

remedio revertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosi, quæ una exheredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim exheredationis habet, supererat. Arguit hoc diligens illa causarum ingratitudinis, de quibus in iudicio querela agit, enumeratio & definitio, quæ causam novæ constitutionis dedit. Ad hæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exheredatis aut præteritis testamentum potestate d, constitutionis nullum esse, non liberis tantum consilium, sed extraneis omnibus defuncti heredibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut prinquam, hereditatem adierit, mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit exclusis scriptis heredibus, qui aliqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis duntaxat prospectum voluit, ne his noceret exheredatio, non consulere aliis contra scriptos testamentum hæredes. Postremò, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed promiorum atque expeditiorum ei viam facere, unique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum iure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut abolvat testamenti paterni solemnitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit ritè factam esse, quamvis iniusta sit, alterum, ut exheredatum summoveat ab hereditate, ad quod inopere existitur, ut facta sit iuris de causis: posteriorem tantum effectum restringere voluit Justinianus, priore in suo testata relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non fit ex iis quæ d. Nov. 111. c. 3. continetur, aut ex iis quidem, sed in cuius probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioso hodieque agat & postulat, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestatam: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exheredatione est, ut matris & avi matris, licet causa adjecta non sit. Falsum enim est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem matrem pro exheredatione amplius non haberi, sed ex hac causa non minus nullam esse testamentum, quam si pater præterisset, nisi præteritioni additum sit elogium: quippe qui contra rationem juris necessitatem exheredandi illic introducunt, ubi non est iustus, l. 11. ff. de lib. & post. l. 4. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab. Proinde nihil quoque

interest parentes à liberis exheredati sint, an præteriti, nam hæc in linea adscendentium nihil differunt. Ita concludimus cum Fulgoc. & Don. in d. auth. ex causa. Duar. cop. 3. ad tit. de inoff. test. Vigl. ad rubr. inst. cod. Cujac. ad Nov. 18. Valq. lib. 2. de succ. creat. §. 20. num. 162. & seqq. Fachin. a. controv. 9. Gudelin. lib. 2. de jur. noiff. c. 4. Perez. in Cod. tit. de lib. pret. num. 13.

Argumenta differentientium non sunt talia, quin his facile ex iis, quæ jam dicta sunt, occurrere possit. Primum est, quod exheredatio non ritè facta pro præteritione habetur, l. 8. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab. Est: sed falsum est quod affirmunt, exheredationem sine elogio factam ritè factam non esse, peruntque hic sibi concedi v. l. 2. §. 2. supponentes in exheredatione omnifio elogio facta leges & ritum exheredationis observata non esse, quod est *apud nos* *quæstio*. Nam, ut supra demonstravimus, in tota illa Nov. 115. cap. 3. & 4. nihil caveatur de alia solemnitate aut de alio ritu in exheredatione observando, quam qui prioribus legibus præscriptus fuit, nempe ut purè, ut nominatim, ut à tota hereditate & ab omnibus gradibus liberi exheredentur, l. 3. §. 1. & seqq. l. cum quidam. 19. ff. de lib. & post. l. sed sub 18. ff. de bon. poss. cont. tab. §. sed hæc. 5. Inst. de exher. lib. sed tantum proclivior via sterneretur ad querelam inofficiosi testamenti, ubi exheredatio ritè quidem facta est, sed injuriam habere videtur. Non obstat, quod Justinianus expressè jubet causam ingratitudinis testamento inferri; nam idem, si interio non fit, non vult testamentum iplo jure nullum esse, sed vult illud rescindi, & quidem non in totum, sed pro parte duntaxat, quoad institutionem scilicet hæredis, cetera autem capita salva manere. Inque frustra hic obijciatur vulgatum illud: Quod contra legem fit, id iplo jure nullum est, l. 1. C. de legib. Nam illa regula non procedit, quando lex id quod fieri vetat, valere aliquomodo & subsistere patitur, suppeditato remedio quo quod factum est, rescindatur, aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Justinianus, de quo nos *supra* lib. 1. q. 1. Non majoris ponderis est & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam esse titulo institutionis. Ex eo enim inveniuntur sequitur, si non sit relicta tali titulo, testamentum iplo jure nullum esse. Sed hæc collectio bona est: ut testamentum maneat in *v. l. in iis* & ab omni oppugnatione tutum sit, voluit Justinianus bonos liberos & parentes honorari titulo hæredis: ergo si tali titulo honorati non sint, testamentum non manet firmum, sed oppugnatum

& expugnari potest. At, inquirunt, exheredati sine elogio non possunt causa cedere: frustra autem datur actio, in qua non potest ad hoc succumbere. Mira ratio. Ego frustra est, quod actio de inofficioso datur posthumis exheredatis, §. 2. Inst. de inoff. test. item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint, quia non possunt non evincere, l. omnimodè. 30. C. cod. tit. Considerare debuerant non frustra esse, quod leges testamentum subsistere volunt, ut saltem in casibus, quos modò memoravi, ingidentibus, voluntas defuncti conservetur & exitum habeat.

CAPUT XXII.

An jus accrescendi in hereditatibus cum aliquo effectu à testatore prohiberi queat?

Quando unus tantum hæres scriptus est, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triciente, &c. is perinde ac si ex toto affinitus esset, omnium bonorum hereditatem consequitur, §. hereditas. 5. Inst. de hered. instit. Hoc autem magis est ex subtilitate juris propter regulam, quia nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, d. §. hereditas, quam ex voluntate defuncti, quæ ejusmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua hæres scriptus est. Quòd si, verbi causa, tres singuli ex una scripti sint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commo-dissimè dicitur arbitraria distributione testatorem sumere, atque in tres partes æquales universalem hereditatem dividisse. Quod fecus est, si unus tantum institutus proponatur in quadrante, sive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamento paganorum, l. 3. C. de testam. mil. hoc tamen casu diversum jus est; propter d. regulam: quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, atque uno tantum hærede in certa assis parte à pagano instituto pars hæc reliquis ad se trahit; à milite si idem factum sit, residuum hæredes ab intestato ferunt, l. quæretur. 19. ff. de testam. mil. quod & in græcis institutionibus diserte expressit Theophilus. Sed & si quis institutus fuerit, non ex parte hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo Tulculano, Galatinis, &c. detracta rei mentione, l. 1. §. §.

ut uno deficiente pars ejus accretat cæteris, qui hæredes existerunt. *l. liber. homo. §. 3. l. si ita quis. 66. ff. de hered. instit. l. un. §. his ita. 10. C. de caduc. toll.* Quamquam non ex causa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hæreditatibus legitimis. *l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. hered. & valet utrobique ex necessitate.* Necessitas nascitur ex duobus principiis juris: quorum primum est: Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse. *l. 4. C. de repud. her. alterum: Neminem eisdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare. l. 1. l. 2. ff. de acq. her. d. l. un. §. his ita. 14. C. de cad. toll.* Erigitur, qui ex aliqua parte hæres extitit, si ve ex testamento si ve ab intestato, et etiam in vivo & ignorantis deficientium portiones accrescunt. *l. hæredi. 31. l. si duo. 38. l. qui ex duobus. 53. §. 11. ff. de acq. her. d. l. un. §. his ita. C. de cad. toll.* Si plures sint qui portionem suam agnoverint, defectæ partes accrescunt omnibus qui agnoverint, omnes conjuncti aut disjuncti sint: si promiscuè conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulari non ex æquo, sed pro portionibus hæreditatis: & in distributione si permixti instituti sint disjuncti aut conjuncti placet conjunctos unius persone potestate fungi, ut non plus universi contendantur, quam disjunctorum singuli. *d. l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll. l. hæredes. 63. ff. de hered. instit.* eademque ratio est & hæredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur: quod sic cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei, verum ratione & effectu nonnihil dissimili. Etenim in legatis locum non habet ex necessitate aliqua aut dispositio juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum scindit, si concurrant; si verò non concurrant, solidum postposito hærede, *§. 1. C. de caduc. toll. ac prouide & prohiberi inter legatarios ejusdem accretio potest, & si singulari lingue res legatæ, uno deficiente portio ejus in hæreditate manet, l. hujusmodi. 84. §. pen. ff. de legat. 1. & cum deficientis cohæredis portionem cohæres inuitus & cum onere sem-*

per accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec inuitus plerumque accipit, & interdum sine onere, *d. l. un. §. his ita. 10. & seq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, si quis solus ex certa parte hæreditatis, aut certa re institutus sit, si nihilominus in integrum assensu potestatis juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expressè prohibuerit? Et quidem, quem admodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, ita nemo quoque in suo testamento potest cavere, ne leges in eo locum habeant. *l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1.* ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautio efficere posse, ut contra regulas juris civis displiciter ei succedatur, & ex testamento & ab intestato. Alterum ergo dicendum necesse est, vel cum Bartolo totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommissi partem testamento expressam restituere hæredi scripto: vid. Gomez. *l. resol. 10. n. 10. & seq. vel* raro manente testamento, prohibitionem insuper habendam, residualque partes, quantumvis vacante testatore, accrescere hæredi instituto: quæ sententia, ut ex iis quæ jam dicta sunt, patet, juri magis est consentanea, & numero etiam suffragiorum vincit, testib. Vig. *ad d. §. 4. Clar. §. testamentum q. 74. Crutini. vol. 4. decis. 11.* Levia autem valde sunt, quæ huic sententiæ obijciuntur, & præsertim à D. Bronchorstio. *lib. 2. misl. contr. assert. 14.* quale primum illud est quod Ulpianus in *l. quoties. 9. §. si duo. 33. ff. de hered. instit.* scribit institutos ex certis rebus, quasi simpliciter institutos sint, hæreditate potius, nisi voluntas patrisiam, manifestissime refragatur: unde sic ex contrario rectè colligi putat, si patrisiam, expressè voluit eos contentos esse iis rebus aut partibus ex quibus instituti sunt, atque nominatim prohiberi ne reliqua bona iis accrescant, eo casu pro parte testatum decedere, neque ad hunc casum superiores regulam pertinere. Vitiola enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio est: quippe Jurisconsultus iis verbis: *Si modo voluntas patrisiam, manifestissime non refragatur;* non hoc significat si testator prohibuerit reliquam partem accrescere institutis, eam relinquendam esse hæredibus legitimis, atque ita contra quam juris ratio patitur, eandem & testato & intestato posse decedere: sed longè alia istius clausule sententia est; nempe quod scripti in inæqualibus partibus certæ rei, qui aliquo ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si necres nec partes essent nominatim, in hæ-

res scriptus, distributione pro rata facta, ex fructibus prædiorum liberis alienata aliquandiu præstitit, mox unus ex liberis alimentariis fructuarius, ob alimenta viâ decessit: queritur utrum partis ejus emolumentum accretat cæteris collegatariis, si ve fideicommissariis, an verò ad hæredem revertatur? Et ait Papinianus, partium emolumentum ex persona viâ decedentium ad hæredem proprietatis dominum recurrere. Cujus responsi ratio non est obscura. Nam cum fructum singulis ad alimenta duntaxat præstiti testator voluerit, inde apparet, non plus quemquam eorum habere voluisse, quam quo vitam suam toleraret: eamque ob causam portio unius deficientis cæteris non debet accrescere, in quibus assatum suppetit, que se exhibent. Ubi autem hic duo hæredes diverso jure successerint, alter est ex testamento, alter ab intestato? Nec verò hic disputamus de legatis aut fideicommissis ejusdem rei, inter quos ut accrescendi jus, nisi nisi vel voluntate dēficiūt, locum habet, ita & prohiberi à testatore potest, sine offensa superioris regulæ, cum pars deficientis apud hæredem maneat. Atque hæc etiam ratio est, cur idem illud jus esset in legatis alimentorum; nempe quia testator intelligitur voluisse hic quicquam accrescere. Sicut enim in agris limitatis locus non est juri alluvionis, propterea quòd in his cercis limitibus & finibus jus possessoris circumscriptum est, *l. in agris. 16. ff. de acq. rer. dom. ita & in usufructu limitato ad fruem alimentorum cessat jus accrescendi, quod cum alluvione comparatur, l. si Thilo. 33. in fin. ff. de usufr. d. l. dominus. 57. §. 1. ff. eod. l. alimenta. 16. §. 2. ff. de adm. legat.* Et si autem communis hæc sententia rationi juris magis convenit, quàm prior illa Bartoli aut Bronchorstii, est tamen & media quardam quam proponit & tueri Salicetus, in *l. pen. C. de hered. instit.* & à qua non abhorret doctrinam Bachovius: nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus vi & potestate juris ex assè hæres facti: ceterum hæc vim esse, ut hæres ille ex certa parte aut re scriptus residuum, vel partes reliquas, quas accrescere testator noluit, in quantum ex fideicommissi teneat restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venturi fuissent, ducto argumento à simili, quale proponitur in *l. si quis. 29. ff. ad senat. Trebell. & §. 3. Inst. quib. mod. test. instrum. item in l. ex factis. 17. pr. ff. ad senat. Trebell. & hæc. l. peto. 69. in fin. pr. ff. de leg. 2. Atque hæc sententia mihi quoque non displicet: imò, magis placet quàm superior illa communis, quoniam favet voluntati morticium salvæ ratione juris. Et hæc accom-*

modum

modum

dari potest et in *d. l. quoties. 9. §. si duo. 12. ff. de hered. in fiti. de qua supra. Exco gnovit & Vigilius noster mediam lententiam; sed ille dum servare cupit voluntatem defuncti, manifeste facit adversus rationem juris, committendo tacitam legitimum heredem in partibus, quas testator scriptum heredem habere noluit, institutionem, qualis institutio jure nostro incognita est. Quod cum nec ipse Vigilius dissimulet, persuasum habeo cum quoque omnino & sine conditione, in Saliceti opinionem transierim, si quis modum eam propofuisset. In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique licet, partem testato, partem intestato, decidere contra dispositionem juris Romani, *Geor. 2. introd. c. 18. Gadelin 2. de jur. no. vis. c. 5. Christin. vol. 1. dec. 51. & dec. 312. & vol. 4. decis. 10.* An autem per hoc quoque censeri debeat in totum abolutum esse jus accrescendi, hic non disputo: Vid. *Christin. 4. decis. 58. Gadelin. de cap. 3. Granev. de legib. abrog. ad §. hereditas. 3. Inst. de hered. instit.**

CAPUT XXIII.

Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo heredi à Patre factæ extitisse intelligatur ut substituto fiat locus? & an jus fuitatis per hujusmodi substitutionem tollatur?

Conditio hec vulgaris substitutionis si heres non erit, qui casus primus dicitur, per diversam qualitate heredum & persone instituti diversimodè accipitur. In extraneo herede qui sui juris sit, hoc significat, si neque filii hereditatem acquirerit, neque alium, mutata conditione, heredem fecerit. In ejusdem qualitatè herede qui alieno juri subiectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse heres erit; neque hereditatem ei cuius in potestate est, acquirerit. *l. si paterfam. 40. ff. de hered. instit.* In quo herede eadem formula circa controversiam hoc significat, si heres esse non poterit, quod fit si ante patrem testatorem vitâ decedat; tunc enim nisi liberis reliquerit, qui quasi agnoscendo testamentum rumpant, semper locus ex substituto. Ceterum putamus eadem formula & hoc significari, si se paternâ hereditate abstineat, si cum esse aut ex testamento heres non extiterit, eo quod bonis paternis se immiscere noluit. Nam et si suus heres ipso jure heres existat, circa illum vel suum vel alterius factum, sine additione, sine

cretionem, sine gestione pro herede, *§. 1. Inst. de hered. qua ab intest. despr. l. in jus 14. §. de suis & leg. her. & idem non esse ius herede dicitur, qui suum heredem, licet se abstinentem, habet, l. cum quasi. 30. §. sed & si. 10. ff. de fidei. lib. quæ res etiam sua habet electa circa confirmationem tabularum pupillarum, libertatum donationes, *Sec. l. 12. ff. de vulg. & pup. subst. l. filius 41. & l. seq. l. ult. de acq. hered. l. paterfam. 28. ff. de reb. auct. jud. poss.* Tamen eam de excludendo substituto quoque iur. & vi aique interpretatione horum verborum, *Si filius mihi heres non erit, ex mente & voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur atque approbat, non excludens seu nuda ista excludit ut malè Theophilus existimavit; sed immisio filii cum aditione heredis extraneâ comparanda est, & substitutum filius excludit, non cum nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu heres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum. 67. ff. de rit. nupt. l. si post 78. ff. de legat. 1. apertè negat filium, qui abstinuit, patri heredem extitisse: nec prætor hunc heredem loco habet, l. si filius. 12. ff. de interrog. in jur. Et alioqui si nullo modo efficere filius possit, ut non hic heres, frustra ei substitutus daretur in eum casum, quo heres non erit, quo procul dubio continetur etiam casus quo non vult heres esse. Enimvero si filius patri superstes decesserit, non declarata voluntate super immixtione aut abtentione, hic excludetur substitutus propter transmissionem hereditatis ipso jure quæritur nec delectæ, aut repudiatæ, *l. Lactus. 43. ff. de vulg. & pupill. 13. C. de tur. delib. junct. l. an. §. 5. & cum autem. 13. C. de caduc. tollend.* Porò ex his apparet verum non esse quod plerique tradiderunt, quos sequitur Pachin. 4. contrav. 71. filium, qui vulgarem substitutum à patre accepit, destinare esse suum heredem. Illud quidem rectè dicitur & omnino dicendum videtur suum heredem, qui in casum vulgarem substitutum accepit, ex necessario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permisum, necessitatem istam, ut in suum filium favorem introducam remittere, & quam etiam tacite remississe intelligatur dato filio vulgari substituto, ut quod aliis filius non habuisset, nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac provide ex jure civili, per *l. verba 22. ff. de cond. instit. l. 4. pr. l. jam substitui. 86. ff. de hered. instit.* Sed nullo modo admitti potest, quod Doctores vulgè contendunt per substitutionem vulgarem in totum tolli jus fuitatis. Licet enim fuitatis coheret, & in persona sui heredis aneas***

fit necessitas, est tamen diversâ qualitas à fuitate, atque hæc salva, aut tantum vulnerata illa tolli potest, quod omnino considerandum est. In servis est necessitas fuitas non est. Ex eo quòd jus suus est, ipso jure heres fit, bonaque paterna propter continuationem domini penes eum remanent: ex eo quòd necessarius ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, respondere, *l. necessarius 57. ff. de acq. hered.* Quomodo etiam hæc suum consort fuitas, In fuitate magis jus & commodum liberorum, in necessitate solius patris vertitur, cui ob id liberum fuit necessitate hanc remittere, atque ex necessario herede facere voluntarium, *l. 12. ff. de cond. instit.* Neque unquam pater dicitur suum sibi heredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio patrem necessarium heredem facit, suum tamen heredem non facit: ut rectè Goveanus in *l. 8. ff. de si quis 5. n. 35. commentat. Barolus. Nihil autem planè pro communitententia facit, l. si filius 16. ff. de lib. & posthum.* Neque enim in casu illic proposito substitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius suus heres esse destinat, ut malè colligit Barolus: sed hoc, ut filius interim decedens præterito posthumo non possit videri heres fuisse ab intestato, quoniam substitutus testamentum sustinet, nec ex eo filius heres existeret potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum posthumum nascituri, de quo fuscè Anton. Fab. *dec. 52. err. 8.* Similiter cum prætor liberis necessariis heredibus potestatem facit abstinendi hereditate, eoque liberat ab omnibus hereditariis si velit hereditatem delinquere, *§. 2. Inst. de her. qual. & diff. d. l. 57. ff. de acq. hered.* necessitatem tantum tollit, non fuitatem: ex necessitate hereditatis facit voluntarios non ex fuitate extraneos: quippe cui propositum non nocere liberis, sed prodesse *l. 12. ff. de vulg. & pup. subst.* Itaque quænam modum post datam à prætoris suis & necessariis heredibus abstinendi potestatem, nihilominus sui heredes manent, ipsoque jure & ignorantis heredes sunt, ac creditoribus paternis obligantur, *§. 2. Inst. de her. qual. §. 2. Inst. de her. que ab int. d. l. 57. de acq. her. quævis respectu beneficii prætorii, quod fit ut in eos actio non detur, l. 2. ff. de cond. instit. idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium ad eadem hereditatis haberent, *l. nam nec. 89. ff. de leg. 1.* & consequenter quemadmodum hæc manet idem fuitatis effectus, videlicet ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel fecerit quidem, sed nondum declarata voluntate de restituenda aut derelinquenda patris hereditate, cum*

hereditatem, utpote ipso jure sibi jam quantam ad heredem quolibet transmittat, *l. 3. C. de jur. de lib. l. 7. §. 2. ff. de acq. hered. l. 19. §. 2. ff. de casu. pec. l. 8. C. de jus. & leg. lib.* ita quoque dicendum est, filium, cui in eum casum, quo heres non erit, substitutus à patre datus est, licet necessarius heres esse destinat, idque ex ratione ipsius juris civilis, non tamen designare suum heredem esse, eumque ante immissionem ad abstinentem decedentem hereditatem ad quovis hæredes transmittere excludo substituto. Quòd si per substitutionem vulgarem tolleretur jus fuitatis, nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse possit vulgaris, nec in vulgari expressa pupillari, contra quam utimur, *l. 4. ff. de vulg. & pup. subst.* denique & transmissio, quæ solius fuitatis ante legem Theodoti effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita, quæ omnia falsa sunt, priora duo manifestè, tertium, *arg. l. an. §. 5. & §. cum autem 13. C. de cad. toll. ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, eum destitit persone, quæ hereditatem non aditam transmittunt ex lege Theodoti, quæ unica est *ap. tit. C. de his qui ant. ap. tab. her. transp.* Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui heredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti Justinianus illic extendit ad personas lege Theodoti comprehensas. Insignis itaque error est Joan. Deckeri qui *lib. 1. diff. 14. n. 43.* ut communem opinionem tueatur, nimirum per substitutionem vulgarem jus fuitatis omnimodo tolli, asserit ideoque vulgarem substitutionem suo heredi factam tolli jus transmissionis, quod ex jure fuitatis est: quia jus heres institutus non aliter ex testamento heres fit, quàm si se immisceat. Notissimi enim juris est, quos heredes tam ex testamento, quàm ab intestato futuri & ipso jure heredes existerent, *§. 2. Inst. de her. qual. l. 1. §. 6. ff. si quis omis. cap. test. & claus. adiac. tabulis. l. 3. C. de jur. delib.* Concludendum igitur substitutionem vulgarem in suo herede non operari in casum & speciem impotentie, sed in casum voluntatis, ut loquuntur, & abstinente duntaxat, utique si filius patri supervixerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictus, qui succedendo rumpant, dubium non est, quin substitutioni locus fit. *Zal. tr. de subst. c. 1. in quar. effect. Gomez. 1. resp. cap. 3. n. 13. 16. & 24. Christin. vol. 4. dec. 16. num. 4. Joan. à Sande lib. 4. decis. Cur. Phil. tit. 3. de subst. ubi plures allegat: & optimè Bachov. ad. Treuil. vol. 2. Disp. 11. thes. 7.* Illud quoque mihi persuadere, ut hoc obiter addam, abtinentie filio suo herede, quo casu substitutum admitti supra diximus, substituti-*

tum heredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hereditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi heres non erit, Sempronius heres esto* quamvis Ant. Faber, de eod. 32. err. 7. contendat non ipso jure substitutum hoc casu heredem fieri, sed à prætorè tantum ad bona admitti. Etenim suas heres se abstinens, tantum secundum quædam hæres adhuc manet, secundum alia fauciatur & emervatur luitas, ut in proposito: ubi & leges ipsæ se quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abstinente, veri hæredes sint, qui ab intestato veniunt. Sed hoc in majoribus.

CAPUT XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris est, sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam continetur vulgaris?

Quoniam qui sibi & liberis suis impuberibus in utrumque casum prospectum volent, ex consilio prudentum, ut credibile est disjunctiva hæc & gemella substitutionis formulæ, quam Modestinus in l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup. subst. duplicem appellat, usitauerunt. *Si filius mihi heres non erit, siue erit, & intra pubertatem decesserit, &c.* propterea quod vel ex plurium sententia, substitutio vim suam non exercebat ultra casum expressum, vel quod ob divergentem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Imp. Marci & Veri constitutione introducitur, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituitur, in utrumque casum substituitur intelligeretur; si vero filius heres non extierit, siue extierit & impubes decesserit, l. 4. pr. ff. de vulg. & subst. Quod jus & ad compendiosam duorum impuberum substitutionem hoc communi verbo, *eosque invicem substituitur*, factam, tractum est, d. l. 4. §. 1. Et quidem extra controversiam positum est, vulgaris substitutionis casu expresso contineri etiam casum pupillaris, veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat, *Si filius heres non erit, Titius heres esto*: hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc casum, *Si filius heres erit, & impubes decesserit*, Titius substituitur intelligitur; nisi voluntas testatoris aperitè refragetur, d. l. 4. in fin. ff. de l. 4. C. eod.

Quod autem pupillaris quoque substitutio hæc admittitur: id est ex sola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile sit patrem, qui aliquem sibi heredem esse voluit, si filius heres non esset, voluisse quoque eundem esse heredem filio, si filius heres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu patitur substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur heredem à patre accipere, l. Julianus 42. ff. de acq. hered. In voluntate autem testatoris manifesta hujusmodi conjecturas non vitur. Quapropter si ille vel nominatim alium non secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat hic qui in primum casum substituitur, minime intelligi debet & in casum secundum esse substitutum contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressim in casum secundum substitutum dedit, §. 3. Inst. de pupil. subst. aut in conditione substitutionis eum adiecit, cui in secundum casum substitui non potest: quod cum sic, palam est testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utriusque heredem substitui poterat, l. 4. §. 2. l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. subst. l. 2. §. 1. C. eod. Excepit etiam casus singularis in l. ult. C. de inst. & subst. ubi Justinianus non vult substitutionem vulgarem vim habere tacite pupillaris adversus matrem coheredem posthumo datam, si viva ea posthumus natus impubes decesserit. Jus singulare ostendunt verba illa, *in hac specie in hujusmodi casu*. Non obstat l. 8. C. de impub. & al. subst. quia loquitur de substitutione militis, quæ facta in unum casum non extenditur ad alium. Quippe militum testamenta non reguntur legis aut constitutionibus, sed ex nuda, simplici, aut prout verbis expressa est, voluntate astringuntur, l. in testamento, 6. C. de test. mil. Don. in d. l. 8. n. 5. & 6. Vigl. ad pr. Inst. de pup. subst. Bronchorst. 5. asserr. 4.

Ceterum, an ex contrario expresso casu substitutionis pupillaris secundo dicendum sit contineri etiam casum vulgaris sui primum non est æquè expeditum. Et communis quidem sententia est expresso secundo primum quoque casum comprehendendum intelligi. Gloss. & DD. in d. l. 4. ff. de vulg. & pup. Mantie. lib. 5. de conject. ult. vol. tit. 3. n. 5. quam sententiam & nos probamus. Sed hic hic nobis movetur à magnis viris Lancell. Polit. de subst. pup. quest. 8. n. 39. Vigl. ad pr. Inst. de pup. subst. Anton. Fab. de off. 32. err. 9. & 10. qui in contrarium eunt, ac ferio contendunt, nunquam in substitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos est numero interpretum

interpretum nobilium sententiam superiores sumus, tamen in communes opiniones non juravinus, & parum hoc esse existimamus, nisi & legum auctoritate vicimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipsis constitutionis Imp. Marci & Veri relatis apud Modestinum in d. l. 4. pr. de vulg. & pupil. subst. et hæc sunt: *ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituitur, in utrumque casum substituitur intelligatur*. Ecce non aiunt Imp. cum pater in primum casum, quomodo loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum & duobus sine ulla distinctione, primum, an secundum tantum expressus fuerit. Secundò & evidentiis auctoritate ejusdem Modestini in terminis hæc quæstionem proponens & decidens in d. l. 4. §. 1. vers. hoc itaque. Qui duo habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque heredem instituto puberem impuberi substituit in eum casum quo impubes heres existeret, & intra pubertatem moreretur: ait Juriconsultus hoc casu fratrem impuberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in eum ejusdem responsi Juriconsultus monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresso impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutua substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri separatim substituitur, filius impubes puberi vulgari, pubes impuberi pupillariter, voluntas quælibet moveri possit, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, nempe in pupillarem, videri debeat impuberi substituisse? At hujusmodi quæstioni post Divorum Marci & Veri constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed unum duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, siue solum in primum, siue solum in casum secundum. Diserte autem dicit, cum uterque alteri separatim substituitur, pubes scilicet & impubes: quia si verborum compendio mutuo substituti sint hoc modo, *eosque invicem substituitur*, in vulgarem tantummodo casum tecipiora substitutio facta intelligitur. Quippe in tali specie incongruens vitium est, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgari, d. l. 4. §. 2. ff. l. 2. C. eodem. Mantie. d. tit. 3. n. 6. Govean. ad d. l. 4. n. 13. in fin. Duar. ad tit. de vulg. & pupil. subst. c. 15. A ratione quoque non magis alienum est hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod

Vinnii Quæst.

in primum casum substituitur intelligatur quoque substituitur in secundum. Imo fortior est voluntatis conjectura proliquo, quam pro hoc: quod etiam Christin. vol. 4. de off. 11. n. 4. notavit. Nam cum pater filium heredem instituit, quem etiam sperat sibi heredem fore, & bona, que relicturus est consecuturum eum, quem filio hæredi factio substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæritis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est patrem voluisse, etiam filio heredem non existente sibi heredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tantò major in hoc casu, quam in superioribus, quantò magis apparet testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bonis, si que postea ei obvenirent, habere voluit, quam eum, quem expressè sibi tantum heredem fecit.

Ex hoc autem vel solo nullo negotio reselli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt: non auctoritate quidem illi nulla nituntur; nisi quod Ant. Faber nobis objicit. Javolenum in l. paterfam. 28. ff. de reb. act. jud. poss. quo tamen loco longè aliam quæstionem Juriconsultus tractat, & nimirum hæc, an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris hereditate abstinent, actio detur, siue an substitutus æs alienum patris agnoscere, & creditoribus ejus respondere teneatur, an verò hereditates, quas nuda existentia potestatis juris civilis conjunct, possit separare. Quod si siccò colligat Faber substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hereditatem patris adire non posse vi aliqua tacite substitutionis vulgaris, eadem ratione collegere nec legitimus heredes, abstinente pupillo, posse patris hereditatem cernere, ut bene contra Fabrum disputat Bachovius ad Treut. vol. 2. disput. 11. thes. 8. lit. F. Et quidam præsupponendum esse dici possit in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiassè manifestè damnosam hereditatem, utrumque virtute tacite substitutionis vulgaris sibi declaratum? Ac mihi quidem, quod ad istam quæstionem attinet idem videtur sensisse Javolenus, quod inaccessor ejus Julianus, cuius sententia, ut pupilli utilitatem impugnant, notatur à Marcellò & Ulpiano in l. Julianus 42. pr. ff. de acq. hered. Levicula autem sunt, quæ de ordine sententiarum communi obijciuntur, quod nempe hic sit naturalis ordo, ut à casu primo transeat ad secundum, non vice versa, l. 2. §. prius autem 4. ff. de vulg. & pup. subst. l. 2. §. quod absurdum sit in accessorio, quale est testamentum filii, contineri principale seu testamentum patris. Quando enim

conjunctionem eodem tempore, iidemque tabulis a contextu patet sibi & filio testamentum facit, nihil refert, a suo, an a filio incipiat, d. l. 2. §. *sed & si* 6. atque ut Ateusus dicebat, in conjunctionibus nullus est ordo, l. 14. ff. de *pecul. leg.* ac proinde, si non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione constitutio, ut ex voluntate Divorum. Principium perinde in specie propofita haberi debet: ac si casu primo initium substitutionis pater fecisset. Agitata fuit hæc questio jam olim in iudicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii eujusdam & M. Curium, cuius rei Cicero multus in locis, & Quintilianus lib. 7. *Inst. orat. cap. 7.* meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si, antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium heredem substituerat. Cùm posthumus natus non esset, exorta est de hereditate controversia inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius contendebat legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumus, si posthumus impubes moreretur: ac posthumum ne natum quidem esse; ac proinde decessisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iidem argumentis, quibus nos usus sumus, probavit Centumviris M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod iudicium ut communem sententiam vindicet ab illis, quas Viglius & Faber comminiscuntur, abundantius, ita ipsum, cùm res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii, constitutione Divorum fratum confirmatum est.

Plena in substitutione facta pupillo exheredatæ eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expressè quidem vulgaris substitutio eo casu fieri potest; quippe cùm vulgæriter ei duntaxat substituere queam, quem ipse mihi hæredem facio. Quid si quibus diversis testamentis pater filii & filio hæredem scripserit? Tæpe enim pupillare testamentum diverso tempore fit, & novis solemnibus juratis adhibitis. Pone patrem suo testamento perfectò, alio deinde die aut hora filio testamentum fecisse, quod ei permillum est, l. si quis 16. §. 1. ff. de *vol. & pupil.* aut sibi per scripturam filio per nuptiationem vel contra l. patri. 20. §. 1. *cod. Atque* in suo quidem testamento filium hæredem instituisse, sed iidem tabulis nullum ei dedisse substitutum. Postea & alio demum tempore filio impuberi fecisse testamentum, quo et pupillariter substituit. Hæc ego dicerem cum Bæbio sub pupillari expr. filii non intelligo comprehensam vulgarem, propterea quòd tunc filio tantum, non etiam sibi hæ-

redem quævisse pater videtur. Apud nos & in plerisque aliis Belgii Provinciis, quia pupillari substitutione non utitur, disputatio hæc perpetua est, Gudel. in lib. 1. de *jur. nov. cap. 13.* Grot. lib. 1. *introd. c. 19.* Gronow. de *legib. abrog. tit. Inst. de pup. subj.*

CAPUT XXV.

An legatum in alterius arbitrium rectè conferatur?

Quando de legato in alterius arbitrium conferendo disputatur, tres diversi casus considerandi. Nam aut in arbitrium hæredis conferatur, aut legatarii, aut tertii alicujus, five extranei, atque hi tres casus diversum jus habent. Quod in collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicat, potest legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tanquam in conditionem, l. 1. pr. ff. de *legat. ubi* Ulpianus ait, in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest, id est, quasi conditio. Malim tamen cum Cujacio lib. 2. *obj. 2.* legere veluti conditionem. Sed quid hoc est, in alterius arbitrium veluti in conditionem? Respondendo, si testator sic dixerit, *Mævio fundum Titulianum do, lego, si Titius voluerit.* Tale, inquam, legatum valet. Ratio est, quia voluntas facti est & potest legatum in alterius factum, non ut in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi conferri, puta, si forte accidit aliquando, ut id velit, ut conditio potius sit, quam merum legatari dandi arbitrium, veluti si *Titius Capitolium ascendit.* Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in d. l. 1. pr. ff. de *legat. 1.* ubi & nihil interesse scribit, hoc an illo modo legatur, Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus sibi tradit, legatum in alienam voluntate poni potest, si quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quasi conditio ponitur, ut in aliena voluntate, uti videlicet, Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *si Sejus voluerit, Stichum liberam esse volo, deberi ait,* quod scilicet conditio potius sit, quam legatari dandi merum arbitrium, l. si de *commissa* 46. §. 2. ff. de *fideicommissis*. *liber.* Atque hæc conditio eodem iton loco patrem facit illam, *si Sejas Capitolium ascendit.* Et quæ hoc legatum verbè conditionale, ac mortuo antè conditionem existentem, id est, antequam tertius ille voluerit, lega-

tario, extinguatur. Dissentit Hotomannus, lib. 2. *amich.* 5. Pomponium & modestinum cum Ulpiano committens. Potest & legatum conferri & in extranei arbitrium non utique liberum, sed ut arbitrium boni viri, & tunc legatum non est conditionale, d. l. 1. §. 1. Bonum autem virum cùm dicimus, non iudicem intelligimus, etiam si is vel maximè boni viri officio fungi debeat: sed qualemcunque virtute præditum, iustum, fidum, innocentem, ut Cicero definit, lib. 3. de *offic.* Est verò in testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, lib. 12. ff. de *reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur, & si vis, in cuius arbitrium collatum est, arbitretur, si ve non arbitretur, semper utile sit, d. l. 2. §. 1. l. 3. 4. §. 1. C. *comm. de leg. & fideicommissis*, quoniam in contractibus arbitrii hujus adjectio vni conditionis habet, l. si *coita* 75. ff. *pro soc. l. ult. C. de cont. empt. l. si quis* 43. ff. de *verb. oblig.* At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter, dum totum legatum in meram, v. g. Titii voluntatem conferat citrà ullum respectum conditionis, ut illa verba *si voluerit Titius*, idem significant, ac si diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbitretur & quasi dator legata sit. Nam tunc vellet testator ex pro Titii arbitrio pendere legatum, si ve is æquam si ve iniquum arbitrat: quod fieri non potest, l. illa *instituitur* 32. ff. de *hered. instit. l. nonnunquam* §. 2. ff. de *cond. & demonstr.* Enim verò in contententiam & indirectè ex tacito Titii arbitrio pendere vis legatari potest, veluti si testator expressim adiecit conditionem; *Mævio centum do, lego, si Titius Capitolium ascendit.* Est enim Titius Capitolium non ascendit nisi volens, tamen testator his non tam voluntatem Titii, quam factum ascendendi & contingentiam facti spectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen ascendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & ascendere, nihil minus cogitans quam ut conditioni pareat, forte ignorans conditionem hanc legatari adscriptam, aut omnino quid Mævio legatum esse. Quid si aperit testator Titius nolle se ut Mævio legatum capiat, & tamen ascendat? Nihilominus debet legatum, quod non debet, si testator simplicem Titii voluntatem spectavisset, d. l. nonnunquam.

Quod ad hæredis arbitrium attinet, tantum abest, ut legatum conferri possit in liberum hæredis arbitrium, *si hæres meus voluerit*, ut ne possit quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc est, quod dicitur in l. *Senatus* 43. §. 2. ff. de *legat. 1.* legatum in hæredis voluntate poni non posse: nempe non

posse ne quidem tanquam in conditione. Ratio est, ne sit in arbitrio ejus, quem testator obligare cogit, an si obligatus, l. *utrum* 7. §. 1. ff. de *verb. oblig. l. si palatio* 27. l. 2. Titio. 108. §. 1. ff. de *verb. oblig. l. si de oblig. & act.* Quomobrem crediderim, nec tale legatum valere, *si hæres Capitolium ascendit, Titio centum dato*, quamvis Cujacius valere putat, arg. l. 3. ff. de *legat. 2.* sed ille taxatos loquitur de conditione negativè concepta, ac si alia ratio est. Nam & si dixerit testator, *si hæres meus voluerit*, quasi conditionale legatum est, & primum duntaxat expresse exigit, l. *fideicommissa* 11. §. *si fideicommissum* 5. ff. *cod. 3.* Uti que in hærede hæc verba *si voluerit*, pro conditione neutquam accipiuntur, nisi favore libertatis, l. *fideicommissum* 46. pr. ff. de *fideicommissis*. *liber.* Dicerem tamen potius in specie posita id admitti, propter verba *fidei tunc committit* arg. d. l. 36. §. 3. Placè in arbitrium hæredis, quasi boni viri rectè conferat legatum, veluti si ita adscriptum fuerit, *si Mævius hæres, si compulserit, si factum patris, si autem sibi visum fuerit, &c.* l. ff. *legatum* 75. pr. ff. de *legat. 1.* d. l. 11. §. *quantum* 7. ff. *cod. 3.* d. l. 46. §. 3. de *fideicommissis*. *liber.* neque hoc casu legatum est conditionale, per l. §. 1. de *legat. 2.* Utiliter quoque sic relinquatur, cum hæres voluerit, quia tale legatum omnino testator prestat vult. Sed tractum temporis habet, quando vivit is à quo relictum est. Eo autem mortuo, si simple non prestat, ab hærede ejus præstandum est: nam post mortem utique datum creditur. Præmortuus autem legatarius nihil transmittit, quia conditionale est, d. l. 11. §. *hoc autem* 6. l. *uxorem* 41. §. *pen. de legat. 3.* *facit. l. centemisis* 46. §. 2. ff. de *verb. oblig.*

Postremo, quod ad arbitrium attinet legatarii, potest legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expresse conferri: *Titio centum do, lego, si voluerit.* Et hoc legatum est conditionale ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id est, antequam legatarius voluerit ad se pertinere, jus potendi legatari heredem esse non transmittitur, quia conditio per se injuncta videtur, l. si ita *legatum* 64. §. 1. ff. de *legat. 1.* si ita *expresse* 69. ff. de *cond. & demonstr.* Quòd si ea conditio verbis expressa non fuerit, licet tacite in sit, non facit legatum conditionale, l. *conditiones* 99. ff. de *cond. & dem. l. ff. de legat. 1.* Cui non obstat, quòd alibi traditum est, conditiones que tacite in sunt non reddere legata conditionalia, licet à testatore exprimitur, l. *Cornelius* 69. ff. de *hered. instit. l. heredi* 7. §. *tractari* 5. ff. *quand. dies leg. servo* 47. ff. de *cond. & dem.* Hoc enim licet accipiendum & temperandum est, nisi alia sit auctorialitas vi habeat

conditio expressa, ut in proposito *l. nonnunquam* 52. ff. d. tit. idque significat Marcellus in *d. l. seruo* 47. in fin. eod. Expofit breviter sententiam meam super subtilissima hac quaestione. Interpretes nostri non idem omnes sentiunt. Vid. *Gloss. Bart. & DD. in l. i. ff. de legat. 2.* Cujac. 2. obs. 5. Hotoman. 1. amicus 5. Robert. 2. sent. 10. Conan. 9. comment. 3. Pet. Fab. ad l. 22. §. 1. ff. de reg. jur. Bronch. cent. 3. assert. 48.

CAPUT XXVI.

Rei aliene legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?

Etiam res alienae legari posse, semper constituit, & posse, etiam si difficultas earum paratio sit, ut loquitur Jurisconsultus in *l. cum servus* 39. §. consuet. 7. ff. de legat. 1. nec obstat lex duodecim tabularum, quae tantum de suo legandi potestatem facit *l. verbis legis* 120. ff. de verb. sign. nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de suo legare intelligitur, nempe heredem suum onerare, ut rem redimat, & redemptionem praestet; aut si id non potest, redemptionem inferat; qui hujus legati effectus est §. non solum 4. *Instit. de legat. l. si domus* 71. §. 3. eod. tit. Olim hoc proprium fuit legatorum, quae per damnationem relinquuntur, quod arguit *l. qui quatuor* 30. §. ult. ff. de legat. 2. & expressè testatur Ulpianus in *fragm. sui tit. de legat.* Hodie autem licet in hac re etiam verbis legati vindicationis proprii uti, puta *de lego*, aut *similibus*. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modò ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus* 104. §. 2. ff. de legat. 1. Atque ejus rei, quae apud hostes est bello feliciter capta, legum omnimodò consistit jure postliminii, *l. qd. si servus* 98. eod. An autem jure quoque Canonico legatum rei aliene valeat, dubitatur propter *c. filius* ext. de testam. ubi videtur hujusmodi dispositionem improbari. Covarruvias putat speciem *d. c. filius* esse singularem, quod res alienae & clerice legata illic proponatur seculare causa; & idè extra speciem ibi propositam etiam jure Pontificio aliene rei legatum consistere: & ita quoque Mantice. *lib. 9. de consecr. ult. vol. tit. 10.* Fachin. *lib. 5. controrov. 38.* At enim negari non potest, quin Pontifex in *c. filius*, offendant sibi dupliciter rei aliene legatum, cum id magis seculi legibus, quam legi Dei conveni-

re significat. Quamobrem Diod. Tuldensis comment. ad tit. *Instit. de legat. c. 5.* fatetur quidem improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: ceterum cum eam expressè non abroget, merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabile natiur ratione prolixius indulgenti supremis hominum desiderijs, & eò tantum pertineat, ut haeres rem à domino redemptionem, sed non nisi immo dico prelo, justam estimationem legatario praestet *l. si domus* 71. §. 3. ff. de legat. 1. *l. non dubium* 14. §. ult. *l. qui quatuor* 30. §. ult. ff. eod. 3. Creditiderim Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei aliene legatum legibus seculi ita sustineri, ut eam rem velit, nolite, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut haeres aut redemptione rei aliene, aut pretii illius praestatione oneretur, conflata legi divinae minime repugnare.

Ceterum non semper res aliena legata debetur: verum interest, utrum testator rem alienam legans, sciverit eam alienam esse, an ignoraverit: si sciverit, debetbitur; si ignoraverit, non item, *l. unum ex familia* 67. §. si rem §. ff. de legat. 2. *l. cum alienam* 10. C. de legat. §. non tantum 4. *Instit. eod.* Forstian enim, inquit ibi Justinianus, si sciverit alienam esse, non legasset. Undè verò illud colligimus? Ex eo nimirum, quòd nemo facile credendus sit heredem suum onerare voluntis redemptione aliene rei, *d. l. unum ex familia* §. si rem *l. Stichus* 36. in fin. ff. de usufruct. legat. Quare si res hereditis legata sit, distinctio illa non utimur, sed ea omnino debetur, quamvis testator eam suam existimans legaverit: nempe idèò, quòd cum rei legatò dominus ipse haeres est, tam facile eam haeres praestare potest, quam rem, quae defuncti fuit, *d. l. unum ex familia* §. si rem. Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistinctè debeat: veluti si relicta sit personae proximae, puta parenti, uxori, auti ex cognatis, aut amicos singulari, aliive tali personae, cui verosimile est testatorem quovis modo legatum fuisse, *d. l. rem alienam* C. de legat. quod ad legata in prima causa relicta traduntur. Tiraquell. *priv. pia cons. 66.* Vasq. *lib. 3. de success. progress. §. 17.* num. 41.

Illud bellè quaeritur, quid juris sit in legato rei communis. Fingo testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit: *fundum meum*. Hic enim portio nem tanquam debet, id est, partem, quae testatoris fuit, non alienam, discretè à Paulo responsum est in *l. 5. §. ult. de legat. 1.* & ait Jurisconsultus hoc constare, ut

ostendaterti juris esse, non controversi Quippe & verba & mens testatoris hic pro haerede faciunt: & verba, quia fundum meum rectè interpretamur, quatenus meus est: nam meum etiam rectè dicitur, quod pro parte meum est *l. in re communi* 26. ff. de serv. praed. urb. si quis 74. de legat. 2. *l. 1. de condit. instit.* quamvis totum meum esse non rectè dicitur, *l. rectè dicitur* 25. ff. de verb. signifi. Mens testatoris; quis etiam res dubia esset, non facile crederetur testator heredem suum onerare voluisse necessitate redimendi partem alienam, *d. l. unum ex familia* 76. §. si rem §. de legat. 2. Sed dubitatur, si testator non dixerit: *fundum meum, aut qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quae testatoris fuit. Et siquidem totum suum esse putaverit, nemo opinor, dicitur est plus quam partem testatoris deberi per *d. l. unum ex familia* §. si rem junct. §. non tantum. *Instit. de legat.* exceptio utriusque casu supra memorati ex *l. cum alienam* 10. C. eod. Sed quòd si eodem modo legaverit, cum sciret fundum sibi cum Titio communem esse? Accursius existimavit totum deberi, quoniam legatum rei aliene, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur: quod & Donello visum in *d. l. cum alienam* n. 2. C. de legat. Ceterum contrariam sententiam, quam probant Bart. Bald. Jas. Angel. Zas. Duar. in *d. l. 5. §. ult. ff. de legat. 1.* Mantice. *lib. 9. de consecr. ult. vol. tit. 1. n. 12.* verum esse existimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longè diversa ratio est in casu proposito rei in totum aliene, & rei communis sive pro parte mea. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse nullam legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habebat, nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse eum totam legare. At cum res communis fuit, & partem in ea testator habuit, omnino credibile est eum partem de sua illa parte cognasse, quam voluisse heredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quae conjectura efficacissima est, *d. l. unum ex familia* §. si rem de legat. 2. *l. Stichus* 36. in fin. ff. de usufruct. leg. Confirmat porò hanc sententiam locus Pauli in *l. fundus* 24. ff. de instrum. leg. ubi sententiam Neratij explicans ait, si fundus, qui locatus erat, cum instrumeto legatus sit, id tantum instrumentum, quod testatoris fuit, legato cedere: quòd si nullum ille in eo fundo instrumetum habuerit, quod colonus habuit, debet. Facit hoc & *l. si quatuor* 30. §. qui fundum 4. ff. de legat. 3. Atque eandem omnino rationem habet, quod in specie fundi veltigialis legati respon-

sium est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus* 79. §. ult. ff. de legat. 1. Enim verò, si testator nominatim dixerit legare fundum, seu tantum totum vel omnem, responderem utramque partem, & tam alienam, quam quae testatoris fuit, legatum videri, arg. *l. Juliano* 68. in pr. ff. eod. 3.

Multa tamen hinc sententiae obviunt, & primò, quòd appellatio rei totum continetur, *l. si dictum* §. 2. ff. de viciis verbis utrum non facile sit recedendum, *l. ille aut ille* 25. *l. non aliter* 69. eod. Respondeo, verum quidem est, non facile à verbis recedendum esse: sed tamen recedi potest & debet, quando aliud, quam quod dixit aut scripsit, sensisse testator appareret, *d. l. non aliter*. nam mens & voluntas testatoris verbis aut scriptura posteriora quae potentior est, *l. Labeo* 78. §. 2. ff. de fuppell. leg. *l. cum virum* 16. C. de fideicom. *l. ubi* 21. ff. de reb. dub. Mens autem testatoris in proposito fortissimè colligitur ex illa veteribus totius usurpata conjectura, quod licet haud facile credendum sit, testatorem voluisse heredem suum onerare necessitate redimendi rem alienam. Secundo obviat *l. Mevius* 66. §. fundo legato 6. ff. de legat. 2. Sed longè alius casus ibi deciditur, nempe quid juris sit, si quis certum fundum, cujus totius proprietatem ad eum solum pertinet, usufructus autem alienus ab haerede petendum, cujus totius proprietatem, si simpliciter, id est, non deducto usufructu legaverit; hic aut Papinianus etiam usufructum ab haerede petendum esse. Racio dubitanti est, quia usufructus non est pars rei, *l. rectè dicitur* 25. ff. de verb. signifi. Et verò, si pars esset, non nisi fuisse quaereretur, an ubi constaret totum legatum esse, appellatio totius usufructus contineretur. Racio autem decidendi haec est, quòd si est usufructus propriè pars non est, instat tamen partis obtinet, propterea quòd emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam usufructus, nisi expressè excipiat, & detrahatur, legato cedit, *l. Mevius* §. fundo *l. 6. ff. de usufruct. ear. rer. quae vti consunt*. Et quod notandum cum Azone & Hugolino, ut singularè, si alio proposito id fecit testator, responsum est in specie hinc gemina, cum errore Jabi, & plus hinc valore scripturam, quam quod actum aut cogitatum est, *l. si alii* 19. ff. de usufruct. leg. contra communem sententiam regulam, secundum quam voluntas magis, quam verba, spectanda, *l. cum virum* 16. C. de fideicom. *l. Labeo* 78. §. 2. ff. de fuppell. leg. Porò quòd his juris in toto, idem haud dubie obvinet & in fundi parte: cuius usufructus alienus est, legato, arg. *l. que tota* 26. ff. de rei vind. *D.* Diaren. nisi cum hic sollicitus est, & frustra laborat in alio casu quaerendo: quamquam vera sunt, quae profert. Obviat tertio

locus in l. cum filius 76 §. 2. de legat. 1. Sed eadem ad hunc locum, quæ ad superiorem, rescriptio est; ut præterea & hoc accedit, quod hæres, qui in casu illi proposito ipse fructuarius est, nulla redemptione oneratur. Quartò obicitur l. si res obligata 57 de legat. 1. d. l. Marcius 66 §. fundo 6. cod. 2. l. 6. C. de fideicommiss. quibus locis traditur hæredem rem pignori obligatam, que legata fit luere debere, utique si licebat testator eam pignori obligatam esse, ad l. 6. §. sed & si. l. inf. de legat. unde sequitur non liberari hæredem præstando id, quod dictum habuit. Respondeo, conjectura voluntatis testatoris eam suam, quam creditur obligatam esse scribit, legatis facit, ut res integra, plena & libera debeat. Nam cum, ut alienum omnia sit hæres, qui in universum ius defuncti succedit, non legatarij, l. 1. C. si cert. yet. non est credibile testatorem voluisse ætatem solvi à legatario, nisi hoc expressisset. Aliud autem est, si obligatam esse nesciebat, excerptis duobus illis casibus, de quibus in d. l. si res obligata 57. de legat. 1. Et d. l. 6. C. de fideic.

Nostra hæc & communis sententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere potest, quibus, quibus ne illud quidem obinet, ut fundi legato uliusmodi, qui alienus est, ab hærede peti possit, teste Autumno Conf. Gall. & Confer. du droit ad d. l. Marcius 66 §. fundo legato. 6. ff. de legat. 2. ubi scribit apud Gallos locum non esse dispositioni d. §. fundo, ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati testatoris, ita & Bataviae quodæ nostris moribus omnino consentaneum videtur. Similiter, si testator alij fundum, alij usufructum ejusdem fundi legat veritè eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simpliciter morum nostrorum non convenit, & uliusmodi contra mentem testatoris communicetur secundum l. si tibi 19. ff. de usufruct. leg. & nescitæjus subtilitatis objecta impediat, ne suprema hominum judicij exitum habeant. Idem de Gallie moribus testator Bern. Aurum. in Confer. Gail. ad d. l. si tibi. Græcorum tractat de leg. abrog. ad d. l. si tibi Et ad d. l. Marcius 66. §. fundo legato de leg. 1. Alii, quibus nimia ista subtilitas non placuit, d. l. si tibi, interpretatione sua sic temperaverunt, ut in casu quem ipse tractat Modestinus, plus valere debeat scriptura quam quod actum est, dummodò de eo, quod actum est, non continet: quam interpretationem esse verba, nec sententia Jurisconsulti admittunt, ut bene animadverterunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accursium.

CAPUT XXVII

An unquam error in nomine legatarii reive legatae aut falsæ demonstratio vitiet legatum.

SI quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, per vim hæredis aut legatarii demonstrat, necesse est. Demonstratio personæ citra controversiam suo nomine; eorumque & aliis modis demonstrari possunt, ut valet institutio aut legatum, l. quotiens 9. §. si quis §. ff. de hæred. Inst. l. si ita §. ff. de heredit. inst. ubi. Et penetrat in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fingitur, l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatum 34. ff. de cond. & dem. Qui iam illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errant testatore, nihilominus institutio aut legatum valet, perindeque habendum sit, ac si nomen adjectum non esset, dummodò certum sit demonstratione testatoris, de quo ille instituit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari à testatore, ut certò appareat, quem ille intellexerit, d. l. quotiens, §. si quis ff. de hæred. Inst. pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita d. legum scripturæ pro scripte. Finge ergo hoc modo legasse, *Cornelia sororis meæ filio centum do lego*, ille soror unquam tantum filium habeat, valet legatum, quia satis apparet quem testator designavit. Sed & si ita dixerit, *Cornelio sororis meæ Cornelia filio centum lego*, valetbit legatum, etiam si non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Denique & sic demonstratio rectè fit, *ejus nomen in codicillis scripsero, illi hæres meus centum do*, l. instituta 10. ff. de cond. Inst. nam quod in hæredis demonstratione obinet, id vel magis in legatario valet debet. Pari ratione est testator erraverit in nomine rei legatæ, v. c. si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, ut sit legatum, & debebitur Semproniano, si consuetudo legatum esse d. l. §. ff. de legat. 1. Et convenienter si quis cum upum tantum servum habere, dixerit, *Sicichum meo servum Titio do lego*, valetbit legatum, licet servò Davus, non Sicichus nomen sit, arg. l. demonstratio 11. ff. de cond. & dem. Planè si quis cum ejusdem legare vellet, suppellectilem scripserit, putans suppellectilem appellatione vestem contineri, placet nec vestem nec suppellectilem deberi, quasi neutrum legatum sit, d. l. de legat. 1. ubi Jurisconsultus hanc differentiam rationem reddit,

quod rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa; que Grammatici appellativa vocant; per hominum, que illi propria, propterea quòd rei sive persone tantum singularis designandæ causâ reperiuntur. Hæc aut esse mutabilia; quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, l. Labeo 7. §. ff. de supell. leg. ut proinde in his error sit tolerabilis, in illis stultus & intolerabilis. Et sanè ingens inter hæc differentia. Propria nomina omnia officio constant & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem nature rei imponantur: quapropter nec rei error sed tantum differentiam indicant. Appellativa verò quædam quodammodo constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, que sunt appropinquæ principia & Elementa reliquorum. Sane Cræyllus apud Platonem existimat majorem quantitatam vim quam humanam, prima verba nomina imposuisse. Sed & ista, licet imposita sint, publica tamen & ipsa tantum, ac communia: rive prædenter, sive temerè & cauta rivo imponitur, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinionem exaudiri debeant, sed ex communi usû: eorumque impositio nature consona habetur, nec minus hæc, quàm prima ipsam rei substantiam denotant. Quæritur verò est, an non saltem valere debeat legatum, si res cum oculis subjecta esset, à testatore manu demonstrata fit, ut alieno nomine eam appellaverit: veluti si cum equus præsens esset, ita dixerit, *Hanc bovem Titio do lego*. Accursius in l. que extrinsecus 65. ff. de verb. oblig. existimat valere, & equum deberi, cujus sententiam & plerique Interpretes fecerunt. Mihi verò id minimè consentaneum videtur responso Pauli in l. 3. de reb. dub. ubi Jurisconsultus sic scribit: *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vult, sicut testator, nota non valet, neque id, quod vult, quia id non loquitur*. Convententier omnino sententia sive Servii, sive Celsi, dicentium non vitari quemquam illi dicit, *ejus non suo nomine vult fit* 1. aut quod idem valere, neminem vitari fecisse, quod non dicit: quoniam Tubero plus hic tribuebat voluntati, l. 1. ff. de supell. leg. Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inerte haberi debeat, atque eque stultum ac sensibium ut illa, de quibus in l. 4. ff. de legat. 1. quod etiam Mysingero ad §. si quidem 19. Inst. de legat. n. 10. verius videtur. Planè si quis chartas librorum appellatione, aut contra complexus esse dicitur, locus esse potest quætionij voluntatis propter rerum assuetudinem, l. librorum 52. §. quod tamen 4. ff.

de legat. 3. & ibi Bart. Quin etiam generaliter idem admitterendum putem, si aliquo colore uliusve loquendi vocabulum, quod testator usus est, ad quod voluit dicitur, extendi potest. arg. l. si quis vinnus 9. pr. ff. de rit. vin. et leg. quod & Diod. Tuldenus probrat in comment. ad Inst. tit. de leg. cap. 21. Duar. ad l. 4. de leg. 1. Pen. Tabl. 2. Jensefr. 14. Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut et si falso iustissimi nomine testator usus sit, legatum tamen utile fit modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obinet in demonstratione, hoc est, omni adjectione, que extra nomen persone aut rei designandæ gratia adhibetur, ut et si vel in persona legatarii, vel in re legatæ demonstranda testator erraverit, tamen legatum periode valet, ac si nullus error intervenisset: dummodo constet, eum legare, aut quam rem legare testator voluerit, l. demonstratio 17. pr. & §. 1. l. falsa 39. Et l. seq. de cond. & dem. §. hinc proxima 39. Inst. de legat. Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatum 34. ff. de cond. & dem. Cæterum hæc regula sive sententia fit in universum temperata est, nisi quid aliud obicit legato præter faltem demonstrationis. Hoc autem observato facile removeri poterunt pleraque, que aliqui huic sententia obitare videntur. Nam primò, si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, & que res illo loco non reperitur, responsum est inutile esse hoc legatum; veluti, si testator ita dixerit: *Centum, que in arca habeo*. Titio lego, si hæc in arca nulla sit, placet nihil deberi, quali certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum fit, l. si servus 108. §. qui quinquæ 10. ff. de legat. 1. l. §. sed hoc si 7. ff. de dot. præleg. junct. l. planè 34. §. sed hoc ita 4. ff. de legat. 1. Prius enim est, ut tibi, quod legatur, quam legatum valeat, aut deici possit falsa demonstratione perimij, l. quibus 40. §. pen. ff. de cond. & dem. 1. Si quis ita legaverit: *Quod mihi Titius debet*, *Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitas, neque Titius quicquam debet, placet nullum esse legatum, non propter vitium demonstrationis, sed alia existent ratione, quia scilicet non apparet, quod quantumve legatum fit, l. §. ff. legatum 75. §. 1. de legat. 1. 3. Eadem ratio inutilis est & hoc legatum. *Quod Titio debet*, et lego, si testator neque debet, neque quantitas adjecta sit; quamvis sita dixerit. *Decem, que Titio debent, ei lego*, legatum utile fit, licet mihi Titio debeatur, quia sola talia demonstratio legatum non vitiat, d. l. 75. §. 1. legavi. 25. sub fin. ff. de ib.

leg. 4. Sed et quantitas adjecta est, tamen ne sic quidem temper utile est legatum in huiusmodi speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum, que Titio debent*, *Sempronio lego* constat hoc legatum inutile esse, etiam si verum sit centum Titio deberi: quoniam debitor id, quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest, ac proinde ne fiscalium erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto 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, nihil hic item esse in legato responsum est, multumque interesse inter fallam demonstrationem & fallam conditionem esse causam, *d. l. 75. §. 2. d. l. legat. 25. vers. quod si sic*. Nimirum, et si hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, nisi liberatio: quo legato hoc continetur, ut si heres perat exceptione removeri, si non poterit, ultro pulsari possit, ut debitorum liberet, *l. 33. §. ff. de lib. leg. N*utri verò horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. 6. Pari ratione si testator centum, que Titius ei debet, legaverit Sempronio, dicendum est inutile esse legatum, si Titius nihil debeat: quippe nec hic legatur centum, que heres det, sed actio, quam præstat adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut heres actiones suas præter, §. *tam autem 21. Inst. de legat.* nullas verò habere aut præstare poterit adversus eum, qui nihil debet: quod Ulpianus in *d. l. si sic legatum 75. §. 2. de leg. 1.* breviter his verbis significat, *esse enim debitor debet*, Politem, non oblat huic sententiæ, quod Papianus Sabinum respondisse scribit, fallam demonstrationem non facere legatum, *l. cum tale 72. §. ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus fallam demonstrationem facere legatum, sed non vitare legatum. Legatum faciunt verba dispositiva, non demonstrativa. Inque in specie illic à Papiano proposita, *esse centum, que Titio legat, quinquaginta heres Sejo dato*, non Titius, sed Sejus est legatarius, qui solus est in dispositione, et que quinquaginta debentur non obstante vitio demonstrationis. Titio autem, qui in demonstratione est, debetur nihil, *Jul. Pac. cent. 6. quest. 44.*

CAPUT XXVIII.

An heres obmissam inventarii confessionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem causa amittat legitimam?

LEge duodecim tabularum, licebat testatori, ut universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut heredi relinquere præteronus & molestiam æris alieni *l. verbis leg. 120. ff. de verb. sign.* quia licentia cum testatoris vili essent, eveniebat plerumque ut suprema eorum iudicia destituerentur, reculantibus scriptis heredibus, nullo suo aut quàm minimo lucro hereditatem adire, atque aliena dumtaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipis testatoribus inutile esset, & publicè expedire putaretur supremas hominum voluntatis exitum habere, *l. 5. ff. de quædam aper. visum* est ex usu esse reip. heredes jure aliquo lucro ad adendum hereditatem invitari, quo suprema iudicia conservarentur. In vitari, quo commodè fieri posse credimus et, libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur: que res cum primùm lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est, qua cautum, ne plus legare liceret quàm dodrantem totorum bonorum, *l. 1. ff. ad leg. Falcid. pr. Inst. cod.* Procedente tempore ob eandem causam eadem lex producta est & ad fideicommissarias hereditates, cautumque senatusconsulto Pegasiano, ut rei, qui rogatus esset hereditatem relinquere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur, *§. sed quia 5. Inst. de fideic. hered.* Cujus senatusconsultum vi Justinianus postea transfudit in senatusconsultum Trebellianum, ut jam ex solo senatusconsulto Trebellianico resitatur hereditas, atque ex hoc eodem senatusconsulto quartam partem heres retinet, *§. sed quia stipulatione 7. Inst. cod.* Undè interpretres quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quamquam veteres & hanc ipsam vocant quartam Falcidiam, aut commodum Falcidiam, nunquam alio nomine, ut videre est in *l. coheredi 47. §. 3. ff. de vulg. & pup. subst. l. 2. §. ult. de jur. codicill. l. filiusfam. 18. pr. l. si me 29. l. in ratione 30. §. 1. amest 7. l. lex Falcidia 47. §. 1. l. Titia 80. ff. ad leg. Falcid. l. 2. d. 3. l. m. heredi 2. §. 2. l. si patroni 55. §. 2. d. de ducta 58. §. 3. ff. ad*

ad senatus. Trebell. l. 1. quæquam 10. & l. seqq. C. ad leg. Falcid. &c. Nimirum quia senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta est quàm quarta Falcidia producta ad fideicommissa universalialia. Porro leg. Falcidia heredis posthumum causa lata fuit, ejusdemque etiam gratia tracta ad fideicommissa hereditatis, *l. postest. heres. 71. l. Titia. 89. in fin. ff. ad leg. Falcid. junct. §. sed quia. 5. Inst. de fideic. hered. cui consequntur, ut nec testator testamento suo prohibere poterit, ne heres commodò Falcidiam uteretur, *l. quod bonis. 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. inde Neratius. 19. ff. ad senat. Trebell. l. si ut allegas. 11. C. ad leg. Falcid.**

Primus Justinianus Falcidiam locum esse noluit, si testator expressim veterit heredem ex utri, *Nov. 1. c. 2. in fin. unde sumpta aut. sed cum testator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam antè caverat, ut etiam hæ. es, qui inventarium facere neglexerit, beneficio legis Falcidiam privaretur, *l. ult. §. pen. C. de jur. delib. quod & repetit. d. Nov. 1. c. 2. §. 1.* Quæ Justinianus constitutiones occasione præbuerunt interpretibus querendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiam prohibitionem & amissionem, etiam pertineant aut trahi debeat quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem testator possit prohibere, & heres quoque commodum ejus non confectò inventario amittat. Quæ forte quæstio ab illis mota non fuisset, si id, quod modo diximus & demonstravimus, obieravissent, nunquam aliò nomine veteribus quartam senatusconsulti appellatam, quàm Falcidiam. Ex eo etiam didicissent appellatione Falcidiam etiam quartam senatusconsulti contineri, nec improprie, ut illi, sed proprie, si utis proprietatem spectemus, non vocis. Ac proinde possit terminis habitibus atque in dubio ubi nulla expressim differentia constituitur inter quartam, quam heres de singulari rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommissò hereditatis, quicquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum utramque quartam uno Falcidiam nomine comprehendidit. Nunc verò tamen crebris eorum est, atque id passim usu receptum, ut etiam detractio quartæ senatusconsulti ex auctoritate *d. Nov. 1. c. 2.* expressè prohiberi possit, propter communem rationem prohibitionis permixtæ, quæ hæc est, ut impletur defuncti voluntas, *Gomez. lib. 1. resol. c. 5. num. 11. Clar. §. restantem. quæ. 62. Mant. lib. 7. de consej. ult. vol. tit. 11. §. seq. Everh. in top. loc. 34. Gudelin. lib. 1. de jur. nov. cap. 1. Perez. par. C. ad senat. Trebell. num. 20. Grot. lib. 2. introd. cap. 20. Gail. Vinnii Quæst.*

2. obs. 138. num. 15. Groenew. de leg. abrog. ad d. aut. sed cum testator. Tamen ob inventarium non confectum major pars D. D. censere dicitur heredem non amittere quartam Trebellianicam & secundum hoc iustissime iudicatum est, *Clar. d. §. testamentum quæst. 63. decis. Cur. Holland. 3. Gail. de obs. num. 3. & c. Myning. 3. obs. 60. Christin. vol. 1. decis. 317. & vol. 4. decis. 51. Perez. in Cod. de jur. delib. num. 14. Fach. 4. contr. 38. Groenew. ubi supra, quod profectò mirum est: nam & amissionis quartæ Falcidiam ob non confectum inventarium eadem ratio est in herede fiduciario, que in herede Falcidiam, violenta nimirum præsumptio fraudis & subtractionis rerum ab herede facta, ob quam causam hanc penam eum luere vult Justinianus *novis, ut ipse loquitur, hoc 2678. non recipit, dicitur magis ubi dicitur, quæ præsumptio proinde absoluta est, jursique & de jure.* Aut igitur heres fiduciarius non teneat inventarium facere; aut si teneat, quod in confectio est si non fecerit, dignus erit, qui eadem pena malignitatis suæ & *magis auctore* mulctetur, & aliquo liberam habeat grassandi in hereditate facultatem. Sed & in *d. Nov. 1. c. 1. in pr. etiam de heredibus fiduciariis & fideicommissis universalialibus Justinianus agit, ad quos proinde & sequentia rectè referuntur, & quò in d. c. 2. §. 1. ejusd. Nov. traditur de citatione fideicommissariorum, etiam ad universaliter, quorum præcipue interest, pertinet. At, inquam, leges correctoriæ non sunt extendendæ, odia restringendæ, &c. Cur igitur, inquam, ex eo quod Justinianus testator permittit prohibere detractionem quartæ Falcidiam, inferunt etiam concessam esse testatori prohibere retentionem Trebellianicam. Quin etiam ipsi D. D. communiter post Glossam in *de text. c. 5. Nov. 118.* admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimitis, extensionem fieri posse ob identitatem, ut loquuntur rationis, *Gomez, ubi supra num. 11.* & ibi citati. Denique nulla in proposito fit extensio, si veterum loquendi consuetudinem, ut ante probavimus, spectemus. Atque hæc sententia, refragante licet Diod. Tulden. *comm. ad Inst. tit. de legat. c. 3.* qui nec à testatore prohiberi posse quartæ senatusconsulti detractionem contendit, mihi venustissima videatur: quin etiam sequitur Pizel. *Everh. d. loc. n. 5. Gudelin. d. c. 11. Charond. lib. 13. resp. quest. 68. Anc. Fab. Cod. for. ad Sen. Treb. defn. 5. & de jur. delib. defn. 23. Cacheraus decis. Præsumpt. 147. supra sexaginta Doctores hujus sententiæ assertores citat. Excipiunt verò liberos primi gradus, quoniam nec his hereditatem potest detractio quartæ Trebellianicæ, per *l. 6. C. de senat. Trebell. (X)****

bell. In quo tamen & ipso insignis & non unus error est. Primum, quod firmamentum huius exceptionis ponunt in *d. l. 6. quæ Zenonis est*, cum ante constitutionem Justiniani in *d. Nov. c. 2.* nec in extraneis Falcidie aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo, quia illa exceptio non est de regula, nam respicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem sine iusta causa auferri potest, admissa verò duplici in liberis detractione, de qua agimus questione sequenti, quin detrahitio Trebellianicæ, in qua non liberorum, sed eorum aliter hæredis iure confectur, iis prohiberi possit, nullus dubitat. Tertio, quod solos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi sint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioso queri possunt, proinde parentes quoque: item fratres ac sorores consanguinei rogati hæreditatem restituere turpi personæ. Postremo, quod eandem exceptionem ponunt etiam ubi liberi hæredes Falcidie aut Trebellianicæ inventarium facere neglexerint: de quo mox expressio. Plane si hæres purè rogatus hæreditatem restituere, eam statim quoque restituerit, poterit exculari, eo quod ideo videatur omisit confessionem inventarii, quia id omnis jam non ad se, sed ad fideicommissarium pertinere existimavit.

Proxima superiori questio est, an liberi ex causa non confecti inventarii amittant legitimam? Qui negat extraneum hæredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, idem non potuerunt negare liberos ex eadem causa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea causa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis exploratis juris sit, hæc esse ponam hæredis inventarii confessionem omittentis, quod privetur quarta Falcidie, tamen ob eandem causam liberos non privati legitima longè pars maxima interpretum pro comperio habet. *Gail. 2. obs. 138. n. 14. Fachin. lib. 4. contr. 34. Christ. vol. 1. decis. 217. n. 6. & seqq. Ant. Fab. Cod. suo for. de jur. delib. and. def. 23. & ad senat. Trebell. def. 5.* ubi in notis ait, neminem dubitare quin liberis salva maneat retentio legitimæ, etiam si inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus est, qui contrarium docuit. *Salicet. in auth. sed cum testator. C. ad leg. Falcid. & in l. ult. §. si quis autem. n. 4. C. de jur. delib. Sarmient. lib. 2. select. interp. c. 7. Covar. in c. si hæredes. 10. ext. de testam. Cachera. de test. 138. à num. 2. usque ad 6. & inter alios quoque Cujac. in expol. d. Nov. 1. eamque sententiam etiam probatam fuisse viro clarissimo D. Petro Cuncto beate memorie Collegæ quondam meo,*

in posterioribus ejus curis manuscriptis comperi, & veram esse ipse quoque existimo. Enim verò li questio ita, ut potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus esset præsumptioni *ad testatorem* & *καταρτηστος*, quod hæreditas fuerit solvenda, & si nihil furripissent, *πὸν ἐν τῷ κρηναίῳ* quod legatis & fideicommissis exolutis satis adhuc ad quartam Falcidie aut legitimam iis superesse appareret: nescio an multi hoc negaturi sint: nam sanè cum Justinianus in *d. Nov. 1. c. 2.* simpliciter & sine ulla hæredum distinctione loquatur, eam ad hæredes extraneos restringere difficile est. Quin idem Imperator in *l. ult. §. 1. §. 2. & §. fin. vero. C. de jur. delib. dist. 2.* loquitur tam de suis hæredibus se immittentibus, quam de extraneis advenientibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omisso non in eandem quoque pœnam propter præsumptionem, quam diximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidie beneficio priventur, solidaque legata & fideicommissa præstare debeant, etsi vires excedant patrimonii. Sic igitur teneatur de propria substantia *καταρτηστος*, complere legatarios & fideicommissarios. *d. Novell. c. 2. §. 2. in pr. qui color hęc præteriti poterit deductio aut retentioni siue Falcidie siue legitime; unam enim in liberis jure civili atque eadem portio nem hæc duæ hic efficiunt: unde & ipsa legitima & Papinianus & Ulpiano Falcidie appellatur in *l. Papinianus. 8. §. memiisse. 14. in fin. ff. de inoff. testam. ut ab ipso Justiniano in l. que nuper. 31. C. de inoff. testam. atque aucta legitima etiam Falcidie in liberis aucta intelligi debet. Govean. lib. 2. var. lect. c. 1. Cujac. ad Nov. 1. c. 1. Quid quod postea superiore *καταρτηστος*, quam probavimus esse juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam integram jam habere præsumuntur. Non magni itaque momenti sunt, que obijciuntur: quæ quod legitime debeatur tanquam æs alienum, quod non nisi ex causis, que de inofficioso querelam excludunt, amittatur. Nam propter loquendo legitima non est debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. finimus. 36. §. 2. C. de inoff. testam. l. un. in pr. C. de impon. luerat. descript. & adita non confectio inventario hæreditate confunduntur actiones, hæreque quod sibi à defuncto deberur, amittit, *l. ult. §. in computatione. 9. C. de jur. delib. nec querela datur, nisi præteritis aut ex hæreditatis: denique nec ex causa ingratitudinis aut inobediencie hæc sententiam defendimus, sed ex iurisdictione ratione legis præsumens inventarium non facientes ipsos sibi satis prope xillio: nisi quis****

existimat, quod humanam videtur, hæc præsumptionem contra liberos non esse tam vehementem, quin per veri veritatem elidi possit, si forte ipsi liberi, quibus jure nature deberi legitima dicitur, hæreditatem non esse solvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommissarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad Treul. vol. 2. disp. 2. thes. penult.

CAPUT XXIX.

Filius hæreditatem restituere rogatus, quo jure duplici deductione utatur, & quid hic usu receptum?

Verissima sententia est, filium hæreditatem restituere julum jure civili unica deductioe siue legitime siue Trebellianicæ portionis contentum esse debere: atque oppido quam alienum est a ratione juris civilis, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum est in *c. Raynautius. & c. Raynaldus, ext. de testam.* Rationes hæc sunt. Primum, quia harum portionum hoc proprium est, ut una in alteram imputetur & consequenter alteram consumat, *l. si mulier 22. §. 2. ff. ad SC. Trebell. l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid. junct. l. si quando 35. §. 2. C. de inoff. testam. l. 8. §. si quis 15. ff. eod. 2.* Quia aliàs eadem ratione etiam quartam Falcidie de legatis & fideicommissis singularum recidit, & simul legitimam filius hæres inlicitus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit, quamvis id tentat Zyppeus apud Christum. vol. 1. decis. 245. n. 12. sed arg. juris in *d. ca. Raynautius* constituit. 3. Quia si hæres fideicommissarius non nisi semissem hæreditatis, & non unquam etiam minus consequeretur, nempe eo casu, quo propter numerum liberorum ipsa legitima est semis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alienus sit deductio, lex Falcidie & senatusconsultum cessant, *l. 1. §. pen. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus 7. §. 6. 11. & §. si quis 15. de inoff. testam. 5.* Quia testatoribus omnibus jure civili concessa est libera potestas dispendii de dotante totorum bonorum, *l. 1. ff. ad leg. Falcid. & parentibus utique aucta postmodum quantitate Falcidie sine legitime in liberis, de hese aut septuag. 6.* Per textus expressos in *l. coheredi 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. subst. l. 6. C. ad senat. Treb. l. libero 21. §. 2. ff. de ann. leg. l. filium 24. C. sam. ereisc. l. quanquam 10. C. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis auctorit quadrante duntaxat retento dotrans res-

tituitur. Denique ipse Justinianus *Nov. 1. cap. 1. §. 1.* satis aperte solus legitime deductionem liberis oneratis concedit. Etque veteribus huius sententiae tanta evidentiæ, ut & veritatem interpretum multo, Joan. Glossæ. Cujac. Bart. Bald. Fulgos. Jafon. &c. ipsaque Glossæ in *d. c. Raynautius*, & recentiores terè omnes, non modò Hohmannus *qn. illust. 4.* Donellus *lib. 7. Comm. cap. ult. Bachov. ad Treul. vol. 2. disp. 14. thes. 2.* sed etiam Pontifici romano addidit, Goveanus in *l. 2. ff. ad leg. Falcid. n. 9 & 10. Cujac. 8. observ. 3. Gail. 2. obs. 121. n. 4. Ant. Fab. d. o. 11. err. 7. & Cod. forens. de codicil. def. 7. Tulden. in Cod. ad senat. Trebell. n. 4. Perez. ad Cod. eod. tit. n. 11.* veram eam esse ul' rōtateantur, Pontificæque Innocentium & Gregorium excusent, quod secuti paucissimi Interpretum errorem, secis constituerunt. Cautum verò admodum sunt ex notariis, qui etiam juri civili contentum constitutionem Pontificiam contentum, atque inter hos facili primas tenet Ant. Fachin. *lib. 5. contr. c. 2.* Cæterum ille in hoc ab aliis, Anton. Contio *lib. 1. disp. jur. civil. Peregrino tradit. de fideicom. art. 3. n. 5.* discrepat, quod ingenuè fateatur duplicem illam detractionem legitime simul & Trebellianicam non convenire juri Digestorum aut Codicis, eamque tantum defendit quasi consentaneam juri novissimo, constitutioni videlicet Justiniani. *Nov. 35. c. 1.* cæteri verò quasi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam dudum à doctis viris plenissime confutata sint, & novissime à nobilissimo & cl. viro D. Ja. Mastertio, collega nostro *lib. 2. de just. leg. Rom. c. 48.* nos eorum summam duntaxat colligemus breviterque singulis respondebimus: deinde nobis res erit cum D. Fachinzo. Aiant igitur, cum dux istæ quartæ ex diverso jure prominent, legitima ex jure nature, Trebellianicæ ex senatusconsulto, alteram alteri obesse non oportere, quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, sed hæres & ea ex beneficio testatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tanquam à filio, Trebellianicæ tanquam ab hærede; nihil autem absurdum fit, unum & eundem duplicem sustinere personam, & inde duplex commodum capere, *l. si tutorum 22. ff. de his que ut indign. 3.* Quod novum non est, ut duplex deductio & gemina deducendi causa concedatur, *l. quotiens 67. ff. ad leg. Falcid. 4.* Argumentum ducunt ex *l. 3. §. 2. ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidie & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum respondeo, id non procedere: quando utrumque ejus nature est ut unum alterum excludat, *l. 34. ff. de O. & A. Deinde im-*

putari in Falcidiam, quicquid hæres jure hæreditario capiat; quo jure in proposito filius legitimus consequitur in Trebellianicam, de cuius detractione hic disputamus, etiam quod jure legati aut fideicommissi, l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid. l. mulier 22. §. 2. ad senat. Trebell. sicut & in legitimam l. 8. l. si quando 35. C. de inoff. test. §. ult. Inst. eod. Ad secundum respondemus ex l. 8. §. si quis 15. ff. de inoff. test. & l. 1. §. pen. ff. si cui plus quam per leg. Falc. ubi itidem unus & idem duas personas sustinet, & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde sequitur filium optionem habere utro jure alterutrum consecutus velit. Quid quod nec verum illud est, quod aiunt, filium in proposito duplicem sustinere personam; nec enim aliter considerari potest, quam à patre hæres institutus, quamvis oneretur fideicommissio. Ad tertium, unam tantum quartam in specie l. 67. ff. ad leg. Falcid. deducit, hæredemque partem retinere suo jure, partem vitio legatari. Ad quartam, in casu l. 3. §. 2. ff. ad Senat. Trebell. duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommissio, sed quæ, si affem spectamus, unius tantum quadrantis deductio est. Ad quintum, quod legitima neque est in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioquin neque per exhæredationem ea privari posset. Quin nec debitum est naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filius natura deservit: sed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum constitutionibus donatur, & quia liberis non nisi ex gravissimis causis eademi potest. Solum autem verum debitum hæres seorsum deducere potest, idque demum novo jure ei concessum, & non nisi confecto inventario secundum constitutionem Justiniani in l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib. Jam videamus quid ex novissimo jure proventu illa duplici detractione afferat D. Fachinus. Ille ex Nov. 39. cap. 1. sic argumentatur: Quod filius restitueret justus est, de eo illic potestas est fit detrahendi quartam ex accortitate senatusconsulti: at hoc tantum quod legitimam excedit, iustus est restituere; quia legitima fideicommissio gravari nequit, &c. Respondeo verbis testatoris hæreditatem restitui rogantis etiam legitimam, ut ipsius hæreditatis portionem contineri, & legibus satisfieri, si legitimam filius quoquo modo salvam habeat. Nam nec ante illam Justiniani constitutionem legitima fideicommissio onerari potuit: sed hoc scilicet effectum non potuit, ut filius ea vel parte eius privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommissio gravari poterunt, quæ tamen portiones sunt hæreditatis, &

quod dicitur non legitimam recipere ullum onus, accipiendum est de onere, quod ex dispositione testatoris proficiscitur l. 32. C. de inoff. test. non de eo quod ex ipso jure hæreditario exurgit, de quo vide quest. 10. l. 1. Quin potius est illa ipsa Nov. 39. cap. 1. rectè colligas non posse filium plus quam portionem legitimam deducere, qui excipitur tantum casus unus favorabilis, nempe si legitime deductio non sufficiat ad justum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra verò quam satis sit, quicquam deduci non permittitur, auct. res qua. c. comm. de legat. Instat tamen Fachinus, & hoc præcipue urget, quod legitima illic ipso jure videtur eximi fideicommissio, nempe ut id intra bensem consistat; cujus proinde deliberatio ex senatusconsulto rectè fiat: quippe quod non minus suffragetur partem restituere rogato, quam totum assent. Respondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquam in cohæredes distribuit, reponit accepti, ex providentia legis, non ex iudicio patris, legitima potiri: ea verò demum in quadrante Trebellianicum imputari, quæ ex testamentum obtinentur. At, inquam, si illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile est probati in casu proposito legitimam ex testamento, jure hæreditario ad filium pervenire: quoniam in casu filii substituti legitima hæreditatis pars est, quod non absorberit fideicommissio: quippe quod intra bensem constituit, ut ipse fateatur Fachinus: & præsumendum est testatorem voluntatem suam submisisse auctoritate juris. Et quid quod aliqui filius vi ipsa à tota hæreditate videbitur exclusus, quod nescio an quilibet adhuc dixerit. Non mover, quod dos hæreditatem filii restituere rogatæ non imputetur, quoniam non est in hæreditate patris, ut respondet Papinianus in l. pater filium 24. ff. ad leg. Falcid.

Quod alterum membrum nostræ questionis attinet, lippis & tonforibus nosum est, vis illud duplici detractionis, legitime scilicet & Trebellianicæ, jure Canonico liberis universalis fideicommissio gratis concessum in foro & iudiciis ubique concessum esse. Cæterum hæc adhuc incerta sunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an verò & in liberis graduum inferiorum? 2. An id obtineat in liberis fideicommissio puro gravatis, quod statim restituendum est? an verò in gravatis fideicommissio conditionali aut in diem duntaxat? 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem? Quantum attinet ad primum dubium, Ant. Gallius, lib. 2. obs. 133. num. 4. jus duplici detractionis; tanquam ex communi opti-

nione, restringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento l. jubemus 6. C. ad senat. Trebell. ubi Zenolibris primi gradus, filius aut filiabus hæredibus institutus & hæreditatem restituere rogatus hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebellianicam: quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo institutos & similiter gravatos non pertinet: quam sententiam etiam probasse videtur supremis Hollandiæ senatus decis. 9. expressè eam probavit Curia Fris. apud Joan à Sande lib. 4. tit. 7. desin. 6. & senatus Sabaudici. Ant. Fab. C. forens. lib. 6. tit. 17. desin. 6. Cæterum etiam verum quidem est hæc sententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, si ve quos pater ex quonati sunt, præcedit, & efficit, ne avo sint gradu proximi: nulla tamen exceptio ratio est, cur non idem jus quod filio competit, summo filio concedatur nepoti, qui jam proximam ab avo, & primum in suo ordine gradum obtinet, idemque planè juris in bonis avi habet quod pater, in cuius locum successit, habiturus fuisset, si vixisset, in bonis patris sui, idque jure utroque & Canonico & civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda & temperanda est illa modò memorata Zenonis constitutio. Pet. de Bellapert. in d. l. jubemus & plures alii allegati apud Sande d. loc. desin. 6. Grav. 2. concl. 121. n. 6. & ita censuit Curia Hollandiæ decis. 17. sub. fin.

Secundum dubium peperit doctrina Glossæ in l. 8. §. meminisse 14. ff. de inoff. test. distinguens inter fideicommissum purum, quod illic restituendum est, & conditionale vel in diem, quod non statim in restitutionem venit: nempe priore casu filium unum tantum quadrante, si ve legitimam, si ve Trebellianicam deducere; posteriore utrumque, legitimam statim, ut natura libi debetur, Trebellianicam, ut quælibet extraneæ & auctoritate senatusconsulti: quam distinctionem Bartolus in l. quantum 10. C. ad leg. Falc. & D. eodem in l. 6. C. ad sen. Trebell. secuti sunt, ut & Covar. in d. c. Raynuius Gal. 2. obs. 121. & senatus Sabaudici apud Ant. Fab. Cod. suo for. de codicil. desin. 7. Rationem hanc afferunt, quòd duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & idèd cum fideicommissum purum est, una alterum impedit: cui & hanc addit Ant. Faber, non tamen ex sua, sed ex senatus Sabaudici sententia, quòd eo casu dicit non possit, utra prior deduci debeat. At cum sub conditione vel in diem filius gravatus est, statim filius deducit legitimam: sed demum existente conditione, aut veniente die, deducit Trebellianicam, non ut filius, sed ut quilibet hæres extraneæ hæreditatem alteri restituere rogatus. Ego verò sæpe miratus sum hanc distinctionem

cuiquam probare potuisset, quippe quæ nulla auctoritate & ratione tam fugili nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato purè hæreditatem restituere duplex permitenda detractione, quia durius gravatur, quam rogato sub conditione aut in diem, qui interim commodum hæreditatis sentit, nec fructus perceptos quadrante senatusconsulti imputat, l. 6. C. ad senat. Trebell. Quamobrem rectè consilium Mechliniense in arculo revisionis, rejecta illa Glossæ & Bartoli distinctione, censuit liberos non minus purè, quam sub conditione aut in diem hæreditatem restituere rogatos utrumque commodum deducere posse juxta d. c. Raynuius & Raynaldus in quam sententiam extat & arrestum præfecturæ Prensivæ apud And. Robertum lib. 4. rer. jud. c. 17. eamque & Curia Hollandiæ secuta est decis. 17. & Curia Frisii apud Sande lib. 4. tit. 7. desin. 2. De tertio quod statuemum fit adhuc minus liquet. Equidem Baldus lib. 2. conf. 94. ex facto consilium respondit, ubi legitima portio pro numero liberorum est semis, non duplicem portionem, sed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hæc ratione, ne plus ex hæreditate capiat, qui eam restituere justus est, quàm is cui ea est restituenda, plus is qui gravatus est, quàm qui honoratus. Baldus secutus est Decius consil. 228. sub. fin. item Covar. in d. c. Raynuius §. 11. n. 6. ubi ait & Molinæum hanc sententiam subseribere lib. 7. conf. 3. Sed & usui ita servari videtur innuere Anton. Faber error. pragmat. dec. 11. c. 9. ubi asserit pro numero liberorum, semper ita statuere, ut si quis ex liberis portionem, quam ab intestato habiturus esset, justus fit restituere hæreditas æquis partibus inter hæredem gravatum & fideicommissarium dividi debeat. Atque ita quoque supremum a quo senatum aliquandò judicasse accepit. Alii tamen contra statuunt, nempe liberos gravatos, quæ causa legitima eorum semis est, deducere posse septimum cum semuncia. Cravett. conf. 54. Casvol. add. Papin. 8. §. meminisse 14. ff. de inoff. test. Thessaur. decis. Pedemont. 252. Joan. à Sande decis. Fris. lib. 4. tit. 7. decis. 7. Fachin. lib. 5. cont. cap. 3. ubi & hanc sententiam communem asserit; uti & Grav. de concl. 211. confid. 1. n. 2. & 3. quæ tamen plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur Christin. vol. 1. decis. 245. n. 7. & decis. 315. in fin. quantum nihil definit. Et postioris hæc sententia probabilior est, si ve verba si ve rationem constitutionis Pontificiæ in d. c. Raynuius constitutionis liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ; & idèd concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram

etiam quilibet extraneus restitutione gravatus deducit. Nec magis absurdum est, v. c. quinque liberos nomine legitima plus detrudere, quam quatuor aut pauciores, quam absurdum est in nomine legitime plus debere; nec quinque liberos simul paulo plus, pro favore tam copiose sobolis, ex bonis parentum consequi, quam extraneum forte unum, cui restituenda hereditas, sunt, qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipsis hereditatem rogatis restituere, duas quartas detraxerit. Vid. Valq. tom. 2. de succ. progress. lib. 3. §. 21. num. 35. Grav. d. concl. 121. consil. 2. n. 6. sed cur igitur non etiam ad fratres idem procedunt rogatos hereditatem restituere turpi personæ: nam & illi exhereditati aut præteriti in hoc casu de inofficio agere possunt. Vid. Cravett. consil. 10.

CAPUT XXX.

Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?

Quesitio hæc à multis tractata est; sed nescio an ab ullo ita, ut nihil amplius desideres, & qui serupulose omnem penitus exemerit. Jure veteri certum est fratrum filios in capita non in stirpes successisse; l. 2. §. 2. de suis & leg. her. nec de hoc jure quicquam mutatum constitutionibus posteriorum Imperatorum, ac ne Justiniani quidem in codice l. pen. & l. ult. §. 3. C. de legit. hæred. §. hoc etiam 4. Inst. de leg. agn. Nec mirum quia & nunquam jure representationis veniebant, ut cum thius filius concurrent, aut patruos excluderent defuncti, ejusve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos, ni prærogativa agnationis: non enim cognatis, sed agnatis proximi lego ferebatur hereditas, l. 2. §. legitima 4. ff. de suis & legit. hæred. §. 1. Inst. de leg. agn. succ. quam agnationis prærogativam demum penitus sustulit Justinianus Nov. 118. c. 4. unde sumptæ authenticæ; quas inseruit. C. de legit. her. inseruit. Eadem autem Justiniani consilio causam dedit questioni, quam hoc loco tractandam suscepimus. Sic igitur ille in c. 3. de Nov. 118. tertium succedentium ab intestato ordinem, id est, lateralem, sublatò veteri agnationis & cognationis discrimine, disponit.

Primum in hac successione locum obtinere vult fratres fororeque germanos five ex utroque latere conjunctos, cum quibus ræm admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure re-

presentationis, ut tantam partem ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset, quamvis soli sint, eos tamen vult præferri defuncti thius, atque ad eò fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, si vixisset, non tantum thios defuncti, sed etiam eosdem defuncti fratres tam consanguineos, quam uterinos vi ejusdem constitutionis excludisset. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres consanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æquè ut ad fratrum filios legitima hereditas pertinet, nec non ad avunculos æquè ac ad filios fororum honoraria, l. 1. §. antepen. & pen. l. 2. §. 4. de suis & leg. her. l. 1. §. pen. ff. und. cog. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hereditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, consanguineos & uterinos unaque cum his eorum præmortuorum filios in stirpes. Quòd si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quò autem quicquid proximior est, ita alterum vult excludere: & si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam excitat. Hinc, inquam, nata est proposita questio. Utrum fratrum filii, quando soli sunt, seu quando non concurrunt cum thius filio, id est, patruis aut avunculis, in stirpes succedere debeant, ut si unus & fratrum filios pauciores, unum forè aut duos, alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem consequantur, quam ille unus aut duo; an verò in capita, ut in tot partes hereditas dividatur, quot sunt persone hereditatis? Azo censuit eos in capita succedere; Accursius in stirpes. Azonis sententia vi ipsa unico tantum defuncti argumento, nempe quòd ea & juri veteri & posterioribus quoque constitutionibus consentanea sit, nec ostendi possit Justinianum quicquam in casu proposito innovasse. Accursius eumque secuti prius tarentur, posterius negant, & in hac quoque parte jus verus à Justiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primò argumentantur. Qui jure representationis succedunt, non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius capere possint, quam is cuius personam præsentant, accepturus fuisset. §. cum filius 6. Inst. de hæred. que ab intest. Ad filii fratrum succedunt jure representationis. Ergo, Seco Qui partes Azonis tulerunt, respondent falsam esse istius argumenti assumptionem; si in sensu diviso, quod hic queritur, accipitur, id est, quando fratrum filii succedunt. Nam Justinianum in d. cap. 3. Nov. 118. eo tantum casu filios fratrum jure repræ-

sentationis succedere velle, quando concurrunt cum thius filio, quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint, quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus representationis introducendum fuisse ut in patris sui locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quòd necessarium non sit, cum filii reperiuntur, & propria ex persona succedere queant. Neque enim generaliter voluisse Justinianum, ut semper esset representationis locus filiis fratrum succedentibus vel ex eo liquere, quòd non statim idem jus constituit, cum fratres succedunt unà cum parentibus, quòd fecit demum. Nov. 127.

Secundò proferunt Accursiani exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, si ve succedunt cum patruis suis, si ve soli quasi post constitutionem Justiniani, eadem planè sit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & sim fuit & nunc est. Sed bene respondent lætatores Azonis, duas hæc species certo jure distinctas esse. In linea recta descendentium nunquam proximitatem spectari, §. cum filius & §. ult. Inst. de hæred. Inst. de leg. agn. succ. in pr. & pr. Inst. de succ. cogn. l. 3. C. de leg. her. unde unum tantum illum casum, nempe cum fratrum filii cum thius filio concurrant, excepit Justinianus. Denique & hoc vel maxime Accursius urget, quòd fratrum filii excludunt defuncti patruos, & avunculos, qui eodem gradu sunt, d. c. 3. verò quandoquidem. Cui argumento respondetur, quòd etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu sunt proximiores: nec tamen iade sequatur eos hoc casu succedere jure representationis, non magis quam si quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure representationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præterit fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu est; ergo jure representationis succedit. Concludit igitur Azo fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis filii succedant, exclusis his qui eodem gradu, aut etiam proximiores sunt, si illorum jus sit potius: sicut ex constitutione Justiniani potius est jus filiorum fratris tanquam descendentem, quam patruorum, qui insular sunt descendentium, & jus fratrum germanorum & eorumque filiorum, propter duplex vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterorum. Horum. Inst. quæst. c. 14. Za. lib. 1. intellect. sing. c. 7.

Atque hæc quidem ita pro defensione Azonis sententia; cui & ipse alibi acquiesco, non improbabiliter disputari videntur, sed verior, ne

non satis ex mente & sententia Justiniani. Sanè verbis d. Nov. 118. c. 3. Azonis opinio minus convenit. Postquam enim Justinianus fratrum germanorum filios unà cum fratribus germanis ad successionem defuncti admittit jure representationis, ut scilicet locum patris sui obtineant, & tantum consequantur, quantum pater eorum habiturus fuisset, mox subjicit, *ut avunculos quoque, unde consequens est, ut iherum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi sint. Ex quo verò & ex eo nempe quòd eos venire voluit ex persona patris sui. Hinc enim consequens est ut fratribus defuncti consanguineis tantum aut uterinis præferantur sicut pater eorum, si viveret, iisdem præfereretur, ut ipse Imperator ibidem ait. Ad inde, inquam ego, & hoc consequens est, sententia Justiniani conveniens, ut est defunctus nullo fratres germanos reliquit, sed horum filios duntaxat, fratresque uterinos aut consanguineos, isti fratrum germanorum filii hocce thios suos excludant non proprio aut proximitatis jure, sed representationis: ac proinde non in capita, sed in stirpes hereditatem dividere debeant. Præterea in cap. 3. verò quandoquidem igitur. ait Justinianus ex eo quòd filii fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, *ut non præponendis debeat, manifestum esse eos etiam thius defuncti præponendos esse, quamvis gradu patris: unde d. itemum liquet, eos ne hoc quidem casu ex sua persona, quia sunt proximiores, thius defuncti anteponi, sed ex persona patris sui, quem præsentant, & cujus locum subeunt, si ac proinde etiam hoc casu non in capita, sed in stirpes ex sententia Justiniani eos succedere necesse est. Etenim omnino hoc considerandum est, quòd Justinianus ut apparet ex tenore totius istius c. 13. Nov. 118. jus representationis introduxit, non ad hoc solum, ut filii fratrum possent concurrere & simul cum fratribus defuncti, à quibus aliqui jure proximitatis excluderentur, succedere: verum etiam ad excludendos alios, qui aliqui cum his concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari gradu, & alios obstant, quominus illi soli jure proximitatis admitterent. In fructum autem germanorum filii idem jus introducunt, etiam ad excludendos eos, à quibus ipsi aliqui jure proximitatis excluderentur, fratres scilicet defuncti consanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi potest, quam quòd filii fratrum, circa hæc representationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejusdem excludere possint: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti consangu-**