servum Scicham alienaverit, vel ex diverso, Si non alienaverit Titio decem aureos dato. Et in tantum hæc regula observabatur, ut quampulcherrimis Principibus constitutionibus vigeficaretur, nec Principum agnoscere quod et pœna nomine legatum sit, nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quomodo alia militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur; quin etiam nec libertates pœna nomine dari posse placebat; eo amplius nec heredem pœna nomine adijci posse Sabinus existimabat; veluti si quis ita dicat, Titius heres esto; si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit Sejos quoque heres esto. Nihil enim intererat qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione an coercendis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, & generaliter ea que relinquuntur, licet pœna nomine fuerint relicta vel adempta vel in alium translata nihil distare à ceteris legatis constitimus, vel in dando vel in adimendo vel in transferendo: exceptis videlicet iis que impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias prohibita. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere testis meorum temporum non patitur.

Vid. l. 3. tit. 4. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Veteris juris quod hic refertur varia rationes.
- 2 Quid sit pœna nomine legare.
- 3 Abrogatio hujus juris cum causa atrogandi.
- 4 Interp. plerisque circa hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint quid sit pœna nomine legare.

1. Tertia hæc species est in qua jus vetus circa formam legandi à Justiniano mutatum. Olim quod pœna nomine relictum erat in ea causa fuit ut qualecumque hoc esset in totum non valerit. Ulp. in fragm. tit. 24. §. 17. fac. l. 22. de cond. & dem. l. 2. de his que ser. nom. Jul. Capitolinus in Anton. cap. 8. Primum constituit ne pœna causa legatum relictum maneret. Neque alia in hac re fideicommissorum quam legatorum causa fuit, Ulp. tit. 25. §. 11. Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theophilus memorat. Primum quoniam in heredis arbitrium hoc legatum confertur; sic autem juris constitutio est ut legatum in potestate heredis poni non possit, l. 47. §. pen. de leg. 1. Deinde quia finis legandi hujusmodi legato obstat; quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficiendi debere, non puniendi aut terrendi heredis causa relinqui; pœna vero causa quod legatum non beneficentia erga legatarium excedere gratia relinqui, sed contra naturam legati odio heredis, ut sit pœna non præmium non honos. Quin & tertia ejusdem juris ratio dari potest, quod scilicet per ejusmodi legata infringebatur libertas facienti quod jure cuique facere licet & licere debet; quod & ipsum jus civile improbat, l. 71. §. 2. de cond. & demonstr. Atque hæc quoque rationem videtur significare Theophilus, cum ait, hoc genus legati modum quemdam præscribere heredibus, καὶ ἴδιαι ἀπορίαι παρὰ τοῦ δικαίου (quem ipsos agere oportebat.)

Adimatur vel transferatur] Exemplum sit: Titio centum de lego. Titius filiam suam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam suam Sejo collocaverit quod Titio legavi non de non lego; vel, Quod Titio legavi Sempronio de lego.

2. Quod coercendi heredis causa relinquatur] Vel etiam quod coercendi legatarii causa adimitur aut transferatur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquando definit Ulp. tit. 24. §. 16. Pœna, inquit, causa legatur quod coercendi heredis causa relinquatur ut faciat quid aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat; id est non ut legatum quod alicui relictum est facilius à legatario percipiatur aut obtineatur. Quæ non definitio docet, non omnem cum pœna nomine legare intelligi quod coercendi heredis gratia legat; sed cum solum qui nullam aliam causam legandi haberet

bet quam ut heres coerceretur: quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus legatum pœna nomine non relictum videri non solum cum heres non constringitur ullo modo, sed etiam cum constringitur aut coerceretur sed alius rei gratia, legati scilicet quod datum est juvandi, aut voluntatis testatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula observatur] Amplificat veterem regulam quatuor modis. (1) Quod etiam Principes in eo quod pœna nomine ipsis relictum erat huic se juri subiciebant. (2) Quod nec ex testamento militis hujusmodi legata debebantur. (3) Quod ne libertas quidem pœnae causa dari poterat. (4) Quod placebat nec heredem pœnae causa adijci posse. Quibus & quintum adijci potest, quod nec fideicommissa quorum longe laxior natura quam legatorum erat pœnae nomine dari poterat. Ulp. in fragm. tit. 25. §. 11.

3. Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit] Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione ea quæ extat in l. un. C. de his que pœna. nom. ut jam quæ pœnae nomine relinquuntur vel adimuntur aut transferuntur non minus valeant quam cetera quæ jure relicta sunt. Et profecto nemini iniquum videri debet eum qui heres instituitur aut legato honoratur pro modo relicti à testatore gravari, aut constringi ut aliquid faciat quod possit facere, & honeste possit: præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam Veteres voluerint, l. 35. §. 3. de her. inst. Humanum tamen esse perlicque visum est, ut heres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur à pœna. Covar. in cap. Rainaldus §. 1. n. 72. de testam. Petgr. lib. 3. de jur. sic. cap. 18. n. 108. Sand. lib. 4. tit. 6. def. 1.

4. Ex his vero perspicuum est errare Interpretes qui putant jam tum tempore mediæ Jurisprudentiæ pœnae nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hic intelligere jus quoddam antiquius eo quod relatum est in Pandictas. Causam errori præbuit quod non intellexerunt quid sit pœna nomine legare. Putant, tale legatum Heres uxori meæ penum dato, si non dederit centum dato: quale legatum circa controversiam semper valuit, l. 1. de pen. leg. l. 1. §. 18. de leg. Falc. l. 19. quand. dies leg. exemplum esse ejus quod pœna nomine relictum est. Verum ex definitione Ulpiani paulo ante à me relata atque illu-

strata facile apparet hoc exemplum ad legatam pœnae causa relicta non pertinere: quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio heredis aut ob eam causam ut heres coerceretur; sed totum apparet relictum & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignorantio est elenchi. Neque necesse est ut cum Cujacio tract. 5. ad Afric. in l. 1. de his que pœna. nom. excipiamus de regula hanc speciem, Heres meus tale monumentum mihi adificato; si non adificaverit centum Titio dato, l. 6. l. 27. de cond. & dem. Nam ne hoc quidem legatum pœnae nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipue testatoris causa relictum est & quo heres provocetur ad faciendum quod testator sibi fieri voluit. Justius movere Interpretes potuit d. l. 1. de his que pœna. nom. Sed jam docti omnes videt locum istum esse interpolatum, Tribonianumque de sacro hæc verba, illicite vel probe, responso Africanis inseruisse, atque in calce item adjectisse verbum ratem, ut subserviret constitutione Justiniani, quæ quidem sublato jure veteri permittit pœnae causa legari sed excipit quæ illicita prohibita vel impossibilia sunt. Vinn. Immo id non adeo exploratum est Eruditissimam l. ff. de his que pœna. caus. esse à Triboniano interpolatam. Porius vir illust. Corn. van Bynkersh. de legat. pœna. nom. relit. cap. 4. inde colligit, ea tantum legata visa olim pœnae nomine relinqui quibus testator heredem ad probrosum aliquid faciendum cogere velle. Quæ si vera sunt non potest quidem Tribonianus argui quod constitutioni Justiniani subservians responsum Africanis interpolavit; at est etenim tunc ejus culpe reus quod non intellegens naturam horum legatorum Justiniano auctor heres legata pœnae nomine relicta confirmandas, & excipienda tamen legata quibus heres ad turpe facinus impellatur; qui tamen hæc sola sint legata pœnae nomine relicta. Ita aliquid concessit Justinianus quod semper concessum fuit, prohibuit quod semper prohibitum: id esse actum egit, Si cui & Ulpianus id difficile creditur videatur, quia & Ulpianus in fragm. tit. 24. §. 17. legata pœnae nomine relicta fere eodem modo definit atque hic Justinianus: is cogitit velim, an non legata pœnae nomine fuerint omnia quæ ab herede ejus vexandi causa relinquerebantur, quibusque sæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fuit testamentum illud Staberii apud Horat. lib. 11. serm. sat. 3. v. 84.

Heredes Straberi summam incidere sepulchris: Nisi sic fecissent, gladiatorum dare centum Damnati populo paria, atque epulum arbitrio Arrii,

Frumentum quantum metit Africa.

Justinianus ergo has tricas sustulit iussitque rata esse hac legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adversum heredi injungeretur. Conf. vir cl. Nic. Hieronym. Gundl. *dis. de Principe beride cap. 6. §. 32. HERN.*

Impossibilia vel legibus interdicta Impossibilia, veluti si quis ita leget, *Heredes meus nisi digito calum tetigerit*, aut, *nisi mare ebiberit Titio centum dato*. Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget: *Nisi amitam uxorem duxerit dato: vel, Si parenti alimenta praestiterit, Si patrem ab hostibus redemerit dato, l. 9. de cond. inst.*

Hujusmodi dispositiones valere scella meorum temporum non patitur Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe poenae locus dari non debet ubi nullum delictum nulla fraus aut culpa est, l. 131. de verb. sign. Quae vero culpa aut fraus in eo qui non facit quod vel naturae impossibile est vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum, *Heredes meus nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glossa in d. l. un. C. de his quae poenae nom. notat, & disserte scriptum est in d. l. 1. ff. cod.

5. Mirorque adeo iudicium Bachovii in *Treutl. vol. 2. disp. 13. l. 1. 6. & Sutholci*, qui hoc à præceptore hausit, *dis. 11. n. 59.* contententium, in proposito non vitari legatum, sed vitari illud ipsum & pro non adjecto ha-

beri quod adjectum impossibile aut legibus interdictum est, arg. §. 10. *Inst. sup. de her. inst. l. 104. §. 1. de legat. l. 1. 3. de cond. & dem. cum similibus*: quibus locis traditur conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitari, sed ipsam vitari & pro non scripta esse. Quis enim non videt quantum intersit utrum simpliciter quis centum leget sub conditione impossibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio si digito calum tetigerit, si uxorem suam prostituerit centum do, lego*, an centum leget poenae causa, eo heredi injuncto quod impossibile aut probrosus est: veluti si ita dicat, *Heredes meus nisi digito calum tetigerit, nisi uxorem suam prostituerit centum dare damnas esto*? Illic legatum non vitatur sed favore ulteriores voluntatis ejusmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario qui nihil imputari potest fraudi sit quod non pareat conditioni cui per rerum naturam aut leges parere non potest. Hic legatum nullius momenti est, non quia legato adjecta impossibilia aut turpis conditio: sed quia relictum est puniendi heredis causa si ipse conditioni non pareat, id est non fiat quod naturae aut jure facere non potest. Hic, inquam, tale legatum inutile esse placet, ne puniatur qui poenam non meretur. Acque hanc esse mentem Justiniani ex hoc ipso loco satis intelligitur, cum, legis quae poenae nomine relinquuntur confirmatis, excipit ex eo genere quae impossibilia aut turpia sunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius, & verum esse confessus est in commenta hunc §. *Scella meorum temporum* Id est ratio, disciplina, justitia, l. tit. C. de poff. l. 2. C. ad leg. Jul. majest. Trajan. ad Plin. 10. 56.

TITULUS XXI.

DE ADEMTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

Dig. lib. 34. tit. 4. Et. l. 39. tit. 9. Part. 6.

Continuatio. Quam variis modis ademptio legatorum fiat.

DICTUM hæctenus est de iis quae ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur quomodo recte ab initio constituta infirmantur. Id fit cum aliis modis, tum maxime ademptione aut translatione: de quibus etiam hic Justinianus solum agit. Est autem hæc

facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit id ei adimere aut in alium transferre possit, voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, l. 4. hoc tit. Ademptione legati vel ipso jure legatum extinguitur vel eo exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum in-

DE ADEMTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

intelligitur si testator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis, sive directo contrariis dum testatur se adimere quod dedit, sive aliis quibuscumque ex quibus aperte intelligatur poenituisse eum prioris voluntatis, arg. l. 13. *cod. vel rebus & factis*, veluti si legatum consulto induxerit, l. 16. *cod.* aut rem legatum destruxerit, l. 65. §. ult. de legat. l. 1. 88. §. 2. de legat. 3. aut in novam speciem transulerit quae ad pristinam materiam reduci non possit, d. l. 88. in pr. & §. 1. vel nulla necessitate adductu alienaverit: de quo actum §. 12. *tit. praeced.* vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub §. 21. *ejusd. tit.* Ope exceptionis ademptio introducit si quid intervenit ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis neque factis aliquo palam declaravit se legatum adimere: veluti si graves inimicitiae inter testatorem & legatarium intercesserint nec reconciliatio secuta sit, hic petenti legatario obstat exceptio doli ex nuda eaque praesumpta contraria voluntate, l. 3. §. ult. *junct. l. seq. hoc tit.* Proinde omnino assentior Bartolo in l. 14. de legat. 1. Angelo Myns. & Schneid. hie, posse legatarium opposita exceptione doli submovi, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur: quippe cum hæc exceptio obstat omnibus qui voluntate testatoris destruitur, l. 4. §. 10. de dol. mal. exc. l. 36. §. 3. de test. mil. Præter hæc, quod hic non tangit Justinianus, legata etiam casu intercedunt, videlicet si testamentum quo aliquid relictum esse sumptur aut irritum fiat, l. 17. de injust. sup. l. 8. §. pen. de inoff. testam. l. 18. 1. de reg. jur. l. 1. C. de post. her. inst. Una tamen hæc exceptio est jure novissimo, nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exheredationis: quod cum incidit rota instiutio irrita esse jubetur, certa autem capita rata manere, *aut. ex causa C. de lib. præter. vid. sup. tit. Inst. de inoff. testam.* Porro eadem libertate qua legatum admittitur etiam in alium transferri potest, de quo in §. 1. scu parte hujus tit. altera.

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum sive eodem testamento adimatur sive codicillis firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio & veluti si quod ita quis legaverit, do lego, ita adimatur, Non

do non lego: sive non contrariis sed aliis quibuscumque verbis.

*Meminit tantum ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit hoc ipso legato priore testamento relicta infirmantur, unaque cum testamento in quo relicta sunt citra ullam aliam revocationem corrunt. Est igitur quod priore scriptura testamento datum est id posteriore ademptio potest, l. 13. & 17. hoc tit. l. 16. de vulg. & pup. atque adeo etiam statim & continentur, ut opinor, revocari: puta hoc modo, *Neque Titio do lego immo non do non lego.* Neque obstat quod traditur in l. 188. de reg. jur. ubi quingentium in testamento jubetur neutrum valere, quod Graeci redderunt τὰ ἑκατέρωθεν ἀλλήλων ἰναρτίσθω ἢ ἑξήστου (in testamento mutuo sibi adversaria non valere), quoniam regula ista procedit in perplexis aequae inter se collidentibus, cujusmodi speciem habemus in l. 16. de cond. inst. non ubi prior scriptura per posteriori corrigitur commutatur aut rescinditur, d. l. 17. & ibi Gloss. & Bart. hoc tit.*

L. 39. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Sive eodem testamento] Meminit tantum ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit hoc ipso legato priore testamento relicta infirmantur, unaque cum testamento in quo relicta sunt citra ullam aliam revocationem corrunt. Est igitur quod priore scriptura testamento datum est id posteriore ademptio potest, l. 13. & 17. hoc tit. l. 16. de vulg. & pup. atque adeo etiam statim & continentur, ut opinor, revocari: puta hoc modo, *Neque Titio do lego immo non do non lego.* Neque obstat quod traditur in l. 188. de reg. jur. ubi quingentium in testamento jubetur neutrum valere, quod Graeci redderunt τὰ ἑκατέρωθεν ἀλλήλων ἰναρτίσθω ἢ ἑξήστου (in testamento mutuo sibi adversaria non valere), quoniam regula ista procedit in perplexis aequae inter se collidentibus, cujusmodi speciem habemus in l. 16. de cond. inst. non ubi prior scriptura per posteriori corrigitur commutatur aut rescinditur, d. l. 17. & ibi Gloss. & Bart. hoc tit.

Sive codicillis] Intellige, testamento confirmatis, ut bene Martin & Placent. teste Accurs. hie & in *præfat. Nov. 159. vers. manifestum.* Quippe cum codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, l. 43. de man. test. §. 10. *Inst. inf. de fideic. her. consequens est, & arguit l. 6. de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat codicillis non confirmatis potuisse adimi; ita quidem certe ut ademptio ipso jure valeret & nam quin potens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit non est dubitandum, l. 4. §. 10. de dol. mal. exc. Errat igitur & Accurs. d. loc. & Bart. in l. 14. de legat. 1. quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi, hic contra ipso jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab intestato dari non poterant, quari non potuit an ita data aliis codicillis potuerint adimi; sed hæc quaestio: Locus erat in fideicommissis. Hodie tamen etiam in legatis est post eorum cum fideicommissis exaurationem; cumque dari legata codicillis & ab intestato possunt, consentaneum est