

est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur, *d. l. 55. §. 2. Proinde ceteri quatenus ceperunt & rogati sunt restituere fideicommissum obstringuntur, l. 78. §. 11. ad sen. Treb.* similiter ut legatarii a quibus fideicommissum relictum, *l. 32. §. 4. ad leg. Falcid.* Plane si heres ut priori fideicommissario donaret jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi responsum est *l. 1. §. 19. ad Sen. Treb.*

TEXTUS.

De probatione fideicommissi.

12. Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide heredum pendent & tam nomen quam substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contententes, ex facto quod Tribonianus vir excellentissimus Quaestor sacri palatii suggestit constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituit; & neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimi esse noctitur, possit res manifestari; sed vel pauciores vel nemo penitus testis intervenerit; tunc sive pater heredis sive alius quicumque sit qui fidem heredis elegerit & ab eo restituit aliquid voluerit; si heres perfidat tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subscriptam; si fideicommissarius ei iusjurandum detulerit cum prius ipse de calumnia juraverit; necesse eum habere vel iusjurandum subire quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem cogitari, ne deperat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus etsi à legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is à quo relictum dicitur (postquam negaverit) constitutus quidem aliquid à se relictum esse sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.

L. 25. post med. tit. 11. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Quando dispositioni huj. §. locus.
- 2 Non mutari constituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.
- 3 Heredem in specie proposita non posse iusjurandum referre.

Glossa in fine textus observatum.

Audivimus supra fideicommissorum originem nomen & substantiam à fide heredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide heredum ab initio pendebant, ita & sola religione heredum quorum presentium fidei aliquid commissum est nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc à Justiniano, *l. ult. C. de fideic.*

1. Neque ex scriptura neque ex quinque testium numero] Quando testator contenta omni alia probatione scripturae vel testium fidei solitus hereditatem ut aliquid praestet, placet Justiniano fideicommissum ab herede praestandum; idque sive neget heredes fideicommissum à se relictum & iusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset, sive ultro fateatur esse à se relictum sed dicat se non teneri quia non sollemniter relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est; alterum ex priori colligitur. Cur enim heres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam quam quod recusatio iusjurandi tacitam confessionem habet, *l. 38. de iur. jur.* ut proinde multo magis fideicommissum eum obstringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum ac contrarium ei quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum esse continetur: ideo constitutionem suam adversus tacitas objectiones munivit.

2. Si quis enim forte objiciat, iniquum esse ab herede fideicommissum exigi citra ullam probationem: respondet illud hac in re iniquum non esse ubi heres iusjurando sibi delato in sua causa constituitur testis & iudex, ut sit in ejus potestate non teneri jurando se nescire quidquam relictum esse. Si quis dicat in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, *l. ult. §. ult. C. de codic.* respondet, id iustum esse cum res per testes probanda est ne quid falsitatis admitteret, cuius nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso herede eodemque debitore exigitur. Quod ergo traditum est in *l. 23. C. de fideic.* cum similib. ex imperfecta scriptura nihil deberit hoc etiam nunc manet; & nisi de fide scripturae quam testator servari voluit iusto numero testium constet fideicommissum exigi non pot-

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMM. RELICTIS.

poterit. Consule Mantica. *de conjest. ultim. volunt. lib. 2. tit. 15. n. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Justinianus in calce constitutionis exponit.

Qui in fideicommissis legitimus] Hoc à Theodosio primum constitutum est, *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* Antea enim cum numerus testium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos sufficere arbitrator, *arg. l. 12. de testib. de quo plenus sub §. ult. Inst. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus constitutum *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod hic & *d. l. ult. C. de fideic.* Justinianus sancit, tunc solum obtinet cum defunctus rem quam praestari voluit fidei heredis presentis commisit extra testamentum aut codicillos.

Cum prius ipse de calumnia juraverit] Id est, se non calumniandi seu vexandi heredemque religione utendi animo iusjurandum deferre, sed quia ita se rem habere sibi plane persuasum sit: quod iusjurandum licet alias in usu esse desideret; tamen in omnijudiciali iusjurandi delatione si exigatur est praestandum, *juxta l. 34. §. 4. de iur. jur. Damhoud. prax. civil. cap. 15. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8.*

Vel iusjurandum subire] Conditione iusjurandi in iudicio delata regulariter reus jurare cogitur aut referre aut solvere, *l. 9. C. de reb. cred.* Manifesta enim confessio esse creditur nolle jurare aut iusjurandum referre, *l. 38. de iur. jur.* At in proposito ne referre quidem heres potest; quippe cum hic agatur non de eo quod uterque scire pot-

est, sed quod solus heres, & cuius actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *l. 11. §. 1. leg. rer. amot. d. l. 34. in pr. de iur. jur.* & ita recte Mysing. Schneid. Wesemb. hinc, mirumque esse veteres Interpretes in re tam manifesta variare.

Postquam negaverit] Hæc verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperitur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomanno, Contio desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit; & Jo. Faber quoque refert se nonnisi aliquot codices vidisse à quibus aberant. Quare suspicari licet glossa esse. Si vero retrocitur, non ita accipienda sunt quasi non alia conditione heres in specie proposita fideicommissum obligetur quam si prius negaverit & ad iusjurandum actus jurare recuset; sed ideo posita, quia hic casus solum verbis expressus fuit, Ceterum simpliciter quisquis confitebitur de fideicommissum obligabitur; neque enim perennis causa hic quidquam constitutum in hoc infancio coercetur; in quo falluntur DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sighard. ad *d. l. ult.* Mysing. Schneid. hinc; sed totum voluntatis testatoris servanda causa, ut dicitur scriptum est in extremo *d. legis ult.* & tenent Jo. Fab. & Jas. in *d. l. ult.* quos etiam ex facto consultus non attenta communi opinione in respondendo secutus est quondam Curtius nostræ Coryphaeus Reinerus ab Amsterd. Atque hæc sententia probatur etiam Wesembecio hinc, Donello, in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. tit. 13. n. 5.*

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio & argumentum tituli.

Hætenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hereditas aut pars hereditatis reliquitur; quæ à legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus reliquuntur res singula, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est idemque effectus; nam exequatio illa legatorum & fideicommissorum de qua agitur §. 3. *Inst. sup. de legat. & l. 2. C. comm. de legat. ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut de Tom. I.*

monstravimus in explicatione *d. §. 3. & pr. tit. præc.* Docet hic Imperator à quibus fideicommissa singularum rerum reliquitur, tum quæ res per ea relinqui possunt: postremo in genere quibus maxime verbis fideicommissa relinqui solent.

TEXTUS.

Summa,

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum,

tam, hominem, vestem & pecuniam numeratam; & vel ipsum heredem rogare ut alicui restituar, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit.

L. 3. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 Cur olim communia legari non potuerit, & an hodie possit.

HUndum, argentum, hominem, vestem] Hac nomina generalia quidem sunt, verum specificè hic sumuntur; intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, l. 37. de legat. 1. Ceterum & si quis fundos suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum reliquerit, nihilominus tale fideicommissum speciale est & simile legato.

Vel legatarium] Singulæ res per fideicommissum non solum ab herede relinqui possunt, verum etiam à legatario. Possunt & ab herede heredis vel legatarii, l. 5. §. 1. de legat. 3. Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, §. 1. huj. tit. l. 9. C. de fideicommissis. & donatario mortis causa, l. 77. §. 1. de legat. 2. l. 8. §. 2. de transact.

A legatario legari non possit] A legatario legari non posse quamvis fideicommissa ab eo rectè dentur discimus etiam ex Ulp. in fragm. tit. 14. §. 19. & Gajo in lib. 2. Inst. tit. 7. §. 3. Cujus differentia hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum solum liceat quem universi juris successorem esse volumus & locum nostrum subire. Dissertit etiam iustinianus, quasi hæc differentia necquam obtineret, quod etiam Giphanius videtur, eo quod hæc differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi à legatario formula dari potest. Ego vero à communi & recepta Interpretum sententia non recedo, qui censent etiam hanc differentiam unâ cum ceteris hodie sublatam esse, legatque non minus quam fideicommissa à legatario relinqui posse, per l. 2. C. comm. de legat. Equidem concedo non omnibus legandi formulis cum à legatario legatur locum esse; sed quod Giphanius ait nullam dari posse, id nego. Per præceptionem heredi à coheredibus dumtaxat legari constat. Non video etiam quomodo per vindicationem possit à legatario legari. Etenim si testator postquam ita legavit,

Titio fundum Tusculanum do lego, mox eundem fundum Sejo leget hac formula, Sejo eundem fundum Tusculanum do lego; aut sic, Sejo fundum Tusculanum sibi habeto; aut conjunctio erit aut ademptio. At damnationis formula hic usus esse potest, Titius damnas esto partem dimidiam fundi quem ei legavi dare Sejo: Titium legatarium meum centum Sejo dare lego. Nam & olim magna erat legatus per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis, ut jubeo, volo, impero, damno: vid. inf. §. ult. Quin etiam sinendi modo à legatario rectè legari defendi potest; veluti si testator dicat, L. Titius legatarius meus damnas esto sinere C. Sejmo sibi habere partem fundi quem ipsi legavi. Non obstat quod Justinianus simpliciter scribit à legatario legari non posse; nam precedenti quoque titulo §. 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa ex constitutione sua emendationem recipere voluit, quamvis separatim ita tractet quasi differentia adhuc maneret; id quod se facturum antea testatus est §. 1. Inst. sup. de legat. quo permixtio & similitudo noviter introducta clarior esset & facillior. VINN. Quin hodie legata etiam à legatario relinqui possint dubitandum non videtur. Vix tamen a bitror ex principis juris veteris locum fuisse legato damnationis. *Damnata esto,* formula est legislatoria; testator autem erat quasi legislator non ratione legatarii quem non damnare sed locupletere debebat, sed ratione heredis tamquam successoris singularis. Ergo hujus juris reddenda non est ex natura formularum. Nam revera formula nulla legato à legatario relicto quadrabat, sed ex generali illo principio quod hodie legata & fideicommissa ejusdem naturæ esse censentur. HEIN. Hodie etiam à legatario legari posse ad quantitatem quam judicio testatoris accept, res certa est ex l. 3. tit. 9. Part. 6. ADDIT.

TEXTUS.

Quæ relinqui possunt.

1. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & heredis aut legatarii aut fideicommissarii aut cuiuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest

est ut eam alicui restituar, que ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quicquam rogetur alicui restituere quam ipse ex testamento cepit; nam quod amplius est inutiliter relinquatur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquatur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam rem redimere & præstare aut estimationem ejus solvere.

LL. 7. & 10. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 Jam olim communia fideicommissis cum legatis.

2 Declaratio regulæ, Neminem posse rogari ut plus restituar quam ipse cepit.

Multra etiam jam olim fideicommissis communia cum legatis fuerit; quale est hoc quod hic traditur de re que testatoris propria non sit per fideicommissum relicta. Res que, cum in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel heredis esse vel legatarii aut fideicommissarii vel tertii alicujus: quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. Inst. sup. de legat. Quemadmodum igitur non solum res testatoris legari potest sed etiam heredis, d. §. 4. ita sciamus, non solum res testatoris sed etiam heredis per fideicommissum relinqui posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum etiam si testator existimaverit rem suam esse, l. 67. §. 8. de legat. 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra quemadmodum res que legatarii est ei inutiliter legatur, §. 10. Inst. sup. de legat. ita & fideicommissario rem que ipsius sit inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommissarii alteri legata quæri olim non potuit, quia ab his legari non licebat sed tantum fideicommissum dari. Nunc vero etiam in legatis huic questionis locus est. Sed hoc præterit Justinianus; quippe cui hic sermo est de fideicommissis non considerata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommissum relinqui posse etiam rem legatarii aut fideicommissarii, à quo scilicet relinquatur, non cui relinquatur. Sed quid si in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere? Dicemus nihilominus valere fideicommissum, eadem ratione qua si res heredis esset valeret, arg. d. l. 67. §. 8. de legat. 2. d. §. 4.

supr. de legat. cum ibi notatis. Porro illud quoque commune est quod hic ait Justinianus, etiam rem cuiuslibet alterius, que uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse; nam legari posse docuit d. §. 4. Denique illud etiam quod eodem loco & plenius à nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse utrum testator sciverit an ignoraverit esse alienam, atque illo demum caso non hoc valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat: sciendum est ad fideicommissum quoque rei alienæ pertinere, l. 10. C. de legat.

Etiam de alia, sive ipsius] Legatarii scilicet qui rogatur, aut fideicommissarii primi; nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi vero fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, arg. §. 10. Inst. sup. de legat. & mutæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quidquid contra disputet Bachovius.

2. *Ne plus rogetur quicquam restituere]* Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem quam velis suis rebus dare: tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium cui nihil dedit oneret, aut oneret quemquam supra id quod ei reliquit & disponat de alieno, l. 1. §. 17. ad ren. Treb. l. 2. §. 6. de legat. 3. l. 114. §. 3. ff. de legat. 1. l. 9. C. de fideic. Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones: que tamen non tam exceptiones sunt quam declarationes regulæ. Cuiusmodi est, quod si alicui centum legata sint & is duplum post tempus restituere rogatus sit placet valere fideicommissum etiam ultra summam legatam, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eum excedunt, l. 70. §. 1. de legat. 2. Tale item est illud, quod qui acceptis centum rogatus sit rem propriam quamvis majoris pretii restituere, is agnito legato fideicommissio obstringitur; quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam existimasse videtur, d. l. 70. §. 1. in fin. Item hoc quod traditum est, si cui fundus legatus sit atque is eum fundum restituere sit rogatus & centum dare, valere fideicommissum si legatarius interim centum ex fructibus perceperit, d. l. 114. §. 3. de legat. 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis atque ea que pretiosior est restitui jussa fideicommissio debeatur, licet legatarius viliozem elegerit, propterea quod eam que pluris erat eligere potuisset, l. 24. §. 2. de legat. 1.

Redimere & prestare aut estimationem ejus] Re aliena per fideicommissum relicta is qui rogatus est vel redimere eam debet & prestare, vel si dominus eam non vendat estimationem ejus inferre; perinde ac juris est in rei aliena legato, l. 14. §. 2. l. 30. §. ult. de legat. 3. quod latius explicatum sup. §. 3. Inst. de legat.

TEXTUS.

De libertate.

2. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius vel fideicommissarius. Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem perceperit) non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur quoad possit tempore precedente ubicunque occasio servi redimendi fuerit prestari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur non testatoris fit libertus, etiam si testatoris servus sit; sed ejus qui manumittit. At is qui directo ex testamento liber esse jubetur ipsius testatoris libertus fit, qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere velit.

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

COMMENTARIUS.

1. Liberti Orcini, & numquid juris in eos familia.
2. Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum data non tolli l. 2. comm. de legat.
3. L. 58. de man. test. cum aliis locis conciliata.

Etiam libertates per fideicommissum dari possunt & quidem largius quam directo, cum non tantum propriis servis sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus

verbis voluntas testatoris exprimat, teste L'incio in l. 16. de fideic. libert. Quod autem non tantum propriis sed etiam alienis, ex eo intelligitur directo servis alienis libertatem dari non posse: quod etiam expresse scriptum est in l. 9. C. de test. man. Putaverit tamen quis utrum in casu libertatis servo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei posse fideicommissariam, arg. l. 24. §. 10. de fideic. libert. l. 10. §. ult. de testam. tut. Sed obstant memorati textus, & maxime l. 9. C. de testam. man. quo loco rescribitur, nec heredis servo directo libertatem dari posse. Quod si directo data saltem in vim fideicommissæ valeret id utique Imperatores consulti non dissimulassent; & in l. 108. §. 9. de legat. 1. tale legatum dicitur esse nullius momenti. VINN. Nec obscura est ratio. Nam si heres directo damnatus esset servum alienum manumittere, istud legatum frustraneum fuisset si dominus eum liberum fieri nollet, adeo ut nec æstimatio legatario prestare potuisset. Non poterat autem res aliena aliter legari quam ut domino eam vendere nolente legatario æstimatio prætaretur, §. 4. Inst. de legat. Fideicommissorum autem cum esset benignior interpretatio, judicantur Veteres illis & servo alieno libertatem relinqui posse, eatenus ut expectetur emendi oportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio cur in l. 30. ff. de manum. testam. servo proprio qui apud hostes est servitus directo relinqui potest, quia quamvis hujusmodi servus in præsens non sit testatoris, tamen vel æstimatio præstari potest, id est, l'opis, vel si id repudiatur spes superest servum postliminî jure in potestatem heredis rediturum. HEN.

Vel legatarius vel fideicommissarius] Qui si testatoris servus est ab herede cum redimere & manumittere; si modo quod à defuncto his relictum est agnoverin.

Aut legatarii] Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiam si fortasse minus sit in eo quod accepit quam in pretio servi, d. l. 24. §. 12. de fideic. libert. quia non pluri servum suum æstimasse videtur, l. 36. ad leg. Falc.

Aut etiam extranei] L. 6. C. de fideic. libert. Ceterum legatarius alienum servum manumittere rogatus non alias erit cogendus quam si tanti possit redimere quanti est id quod ex judicio defuncti consecutus est, d. l. 24. §. 12.

Non statim extinguitur libertas] Si dominus servum suum cui libertas per fideicommissum

missum relicta est vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur, sed spectanda est emendi oportunitas, d. l. 6. C. de fideicom. libert. equidem æstimatio hic præstari non potest ut in casu §. præced. in fin.

Ejus qui manumittit] Cui per fideicommissum libertas relinquitur is ejus libertus efficitur à quo manumissus est, l. 7. C. de fideic. libert. Ceterum hic manumissor jus patronatus in eo tantum adquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit; at non ut etiam operas ei possit imponere aut impositas ab eo petere, l. 29. de bon. libert.

1. Ipsius testatoris] Directa libertas ipso jure statim ab adita hereditate competit, l. 10. C. de test. man. l. 23. & 25. ff. de man. test. l. 32. §. ult. de test. tur. Itaque is qui directo testamento liber esse jubetur testatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam liberus Orcinus appellatur, quasi Orci libertus, aut ejus qui ad orcum demissus est: Acheronticus à Cujacio, Xaronticus (Charonius) à Theophilo vocatur, eadem forma qua Orcini senatoris, quorum in Augusto cap. 35. meminit Senotius; à Plutarcho in M. Antonio Xaronticus (Charonticus) dicuntur. Orcinorum crebra in libris nostris mentio est, l. 3. §. 3. de legit. tut. l. 8. de ber. inst. l. 22. de pecul. leg. l. 1. alias 2. §. 10. de dot. præl. l. 2. de statu lib. l. 4. §. 12. ff. de fideic. lib. l. 10. C. de testam. man. l. 8. C. de jur. & fact. ign.

Orcini etiam liberti efficiuntur qui latitante herede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini directam præmium libertatis consequuntur, l. 30. §. 12. l. 49. de fideic. libert. l. 5. qui sine man. Igitur Orcini cum eum patronum habeant qui esse desuit, non male dicuntur liberti nullius esse, l. 4. in pr. de bon. libert. Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, l. 3. §. 3. de legit. tut. liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, l. 1. us. §. 7. C. de Latin. lib. toll. Qua de causa suspicari licet quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura ut in liberto habuisse.

2. Porro hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani qua directo & per fideicommissum data exæquata sunt, l. 2. C. comm. de legat. retinenda est; quippe quam voluntas testatoris facit, & que tolli sine injuria ejus qui à testatore rogatus est manumittere non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus quod defunctus eum habere voluit;

in quo consentiunt omnes Interpretes paucis recentiorum excerptis.

3. Quo faceret testamentum & quo moreretur] Hoc item traditur in l. 35. de man. test. Neque obscuram rationem habet. Nam cum alieno servo inulititer libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest propter regulam Catonianam; & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Marcianum l. 58. de man. test. legimus, cum qui liber esse jussus est alienatum à testatore si ante aditam ejus hereditatem rursus hereditarius factus sit hereditate adita ad libertatem pervenire: sic omnino accipiendum est, si superstitie testatore in potestatem redierit; nam jacente hereditate qui mortis tempore testatoris non fuit hereditarius fieri nequit. Plane si servus testatoris qui apud hostes sunt libertas directo data sit, placet hos libertatem consequi quancumque ab hostibus liberati sint, licet neque testamenti neque mortis tempore testatoris fuerint, l. 39. de man. testam.

Velut ex suo testamento] A'p'ios (immediate) protinus ex testamento: cum testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet nec ab alio libertatem dari mandat.

TEXTUS.

De verbis fideicommissorum.

3. Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur: Peto, rogo, volo, & mando, fidei tue committo: qua perinde singula firma sunt atque si omnia in unum congesta essent.

L. 2. tit. 12. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Verba imperativa interdum vim habere precariorum.

REcensentur hic à Justiniano verba fideicommissorum maxime usitata & que vulgaria dicuntur in l. 16. de fideic. lib. nam in crescente progressu temporis favore fideicommissorum longe plura recepta sunt, placuitque fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere, veluti his, cupio deti, opto deti, credo te daturum, exigo, decidare ut deti, volo heredi-

ditatem meam Titii esse, scio, non dubito te hereditatem meam restitutum Titio, l. 115. l. 118. de legat. 1. l. 67. §. ult. de legat. 2. l. 39. de legat. 3. Rutilus 4. 201. r. scribit, his omnibus verbis fideicommissi posse, *Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero, quaque & impero*. Quod Paulus impero quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentie quam Ulpianus in *fragm. tit. 24. §. 25.* facit inter legata & fideicommissa, legatum definitiis quod imperatively relinquatur, fideicommissum quod precative, & perinde enim hoc est ac si diceret, legatum esse quodcumque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquatur; fideicommissum quod verbis precative sive precariis.

1. Sed sciendum est verba imperativa sæpe vim habere precariorum, quod ex obiecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat, *L. Titio heredi meo impero ut servum meum Stichum manumittat*, proculdubio hic per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est si dixerit, *Jubeo, aut heres damnas esto manumittere*. Similiter si imperaverit heredi ut hereditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi tanquam verbo precario relicto. Et cur minus eo verbo relicto valeat quam si dicat, *Jubeo*? quod etsi directum est, Ulp.

d. tit. 24. §. 3. l. 2. C. comm. de legat. vim tamen precarii habere constat quoties quid rescitui jubetur, l. 88. §. 10. de leg. 2. l. 28. §. ult. de lib. leg. aut minus etiam quam *volo*, quod cum imperativum sit tamen in fideicommissis est usitatissimum. Quod si ita dixerit, *Impero tibi heres ut L. Titio centum des*, hoc jam non fideicommissum erit sed legatum. Nihil enim interest impero quis dicat, an heredem meum dare jubeo, aut heres damnas esto dare. Ulpian. d. tit. 24. §. 1. Verba *relinquo* & *commendo* negat Paulus d. loc. ullam fideicommissi actionem parere. De verbo *commendo* constat, l. 11. §. 2. ff. de legat. 3. l. 12. C. de fideicom. libert. At ex verbo *relinquo* videtur fuisse petitio fideicommissi, l. 78. §. 8. ad sen. Treb. Sed de eo nunc laborandum non est postquam Justinianus omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volens utile atque val dum esse jussit, l. 2. C. comm. de leg. Sæpe enim, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cum verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis si sola spectantur: exempla in l. 17. in pr. l. 29. ad Treb. l. 64. l. 69. in pr. de legat. 2. l. 11. §. 4. l. ult. §. 3. de legat. 3. Consulatur Matheac. epit. legat. lib. 1. cap. 3. Chifflet. lib. 2. de jur. fideic. 18. §. 20. Mantice. lib. 7. §. 8. de conj. ult. vol. D. Tulden. comm. in tit. præc. cap. 3.

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

Dig. lib. 29. tit. 7. Cod. lib. 6. tit. 36. Et Part. 6. tit. 12.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti: eorum definitio & divisio.

Summa tituli.

Videri alicui poterit disputatio de codicillis non recte subjecta tractationi de successione ex testamento; quippe cum si codicilli tantum facti sint succedatur ab intestato. Verum Justiniano, ut apparet, propositum hic maxime fuit agere de codicillis a testato factis, qui pars sunt testamenti ejusque sunt sequuntur. Sed & codicilli ab intestato facti speciem quamdam testamenti exhibent, l. 16. hoc tit. Codicilli dicti sunt parvi codices, id est tabellæ ex codicibus aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum

codex appellatur, Juven. sat. 10. *Codice lævo Heredes vestri esse suos*, quia testamentum in codicibus tantum scribebatur sive tabulis grandioribus: ita voluntas suprema solemnibus aut plena codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, l. 38. ff. de cond. & dem. l. 14. C. de testam. propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis ut facile quo cuique commodum esset circumferri atque in sinu gestari possent. Est igitur codicillus *καρτίκιον* (diminutivum) a codice: quamquam ob-

COMMENTARIUS.

obtinuit ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, l. 13. C. de sacros. Eccles. l. ult. C. de bon. libert. l. ult. §. 1. C. de codic. quemadmodum heredi nuncupato dari licet tabule nullæ sint, l. 2. C. de bon. poss. ser. rabb. Codicilli igitur sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis; eorumque ut & testamenti duo sunt genera: scripti in quibus voluntas scribitur, & non scripti in quibus voluntas nuncupatur. Primum hic commemorat Justinianus a quibus & quam ob causam usus codicillorum introductus comprobatusque sit; deinde modum ordinationis & quæ res codicillis relinquere possint ostendit. VINN. Non opus est ambagibus circa vocis *codicillus* originem. Codicilli Veteribus sunt epistolæ vel scripturæ ad alios missæ. Vid. Cic. ad Fam. lib. 4. ep. 12. & lib. 6. ep. 18. ad Attic. lib. 12. ep. 8. ad Quin. frat. lib. 11. epist. 10. Imprimis ita vocatæ litteræ ad præsentem missæ. Sen. epist. 55. Quia ergo codicilli plerumque perscribentur in forma epistolæ, l. 56. ff. de fideic. libert. l. 37. §. 2. l. 32. §. 3. ff. de legat. 3. l. 30. §. 1. ff. de adim. vel transf. leg. Brisson. de formul. lib. 8. p. 686. hinc & nomen retinuerunt. HEIN.

TEXTUS.

Origo.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus ex cujus persona etiam fideicommissa esse cœperunt codicillos introduxit. Nam cum deederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid. Et cum D. Augustus voluntatem ejus impleret: deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti fideicommissa præstabant; & filia Lentuli legata que jure non debebat solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsitæ an possent recipi hoc, nec abianari à juris ratione codicillorum usus erit; & Trebatium suavisse Augusto, quod diceret utilissimum & necessarium hoc civibus esse propter magnas & longas peregrinationes que apud Veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non possent tamen codicillos possent. Post que tempora cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

Lentulus ex cujus persona *nam fideic.*] Quod ait, à persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum exipisse, non sic accipiendum est quasi primus hic Lentulus fidei heredis aliquid commiserit aut primus fecerit codicillos; sed quod ille primus occasionem præbuit ut fideicommissa quæ antea nullo jure vinculo continebantur rata esse cœperint itisque heredes obligari; tum ut etiam codicilli quibus antea nihil efficaciter dari poterat recepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti poterint. Quis ille Lentulus fuerit non constat & parum refert. VINN. Immo constat, intelligi hic L. Lentulum quem cum M. Valerio Messala consulens fuisse A. U. C. DCCLL. ex marmore apud Reinesium *inscript. claris. 10. p. 597.* discimus. Ei Pighius falso tribuit Cossi prænomen, quod ex marmoris iscus fragmento Reinesius restituit. HEIN.

Testamento confirmatos] Testamento scilicet quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo scripsisset se ab heredibus suis petere ut si quid postea codicillis relicto esset id bona fide præstarent. Exemplum testamenti quo futuri codicilli confirmatum habemus apud Marcellum l. ult. de fideic. libert.

Quibus ab Augusto petiit] Indicio hoc est Augustum testamentum Lentuli heredem institutum fuisse saltem ex aliqua parte; & frequens erat illis temporibus ut veri primarii Principem ex portione aliqua hereditæ scriberent.

Deinceps reliqui] An reliqui testamento Lentuli Augusto coheredes dati, ut vult Wesembecius Theophilum secutus; an potius aliorum codicillis rogati, ut fere amant subditi exemplum Principis sequi? Quod magis placet.

Et filia Lentuli legata que jure non debebat] Non quia relicta incapacibus rōis p̄i d̄va-jūnis *καυθήριος* (qui capere non possunt), sed quia relicta codicillis qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juribus habebant. Non est igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Wesembecius; sed quod nihil eorum quæ codicillis licet testamentum confirmatis scripta erant valerent. Et præcedentia arguunt, legata hic positum pro fideicommissa. Plane postea receptum fuit ut etiam legata codicillis testamentum confirmatis dare liceret, l. 2. §. 2. de

de jur. cod. l. 8. §. ult. cod. Apparet autem ex hoc loco filium quoque Lentuli ex parte heredem à patre scriptam fuisse, cum tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia: quod argumentum est, filias partem aliquam hereditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo heredes institui: qua de re scripsimus fuis supra ad §. 1. Inst. de fideic. her. Nulla igitur causa est cur cum Hocomanno pro filia restituiamus filie.

[Convocasse sapientes viros] Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irreputem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit; sed prius explorare voluit iudicium & sententiam virorum sapientum, censerent illi posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti; tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent ejus moris comprobandi: exemplo suo docens nihil novi juris sine consilio prudentum ac manifesta civium utilitate constitutum esse, juxta illud quod præclare ab Ulpiano dictum est, in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, l. 2. de const. Princ.

[Ubi si quis testamentum facere non potest] Propter civium Romanorum qui ad testimonium necessarii erant penuriam. De factio enim loquitur non de jure, uti Jurisconsultus in l. 8. §. 2. de jur. cod. nam testamenti factio loco alligata non est, DD. comm. in l. 1. C. de sacror. Eccler. Ceterum & illud palam est, eum qui testamentum facere non potest nec codicillos posse, l. 6. §. 3. d. l. 8. §. 2. de jur. cod.

[Cum & Labeo] Qui eodem tempore maxime auctoritatis fuit & à Trebatio institutus est, auctore Pomponio in l. 2. §. 47. de orig. fur. VINN. Conferendi hic omnino Tacit. lib. 3. Annal. cap. 75. & Gell. lib. 13. cap. 12. Nos quoque de diverso Antistii Labeonis & Ateii Capitonis ingenio, & prudenti Augusti consilio Labeonem sibi conciliandi nonnulla monimus in Antiq. Rom. lib. 1. tit. 2. §. 39. p. 68. HEIN.

TEXTUS.

Efficiens.

1. Non tantum autem testamentum factio potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere quam si speciali voluntate postea confirmetur.

Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex his codicillis qui testamentum præcedunt potest fideicommissum peti, si appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat non recessisse.

L. 1. tit. 12. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Voluntatem in hoc paratam ut testamentum sit ne jure quidem codicillorum valere, nisi adfecta sit clausula codicillaris.
2. Testamento factio codicillos quocumque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.
3. Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos; ceterum hodie sublata.
4. Quatenus ex his que testamentum causa mutare quid liceat.
5. Sententia extremorum verborum hujus §.

1. **C**odicilli & ab intestato confici possunt & factio testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur & vitæ testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit sive legimus sive honorarius, etiam postea natus codicillis relicta præstabit, l. 3. l. 8. in pr. & l. 1. 16. de jur. cod. Hoc unum exigimus ut codicillis valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituta sit ut testamentum esset; quod eo pertinet ut sciamus eam voluntatem que in codicillis valere potuit si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit ut testamentum esset. Neque enim ad validitatem actus civilis sufficit forma si agentis deest intentio, ut bene D. Tuld. hic cap. 2. Itaque si quis, verbi causa, codicillis scripserit hanc voluntatem suam esse testamentum aut caverit que sunt testamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, l. 1. l. 13. §. 1. de jur. cod. l. 29. ff. qui test. fac. l. 14. C. de test. nisi addecerit velle se eam voluntatem si jure testamenti non possit valere saltem vice codicillorum: que cautio vulgo clausula codicillaris dicitur; ac valere quacumque ratione poterit, sive ut nunc fere, omni meliori modo, d. l. 29. qui test. fac. l. 4. §. 3. de vulg. & pup. l. 3. in fin. de test. mil. l. 13. de infir. test. l. 88. §. ult. ff. de legat. 2. l. ult. §. 1. C. de jur. cod. de cuius clausula vi ac potestate, & an clausula codicillaris à testatore omissa quibusdam casibus subintelligi debeat; denique an presumendum sit ex stylo & consuetudine notarii eam clau-

su-

sulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris vid. Manc. de confect. ult. vol. lib. 1. tit. 9. & 19. add. Gal. obs. 2. 114. Chifflet. lib. 3. de jur. fideic. Schneid. hic cap. de claus. codic. & eruditissimum Jo. Decherum lib. 1. dissert. 8. n. 27. & seqq. Christin. vol. 4. dec. 3. Ant. Fab. Cod. suo hoc tit. fere per totum.

2. Testamento autem condito codicilli quocumque tempore facti fuerint ad testamentum pertinent vice que ex eo capiunt etiam in eo confirmati non sint, l. 3. §. ult. d. l. 16. hoc tit. de jur. cod. denique infirmato testamento & codicilli concidunt, l. 1. C. de cod. d. l. 3. §. ult.

3. Illud interest inter codicillos testamenti nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata & libertates directo datæ, l. 43. de man. testam. perindeque omnia habeantur ac si in testamento scripta essent, excepta causa hereditatis, l. 2. §. 2. de jur. cod. quo loco palam est Julianum agere de codicillis confirmatis. At que codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis sive precariis, debentur jure fideicommissi, arg. d. l. 2. §. ult. l. 13. §. 1. de jur. cod. l. 76. ad senat. Trib. Illud enim dicere nolim, ea sola que verbis precariis codicillis non confirmatis relicta sunt valere; neque cum Ant. Fabri. 15. conj. 15. potentius esse jus codicillorum qui ante testamentum facti sunt quam eorum qui postea scripti, quasi in illis post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini etiam que directo relicta sunt jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis uti ter relinquatur: quod perquam mihi absurdum videretur. Sed non est quod de his amplius laboremus; cum enim confusa nunc sit legatorum & fideicommissorum natura, l. 2. C. legat. de legat. dubitandum non est quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo non sint valent.

[Ante testamentum] Meminit tantum codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent non videretur fuisse dubitatum, cum quod quisque postremum caverit id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum ut etiam futuri codicilli testamentum confirmarentur, ut apparet ex li. 7. & 8. seq. §. ult. l. 18. ff. de fideic. libert. l. 6. l. ult. C. cod. sed id fieri solitum majoris securitatis gratia; nam ad validitatem codicillorum speciale hanc confirmationem non fuisse necessarium patet ex l. 3. §. ult. de jur. cod. nisi ad hoc ut legata & libertates datæ directo valerent.

Tom. I.

4. Illud queritur, quatenus codicillis posterioribus ex his que testamento cauta sunt mutare quid aut tollere liceat. Hæc ergo codicillis adium non posse translatam esse; quam ob causam nec conditio heredi instituti codicillis adjici potest, §. reg. At potest heres testamento scriptus codicillis rogari ut hereditatem restituat, l. 1. C. de jur. cod. Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi, quinimo & legata, utique hæcenus ut legatarius ex testamento agens repelli possit exceptione doli mali, arg. l. 4. §. 10. de dol. mal. except.

[Quam si speciali postea voluntate] Papinianus existimabat codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere quam si testamento quod postea factum est vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntas quocumque judicio retineretur, l. 5. de jur. cod. morus, ut credible est, hac ratione, quod qui post codicillos à se factos testamentum facit mutet causam successionis transiens à causa intestati ad causam testati: quo facta videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi heredem ab intestato.

[Divi Severus & Antoninus contra] Contra sententiam Papiniani, qui exigebat ut voluntas codicillis expressa saltem novo aliquo judicio rectora probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur que mutata non ostenditur; ut jam mutare voluntatis probatio incumbat heredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigetur ab eo qui ex codicillis quid peteret; atque ut nunc præsumtio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

5. Si appareat eum &c. non recessisse] Hoc omnino scilicet accipiendum est cum clarissimo D. Tuld. cap. ult. hic, ac si scriptum esset, nisi appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat recessisse. Satis enim apparet non recessisse ex ipso quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introducitum sit, cum ipsi Papinianum suffecerit voluntatem codicillis declaratam quocumque judicio retentam probari, ut bene dicitur Ant. Fabri. 15. conj. 15. Similis 15. sententia formula in eodem sensu etiam apud Veteres occurrit, ut in l. 30. de jur. dot. l. 24. §. 8. de fideic. libert. l. 8. §. 2. de novat. neque enim semper æque accurate auctores Juris loquuntur. Estque hæc communis ususque recepta sententia, codicillis nisi testamento postea facta, evocati probentur tacite confirmatos intelligi. Gloss. & Bart. in l. 5. de jur. cod. Manic. lib. 1. de conj.

Hhhh

conj. ult. volunt. tit. 8. Myns. Schneid. Wesemb. hic. totoque iudicio fallitur Hotomannus, qui scribit in §. jure nos uti ut nisi retenta voluntas probetur codicilli per testamentum revocati videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum & codicillorum; & ideo nec exhereditatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest; nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adijcere, neque substituere directo quis potest.

L. 2. tit. 12. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Hereditatem codicillis dari aut adimi non potest, nec si testamento confirmati sint; & que hujus juris ratio.
2. Regulam hanc intelligi de hereditate directo danda non per fideicommissum; & quid inter hac intersit.
3. Consequent esse superiori regule, instituto heredi codicillis neque conditionem recte adijci, neque detrahi neque directo substitui.

UT cetera omnia codicillis vel ab intestato factis vel à testato licet testamento non confirmatis relinquere possint, maxime novo jure post exaurationem legatorum & fideicommissorum: hereditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, l. 10. ff. de jur. cod. l. 2. C. de cod. l. 76. ad sen. Treb. & militis in hoc privilegium agnoscimus quod codicillis heredem facere possit, l. 36. de test. mil. Datur enim hereditas per institutionem heredis aut substitutionem directam, quod solius testamenti proprium est, neque in illum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, l. 7. C. hoc tit. l. 19. C. de pact. l. 34. C. de transact. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 4. C. de inus. stip. Non obstant species propositæ in l. 77. de her. inst. l. 10. de cond. inst. illic enim non proponitur hereditas data ut confirmata codicillis, sed data testamento quod codicillis declaratur aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autemposito, hereditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, codicillis posse adimi, scilicet his qui vel in testamento scripti sunt vel ex lege sunt heredes, l. pen. §. 1. ff. de cond. inst. l. 2. C. hoc tit. l. 4. C. de his quib. ut indign. & ideo

liberi codicillis frustra exheredantur, fac. l. 14. C. de testam.

Ne confundatur ius testamentorum] Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos qui ex testamento vim sumunt ipsum testamentum quod vides per institutionem heredum accipit confirmari videretur, ut Papi- nianus disputat in d. l. 10. de jur. cod. Nimirum si hereditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse; denique idem posse, idem esse codicillos quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen iuderetur iis rebus quas vis ac potestas una sociasset? collectio est Constantini in l. 7. C. hoc tit.

2. Directo autem hereditas &c. nam per fideicommissum] Quod toties traditum est, hereditatem codicillis nec dari nec adimi posse, sic accipitur ut directo non possit dari, puta herede codicillis instituto aut substituto, d. l. 7. C. hoc tit. nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est aut lege debita, l. 4. C. de his quib. ut indign. Ceterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hereditas jure relinquitur, l. 2. C. hoc tit. daturque & admittitur. Dari intelligitur ei qui hereditas restitui rogatur; adimi ei qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc heres maneat; manet tamen nomine tantum, effectu autem is heres fit cui hereditas restituitur. Multum vero interest utrum dicamus codicillis directo hereditatem relinquere posse an per fideicommissum duntaxat; nam directo relicta semper tota capitur ab instituto, relicta per fideicommissum non capitur à fideicommissario nisi imminuta detractione quartæ Falcidicæ, si is qui rogatus est restituere jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum heres manet. Porro cum confirmatio quoque in spem directæ donationis cadat, negat Jurisconsultus in l. 2. §. ult. de jur. cod. hereditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hereditatem confirmari; sed tantum ex fideicommissio peti salva ratione legis Falcidicæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hereditatem codicillis neque dari neque confirmari posse, l. pen. §. 1. C. de nec. serv. her. inst. VINN. Verumtamen cum apud Hispanos fideicommissarii rectè hereditatem adire possint, atque nulla sit detraçtio Trebellianicæ, ut superius monuimus: quis porro laborabit an hereditas directæ an oblique vel in codicillis est relicta sic, cum quod ad effectus arinet idem jus obtineat? Vid. Pichard. multa hic de verbis disputantem. ADDIT.

Nec

3. Nec conditionem adijcere] Heredi pure instituto conditio codicillis adijci non potest, l. 6. in pr. de jur. cod. quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur, l. 27. §. ult. de cond. inst. Quod si codicillis adijcere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahare, cum hoc casu hereditatis detur quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque substituere directo] Nam qui directo substituit, in defectum prioris heredis alium heredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, l. 1. de vulg. & pup. Plane interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum traditur benigna interpretatione, l. 76. ad Treb. In universum autem, si constet aliquem qui testamentum non habebat codicillos, non testamentum, facere voluisse, in ea scriptura directæ institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet; perindeque haberi ac si legitimus heres rogatus esset scripto in codicillis hereditatem restituere, l. 1. §. 1. de jur. cod. & ibi Bart. Bald. & alii, & in l. 7. de vulg. & pup. VINN. Eoque jure utimur, ut docet Gregor. Lopez gloss. 2. ad l. 2. tit. 11. Part. 6. ADDIT.

TEXTUS.

Numerus & solemnitas.

3. Codicillos autem etiam plures quis facere potest, & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

COMMENTARIUS.

1. Cur cum plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli.
2. Codicillos non esse omnino sine aliqua solemnitate ordinationis; quod tamen non pertinet ad confirmatorum testamentum.
3. Utrum mulier in codicillis recte testis adhibeatur.

NOTANTUR hic & alia differentie inter testamentum & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis plures codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, §. pen. Inst. sup. de test. ord. Nam cum unumquodque testamentum unius versam successionem contineat, si novissimum testatoris voluntatem servari placet prius semper per posterius rumpatur necesse est, §. 2. Inst. sup. quib. mod. test. inf.

Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, l. 6. §. 1. de jur. cod. nec quidquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, l. 3. C. hoc tit.

Nullam solemnitatem ordinationis] Existimo, hoc è veteris alicujus Jurisconsulti commentarii sumtum qui ante Theodosium vixit, & forte ex Marciano d. l. 6. §. 1. de jur. cod. Nam Theodosius quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est uno adionis contextu coram iis negotium absolvatur; & si in scriptis fiant etiam testium subscriptionem desiderat, l. ultim. §. ult. C. hoc tit.

2. Quæ sane declarant, codicillos nunc non omnino esse sine solemnibus & substitute ordinationis, fac. l. ult. C. de fideic. §. ult. Inst. sup. de fideic. her. & juna illa quorundam distinctio est inter solemnitates ordinationis & probationis; nam solemnitas omnis etiam in testamento non alia de causa requiritur quam ut certo de voluntate defuncti consensere possit. Enimvero in codicillis testamento confirmati non puto necesse esse ea adhiberi quæ à Theodosio præcipiuntur; quippe quod his codicillis relicto est perinde habetur ac si ipso testamento relicto esset, l. 2. §. 2. de jur. cod. ut proinde ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficere debeat, arg. l. 77. de hered. inst. l. 10. de cond. inst. atque etiam secundum ipsam constitutionem Theodosii.

3. Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit. Vulgo placet posse, propterea quod non uti in testamento ita in codicillis expresse prohibita est testimonium dicere. Gloss. & DD. comm. in d. l. ult. §. ult. C. de codic. Grass. §. testamentum quæst. 57. n. 4. Mynsing. Schneid. hic. Ceterum mihi non fit verisimile ullos actus solemniter adhibitis mulieribus apud Veteres expediti potuisse; & Theodosius non qualitate & sexu sed numero tantum testes codicillaris à testamentariis distinguit. Revisse ad ea quæ scripsi ad §. 6. Inst. sup. de testam. ord. VINN. Defendit Vinnii sententiam vir cl. Reinold. in Var. cap. 5. Sed res clara videtur. In testamentis condendis testibus opus erat talibus quibuscumque olim fuerat testamenti factio in comitiis calatis, quia is actus jure verissimo lex erat populi suffragii perlatæ, jure novo solemniter mancipatio verisam successionem contineat, si novissimum testatoris voluntatem servari placet prius semper per posterius rumpatur necesse est, §. 2. Inst. sup. quib. mod. test. inf.

di epistola etiam non obsignata dum de ejus fide constaret, l. 89. *pr. ff. de legat. 2.* quia enim voluisset preces ad omnem successionis speciem posse esse videbantur, l. 77. §. 2. *ff. eod.* Testes ergo adhibebantur ab iis qui nuncupative fideicommitterebant. Et ita intelligenda l. 22. *C. de fideicommissis.* Postea etiam in scriptis codicillis intestatorum testium opus erat presentia, per l. 1. *C. Theod. de test. & codic.* non solemnitate causa, sed ut testamentum succedentes sine aliqua captione rationentur. Ergo non solemnitate causa adhibendi sed probationis causa. Nec aliud voluit Theodosius dum in omnibus codicillis testes requisivit, l. ult. *C. hoc tit.* Atque & feminarum testimonium fidei facti in his ubi solemnitate deest scrupulosa observatio, l. 20. §. 6. *ff. qui test. fac. poss. l. 28. ff. de test.* Quate ad testamentum ad codicillos collectio non procedit. H. 11.

In *leg. 3. Tauri. l. 2. tit. 4. lib. 5. Rec.* statutum est eandem solemnitatem in codicillis requiri, quae ex *leg. Ordinam. (l. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. in terpp.* acceptum est de codicillis nuncupative factis; codicilli enim in scriptis remanent in dispositione juris communis ex l. 3. *tit. 12. Part. 6.* ut docent Gregor. Lopez in *gloss. 2. ad dictam leg. & Anton. Gomez ad leg. 3. Tauri n. 69.* Est tamen quod dubitemus.

Observationes quas hic subjungimus spectant internam testamentorum solemnitatem in qua mirum quantum differet Hispanorum jurisprudentia ab illa Romanorum. Civili enim jure interea testamenti solemnitas duobus summis capitibus continetur: heredis nempe institutione qui personam defuncti representat, unde robur ac firmitatem testamentum accipit: & institutione vel exheredatione liberorum quos pater in potestate habet: Utrumque nostris testamentum nullum est: Utrumque nostris legibus inmutatum invenimus. Etenim testamentum etiam sine heredis institutione fieri potest, l. 1. *tit. 4. lib. 5. Recop.* praeiutione filiorum testamentum quoad legitimam rumpitur, cetera capita firma manent, l. 8. *tit. 6. lib. 5. Recop.* Itaque testementa apud Hispanos sunt, attestaciones eorum quae quis post mortem vel si nihil praeieterit aliud. Vide jam quae hujus doctrinae sint consecutaria. Cum civili jure heres personam defuncti representare ac velut continuare deberet, testator pro patre testatus pro patre intestatus decedere non poterat: ex die vel in diem non recte in-

stituatur heres: ex certa institutione sine coherede integram hereditatem adibat: coherede recusante pars vacans ei accesserat, sustinebat enim personam defuncti quae pro parte representari non poterat: praeterea testamentum sine heredis institutione nec intelligi quidem poterat, erat enim testamentum declaratio ejus qui personam gereret defuncti. Quorsum igitur testamentum sine herede? Itaque mutato heredis statu ut capere non posset, testamentum infirmabatur: si adire recusaret, corruerat. Hinc omnia in testamento ab heredis institutione robur ac firmitatem accipiebant: hinc legata, hinc fideicommissa pendebant: hinc quarta Falcidia & Trebellianica: hinc praecipua inter codicillos & testamentum differentia, nam codicillis hereditas neque dari neque adiri potest; quae omnia ex eo pendunt quod apud Romanos testamentum sine herede esse non potest. At apud Hispanos testamentum valet etiam nullo herede instituto: igitur superiora juris civilis capita tacite vel expresse nostris legibus sunt abrogata uti singula suis locis notavimus. Alterum vero solemnitatis internae caput quod ad patentes pertinet hinc ortum habuit, quod civili jure pater & filius eadem persona habetur: itaque moriente patre non novus dominus fit sed antiquus manet: si igitur institutus non est, vel expresse exheredatus dominus paternae hereditatis remanet, ac propterea extraneus heres institutus causa cadit: hinc sui heredes filii: hinc sola existentia sine additione heredes sunt. Praeterea postumi & nepotes dum subintrant in locum filiorum paternae testamenta evertunt, quia sunt domini hereditatis etiam vivo testatore; atque hinc pendunt pleraque juris civilis ambages. Cuncta haec planius apud Hispanos statuta. Liberi solum habent jus ad legitimam: ergo sive praetorici sive non jure exheredati, sive non ex integro instituti idem jus habent, ad legitimam nempe. Planior perfectio & plenior jurisprudentia & naturae aequitati conformior. Liberi tamen jure Hispano exheredandi sunt addita causa; neque enim fas erat scriptos heredes insimulare liberos ejus infaniae cujus parens mentionem non fecisset. Igitur superiora juris civilis capita nullius apud Hispanos usus? Dicit perfectio aliquis. Acutiores videant; tu consule quae singillatim notavimus. Fugerunt porro haec bonam Interpp. nostr. partem. Num & legum Compilatores? Supersedeo. ADDIT.

