



88



N^o: III.

Quod Felix Faustumq; sit!

1686, 11 9 17 422

DISPUTATIONEM JURIDICAM

DE FILIO, SUB
CONDITIONE, SI SE
FILIUM PROBAVERIT,
HEREDE INSTITUTO,

P 314.

ad l. Lucius 83, de Cond. & demonstr.

SUB PRÆSIDIO

DN. D. CHRISTIANI THOMASII,

Præceptoris sui venerandi,

publicè ventilandam
proponit

PETER JOHANN Dehnsen /

Guelpherbyt.

Autor.

Ad diem VIII. Aprilis MDCXXCVI.

H. L. Q. C.

LIPSIÆ

Literis JOHANNIS GEORGI.



DISPUTATIONEM JURIDICAM

DE FILIO SUB
CONDITIONE SI SE
FITUM PROBAVERIT
HEREDIS INSTITUTO

DR. D. CHRISTIANI THOMASII

PROFESSORIS IN UNIVERSITATE

PUBLICAE UNIVERSITATIS
HALLENSIS

PETRI JOHANNIS SCHNEIDERII

ORDINARIUS

AVGUSTI

AD DIEM VIII. APRILIS MDCCXCVI

H. A. C.

LAPSAE

LIBRARIUS UNIVERSITATIS





PROOEMIUM.

Qui de sterilitate materiarum juridicarum, in quibus ingenii sui vires exercean, conqveruntur, eos profecto, ut alia jam taceam, Pandectarum Justinianearum evolutionem superfuntoriè & non exactâ, quâ decebat, diligentia suscepisse dicendum est. Quamvis enim myriades ferè Commentariorum extant, Pandectarum titulos illustrare aggredientium, ferè tamen inter desiderata Jurisprudentiæ Justinianæ numerari debet, quod non habeamus Commentatorem singulas Pandectarum leges, in quibus magnus profecto Jurisprudentiæ thesaurus absconditus latet, diligenter & cum judicio explicantem. Ut enim Glossatores antiqui judicio & medijs leges Romanas exponendi fuere destituti, ita noviores ferè non afferunt indefessam diligentiam, sine quâ hac parte nihil quod satisfacere possit, poterit effici. Non committam mendacium, si dixerò inter novem millia centonum, ex quibus circiter Pandectarum Volumen constat, multa millia legum extare, in quibus exponendis Jctis Eximiis vitio non sit vertendum, si aliquantisper hæsitent. Ita sæpius concisus stylus obscuritatem peperit, ita non raro rationes decidendi longius petitiæ sunt vel planè occultatæ. Nam & in istis legibus, quarum sententia se primo statim intui-

A 2

tu in-

tu inſinuat, non deest, qvò meditationes ultiores me-
reatur. Qvapropter arbitratus sum etiam in unius le-
gis, etiam in perspicuæ legis, qualis est hæc Pauli, qvam
præsenti Disputatione illustrare aggredior, expositione
specimen Studiõrum Patronis meis me posse edere, in qvâ
non puto, improbatum iri, qvò leges ex ipsiſ legis de-
clarare inſtituerim, & ita sæpiùs loco locorum ex Docto-
ribus excerptorum, integras leges Veterum Jctorum,
aut integros pargaraphos appoſuerim. Nemo enim,
credo, Theologum vituperat, qvò Verbis Scripturæ
magis uti soleat, qvàm verbis Patrum, aut Homiliarum
in Evangelia, Ergò Faxit DEUS Feliciter.

CAP. I.

De Autore Legis.

SUMMARIA,

*J*ulius Paulus utrum Patavinus fuerit, an Græcus? th. 1. 2. 3. 4. *Ejus*
Præceptores th. 1. *Exponuntur* l. 4. §. 3. *de penu legata* th. 3. & l. 17.
de except. th. 4. *Quam sectam Paulus fuerit secutus & de ejus laudibus*
th. 5. *Ejus studium contradicendi* th. 6. & *obscuritas* th. 7. *Quid differ-*
ant responsa Juris Consultorum ab eorum questionibus th. 8. *Verba*
legis nostræ th. 9. *Connexio sequentium* th. 10.

§. I.

Julius Paulus a) legis nostræ autor est, Patavinus patriâ, ut ex
inscriptione ab Eberlino b) & Henelio c) recensitâ & communi
Doctõrum sententiâ demonstrari potest, contra quam tamen mul-
tis rationibus insurrexit Bertrandus d) probare volens, Paulum no-
strum Tyrium fuisse, vel certè Græcum Pauli Tyrii filium, quem
Suidas scribat Hadriani temporibus fuisse Oratorem, qui cum lega-
tionem Romæ egisset sub Hadriano, metropolin Tyrum effecit.
Conjectatur igitur Bertrandus fortè uxorem hujus Pauli Tyrii in ea
lega-

legatione Patavii Paulumenixam esse & inde Patavinos suum esse Paulum Jctum contendisse. At vereor magnoperè hanc Bertrandi conjecturam posse subsistere. Constat enim Antoninum Pium Hadriani Successorem anno post Christum natum 138. vel ut alii numerant anno 140. ad Imperium pervenisse, e) nostrum verò Paulum Papiniani fuisse discipulum f) ejusque cum Ulpiano sub Severo Imperatore, qui imperii habenas anno 197. suscepit g) assessorem, b) quin & Imperatorem Alexandrum anno 224. i) solium imperiale conscendentem Pauli consiliis fuisse usum k.) Non probabile verò est Paulum circiter Sexagenarium Papiniani assessorem fuisse & ferè nonagesimum ætatis annum attigisse. Quod si insuper id verum esset, eum fuisse discipulum Papiniani, necesse foret, eum quadragenario vel etiam quinquagenario majorem Scholas Papiniani frequentasse. Sed non immeritò Lampridium deceptum & Paulum Papiniani potius æqualem quam discipulum fuisse opinatur Cuiacius l.) Scævola potius discipulum fuisse Paulum exinde conjicere licet, quod sæpius m.) Scævola Nostrum appellet. Floruit autem Scævola tempore Antonini Philosophi & Severi Imperatoris Præceptor fuisse traditur. n.) Dicit equidem Glandorpius o.) quod Paulus Javolenum appellet Præceptorem suum, sed hoc præterquam quod à Glandorpio locus Pauli non allegetur, haud probabile est, cum Javoleno vix Antonini Pii tempora attigerit p.)

- a.) ita appellatur leg. 81. de cond. & demonstrat. l. 22. ad L. Falcid. b.) de orig. Jur. c. 52. n. 20. p. 508. c.) de Vct. Jctis c. 29. p. 159. d.) de Jurisper. lib. 1. p. 140. seq. e.) vid. Alsted. Chronol. cap. 19. p. m. 190. f.) Æl. Lamprid. in Alex. Severo c. 68. g.) Alsted. d. l. h.) ut ipse tradit in l. lecta. §. dicebam ff. de reb. cred. i.) Alsted. ibid. k.) quod ipse Bertrandus p. 144. ex Sexto Aurelio Victore observat l.) in proëm. ad comment. in quest. Papin. m.) l. 38. §. fin. de vulg. & pup. Subst. l. 56. §. 3. de jure dot. n.) vide Bertrand. d. l. 1. p. 104. seq. o.) in Onomastico Romano voce Pauli p.) Bertrand in Jaboleno d. l. 1. p. 74.

§. 2. Quæ ulterius contra Patavinitatem Pauli profert Bertrandus a.) in his punctis consistunt 1. quod in Syntaxi Latinarum vocum

vocum aliorum consilio usus sit & proprietatem Latinorum verborum ignoraverit, 2. quodque Græcas artes in explananda Juris Civilis scientia attulerit, & dictiones Latinas per verba Græca explicuerit, unde & ab Hottomanno b.) homo Græcus dicatur. Sed quemadmodum posterius non stringit, quia & Romani Græcarum literarum tum temporis non erant imperiti, & Hottomannus Paulum magis vituperandi animo Græcum appellet, quàm indicandi eius Patriam, c.) ita prius illud magis aliquid in recessu habere videtur, cum non verisimile sit latinum hominem & doctum dictionum latinarum vim non calluisse. At nondum probavit Bertrandus hanc Latini Sermonis ignorantiam in Paulo.

a.) d. p. 140. seq. b.) de verbis juris in voce abalienare c.) conf. infra S. 6.

§. 3. Provocat equidem ad duos Pauli textus in quorum uno a.) Paulus narrat sibi traditum esse, nomen penus omnibus generibus dici, in altero b.) verò, Servitutes corpora appellat, ex quorum illo infert, Paulum in Syntaxi Latinarum vocum aliorum consilio fuisse usum, ex hoc autem, quod ignoraverit proprietatem verborum latinorum. Sed non deest tamen quod & hic Bertrando obijci possit. Non utar illâ responsione; Paulum dum notat: *nomen penus omnibus generibus dici*, hoc voluisse: sub voce penoris non contineri certum genus esculentorum & potulentorum, sed omnia genera quæ esui potuique sunt, ut Ulpianus c.) dixit, vel ut Cicero d.) penum esse omne id quo vescuntur homines: e.) neque enim præsumendum esse Jctum tam eximium scholicanugalia, (liceat hætenus cum Gellio f.) loqui) de generibus vocabulorum decisionum de Jure controversarum voluisse immiscere, præprimis cum penus in toto isto titulo à Paulo, Ulpiano, Marciano atque Scævola perpetuo in genere scempino usurpetur. Nam valde dubito an præcedens expositio quadret ad mentem Pauli. Non dixit: *penum de omnibus generibus dici*; Sed *nomen penus dici omnibus generibus*, quæ phrasis apertè indicat eum genus vocabuli habuisse in mente. Ut enim taceam, Pomponium alibi g.) dixisse: *omne penum in genere neutro*, juvat apprimè hanc coniecturam locus Gellii h.) *Ostentabat quispiam Grammaticæ rei Doctor Scholica quædam nugalia de generibus & casibus vocabulorum*

rum

rum differens cum arduis superciliis vocisque & vultus gravitate composita tanquam interpres & arbiter Sibylla oraculorum : Tum afficiens ad Favorinum - Penus quoque, inquit, variis generibus dictum & variè declinatum est. Nam & hoc penus & hac penus & hujus peni & penenis & peniteris & penoris veteres dicit averunt -- atque omnium horum & testimoniis & exemplis constrepebat. Quamque nimis odiosè sibi placeret, intercessi placidè Favorinus : & jam bene, inquit Magister, abundè multa docuisti, quæ quidem ignorabamus & scire haud sanè postulabamus : Quid enim refert mea, ejusque qui cum loquor, quo genere penum dicam, aut in quas extremas literas declinem, si nemo id non nimis barbare fecerit, &c. i.) Agnoscis hic eandem locutionem Grammatici cum Paulo. Sed suppeditabit nobis simul locus Gellii responsionem adversus Bertrandum. Quamvis enim haud quaquam laudandus propterea Paulus sit quod Grammatica ista inseruerit quaestionibus gravioribus, propterea tamen nec pro homine Græco haberi debet, quod ab aliis sibi traditum sciebat, nomen penus etiam in generibus sceminino & neutro dici, non magis atque Philosophus Favorinus, qui istas subtilitates etiam se ignorasse profitebatur apud Gellium, præprimis cum ex allato Gellii loco constet istam penoris prædicationem jam tum antiquis potissimum fuisse in usu, atque adeò temporibus Pauli multo magis ad antiquatas fuisse referendas.

- a.) l. 4. §. 3. de penu legata b.) l. 17. de except. c.) l. 3. pr. de penu legata d.) lib. 1. de nat. Deorum e.) ita etiam Paulum exponit Glossa ad d. l. 4. §. 3. de penu legata
- f.) lib. 4. Noct. Att. c. 1. g.) l. 2. pr. de penu leg. h.) d. l. i.) plura sequuntur ap. Gellium d. l. ad expositionem tituli ff. de penu legata omnino facientia, sed qua hic persequi nostri instituti non est.

§. 4. Quod alterum textum Pauli attinet, hæc sunt eius verba: a.) Si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia & diversa corpora sunt & cause restitutionum dispares, non nocebit exceptio Hic etsi non diffitendum sit, abusive vocem corporis prædicari de viâ seu servitute, posset tamen pro excusatione Pauli afferri, eum per diversa corpora diversas res intellexisse ad imitationem Stoicorum quibus corpus erat Synonymon entis b.) Minimè autem opus

opus erat ut ex hoc textu concluderet Bertrandus, Paulum ignorasse proprietatem verborum Latinorum, aut putasse Servitutes esse corpora. Nec fecisset credo, si alium locum Pauli inspicisset: *Servitutes, inquit, c.) prædiorum rusticorum etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt.* Nihil ergo remanet quod nos movere possit ut ab opinione communi, qua Patavium facit patriam Pauli, recedamus. Nam etiam si conjecturas omnes, quas adduxit Bertrandus, concederemus, nescio tamen, annon eas omnes victura sit, quam eidem possemus objicere, non verisimile esse, Paulum, si Græcus fuisset, è tot libris, quos reliquit, reliquit verò quam plurimos, in tantum ut hac parte ipsum Ulpianum superaverit, d.) nullum in linguâ Græcâ tanquam patriâ conscripssisse.

a.) d. l. 17. de except. b.) vide Lips. Phys. Stoic. c.) l. 14. præ de Servit. d.) vid. Ebert. d. l. p. 509. Henel. d. l. p. 151.

§. 5. Proculianorum an Sabinianorum sectæ addictus fuerit Paulus noster, hic non definiam. *In id Paulum & Ulpianum laborasse dicit Emundus Merillius a.) ut quasi evincendi utramque sectam mediis sententiis conciliarent, vel ut alterutram Sectarum sententiam Imperatorum rescriptis confirmarent --. Paulus mediis fuit inter Proculum & Cassium b.) Ulpianus inter Labeonem & Sabinum c.) Quaedam etiam mediæ Pauli sententiæ jam ab aliis fuerunt observata & adhuc observari possunt. Quemadmodum ipse Merillius eiusmodi mediam inter Proculum d.) Sabinum e.) & Africanum f.) Pauli g.) Sententiam de amittenda possessione ob factum Servorum aut Colonorum nostrorum, observat alibi. h.) Quod si tamen dicendum quod res est, Paulus in nullius magistri verbi iuravit, sed modo Proculo i.) favit, modo Sabino. k.) libertatem videlicet sibi retinens sentiendi, quod sibi cum ratione conveniens videretur, & dissentendi à quoc. etiam à Præceptoribus suis, etiam ab Imperatoribus l.) sed modestè tamen unde, potissimum dum ab Ulpiano dissentit eum non nominat, sed voce quidam, vel ille m.) &c. utitur, quin imò non dissimulat, sed ingenuè fatetur, ubi vel advocando n.) vel sententiam ferendo o.) succubuerit, ubique laudabili instituto, unde & ab Imperatoribus magni habitus ac variis officiis decoratus fuit, eiusque communiter à Scriptoribus honorifica injicitur mentio. p.)*

a.) l.

- a.) l. 1. obs. 6. pag. m. 12. b.) l. illud 40. ff. de heredit. petit.
 c.) l. si finit a 15. §. illud 32. ff. de damn. inf. d.) l. cum
 quis 31. de dolo malo e.) l. si colonus ff. de A. & A. P.
 f.) l. 40. ff. eod. g.) l. 3. §. 8. & 9. h.) d. l. 1. obs. 7.
 i.) l. 11. §. 1. de reb. cred. k.) l. 2. §. 2. pro emtorc. l.)
 Bertrandus, Henelius, Ebertinus dd. ll. m.) vid. dd. Auto-
 res dd. ll. n.) vid. l. 73. §. 6. de legat. 3. & Henel. d. l.
 p. 152. seqq. o.) l. 97. de acq. hered. ubi secundum Papi-
 nianum pronunziavit Imperator p.) vide dd. Autores
 dd. ll.

§. 6. Graviter tamen ab Hottomanno a.) increpatur, dum eum hominem Græcum, b.) litigiosum, naturâ controversum & hostem antiquis JCtis nominat, quæ increpatio an ex meritis causæ fuerit, quam ibidem tractat Hotomannus, ipse viderit Nævis quibusdam laborasse Paulum, non est negandum, interque eos non minimum fuisse studium contradicendi nimium, sæpius affectibus magis suffultum quam rationibus prægnantibus. Omnino enim ex diligenti trutinazione centonum, quos nobis in Pandectis reliquit non magnoperè laudabilis Triboniani diligentia, cuius patebit, maximam æmulationem inter Paulum & ejus commilitonem Ulpianum fuisse, quæ in tantum aluit studium à se invicem dissentendi, ut ferè pignoribus pretii non contemnendi certare ausim, ex centum controversiis ab utroque tractatis vix decem ac ne vix quidem ostendi posse, in quibus amicè conspiraverint, ut adeò vel ex solis Pauli & Ulpiani textibus infinitæ colligi possint antinomix, quibus conciliandis omnes, non dicam Glossæ, & eorum, qui conciliationum libros scripserunt, sed omnium quotquot unquam fuerunt, aut exituros unquam vel sperare vel timere jubet seculi genius, Metaphysicorum distinctiones non sint suffectura. Quamvis verò hic Ulpianum ab omni culpâ liberare nolim, magis tamen vituperandus vel ideò Paulus erit, quod aurei sui dicti, quod alicubi c.) inculcat, (non oportere jus civile calumniari, nec verba captare, sed qua mente quidque diceretur, animadvertere convenire) frequenter immemor, magis sequi solitus fuerit jus strictum & verba regularum juris, cum Ulpianus contra magis inclinaverit ad rigorem verborum ex æquitate & benigna humanitate temperandum d.)

B

a.) de

a.) *de verbis juris in voce abalienare* b.) *conf. supra §. 2.*
c.) *l. pen. ff. ad exhib.* d.) *Henel. d. l. p. 151.*

§. 7. Ulterius cum Ulpianus usus fuerit orationis genere elegantiori quidem sed facili & prolixo, Pauli verò stylus sit paulo accuratior & brevior, inde evenit, ut Ulpianus sibi ipsi pro interprete esse possit satis perspicuo, Pauli verò leges tanquam obscuriores & difficiliore magis indigeant explicacione. Bertrandus a.) ejus universas leges ita obscuras, ambiguas, verborumque tenebris involutas esse judicat, ut, quod de Chryssippo Cicero b.) scripsit, de Paulo dicere verissimè possimus, eum totum hoc volumen implevisse oraculis flexilouis & obscuris, ut interpres egeat interprete, & fors ipsa referenda sit ad sortes. Notus est versiculus de legibus, quas propter difficultatem explicandi Doctores damnatas appellarunt:

Damnetur Gallus c.) damnetur Filius d.) Ejus e.)

Damnetur Frater f.) damnetur Lectaque g.) Mater h.)

Ex his ultimæ duæ sunt Pauli nostri, de quarum priore communiter dictum fuit, quod sit *lex lecta à multis, sed à paucis intellecta*. Merebatur vero his damnatis legibus accenseri adhuc tertia ejusdem Pauli i.) in cuius expositione non minus ob eius ambiguitatem Dd. sudarunt. Non potuit sibi temperare Raphael Fulgosius, Vir aliàs tam acris ingenii, ut primo anno, quo juri cepit incumbere, intra domesticos parietes jura interpretari & disputare ausus, & postea ad munus publicum admisus, singulis annis viginti quatuor Pandectarum libros exponere fuerit solitus, k.) quin istius legis occasione in hæc verba eruperit: *Si bene non intellexistis textum, cum legetis ter & quater & sonabit vobis, sic enim est mos Pauli, & si haberem eum in manibus, eum per capillos interrogarem.* — *Iste maledictus Paulus ita obscure loquitur ut vix possit intelligi. l.)*

a.) *d. l. p. 143.* b.) *de Divinat.* c.) *l. 29. ff. de lib. & posth. que est Scævole* d.) *l. 24. C. Familæ encisc. Diocletiani & Maximiani* e.) *l. 41. de reb. cred.* f.) *l. 38. de cond. indeb. barum duarum Autor est Africanus* g.) *l. 40. de reb. cred.* h.) *l. 19. ff. de inoff. test.* i.) *l. qui repudiantis 17. de querel. inoff.* k.) *vide Guidum Pancirollum de claris legum interpretibus lib. 2. c. 83. p. m. 223.* l.) *vide Struv. Exerc. 10. ad Pand. tb. 26.*

§. 8.

§. 8. Non sine ratione itaque Jacobus Cujacius acutissimi ingenii Juris Consultus, Pauli leges peculiari tractatu explicare aggressus est, sed exhibuit saltem orbi literario expositionem eorum fragmentorum quæ de Pauli commentariis ad edictum & quæstionum libris triginta tribus supersunt, libros responforum tres & viginti, ex quorum duodecimo desumpta est lex nostra, non attigit. a) Cæterum non infrequens fuit Jctis aliis libros responforum scribere, eosque separare à libris quæstionum, de quorum differentia hæc tradit Cuiacius b.) *Quæstiones sunt uberes quidam ipsiq; diffusæ tractatus juris; responsa sunt tanquam oracula admodum brevia. In quæstionibus doctoris, in responsis Jure Consulti munere fungebantur; responsa reddebantur Consultoribus* (intelligo de casibus in ipsis rerum argumentis occurrentibus) *quæstiones petentibus* (regulariter) *non reddebantur, sed proponebantur auctoris arbitratu,* (vel aliquando reddebantur amicis de jure super casibus fictis consulentibus;) *denique in quæstionibus electio est juris auctoris, in responsis aut responforum causis electio est ejus, qui rogat aut consulit juris auctores.* Quæ differentia videtur nobis, etiam accommodari posse ad libros quæstionum ac responforum, quos scripsit Paulus, si modo quis cum lege nostrâ saltem alias duas Pauli leges ex quæstionum eius libris desumas & à Triboniano sub eodem titulo collocata, c.) contulerit.

a.) *Ita quidem putavimus, sed elaboratâ disputatione inspicientes novam editionem operum Cujacii, deprehendimus etiam Tomo tertio posteriorum Commentationem ad libros responforum Pauli. Quamvis verò ibidem Cujacius non multa ad legem nostram observaverit, re ipsâ tamen, de quo nobis gratulamur, convenit cum interpretatione nostrâ.* b.) *Pref. ad libr. 1. resp. Papiniani p. m. 1. c.) leg. 81. & l. 103. de Condit. & demonstr.*

§. 9. In libro autem duodecimo responforum, ut & libro duodecimo, decimo tertio itidem ac quarto decimo Paulus responsa sua retulisse videtur, quæ ad controversias de successione testamentariâ pertinerent a). Præter nostram verò legem saltem tres adhuc alias b.) ex præfato libro duodecimo retulit Tribonianus. Nostram quod concernit, in eâ præter morem Paulus est perspicuus,



cius, ut adeò neque ut summam proponatur; neque ut dispartatur in partes, habeat opus. Casum etiam hic fingere non licebit, cum ipse textus casum exhibeat nobis. Igitur tantum verba legis apponamus:

LUCIUS TITUS ita testamentum fecit; AURELIUS CLAUDIUS NATUS EX ILLA MULIERE, SI FILIUM MEUM SE ESSE JUDICI PROBAVERIT, HERES MIHI ESTO; Paulus respondit, filium de quo quaeretur, non sub eà conditione institutum videri, quæ in potestate ejus est. & ideò testamentum nullius esse momenti.

a.) vide *Labitum in indice p. m. 427.* b.) *scil. l. 25. de lib. & postb. l. 45. de vulg. & pupill. l. 90. de acq. hered.*

§. 10. Quamvis autem tam verba quam sententia decisionis Paulianæ sint perspicua, ratio tamen quam Paulus decisioni dedit, est ambigua vel certè non desunt etiam argumenta, quæ de rationis istius veritate aliquem possint reddere dubium. Igitur quò res procedat melius, necesse est, ut quædam præmittamus de conditionibus sub quibus filios licet instituere, tum ut distinctius de veritate & sensu rationis quam Paulus attulit, discipiamus.

CAPUT II.

De Conditionibus sub quibus Filios- familias licet instituere,

SUMMARI A.

*T*ribonianæ heredum divisio emendata. th. 1. Diversi effectus præteritionis suorum heredum. *Lex 8. §. 1. de injust. testam. exposita.* th. 2. Quandoquæ heredes instituuntur sub conditione. *Conditiones non sunt quæ omninò sunt exituræ* th. 3. *item conditiones tacite tam legatis,* th. 4. *quam heredis institutioni appositæ.* th. 5. *nisi testator hic aliud voluerit. Explicatur l. 19. §. 1. de condit. & demonstr.* th. 6. & 7. *Porro conditiones impossibiles,* th. 8. *quæ pro non scriptis habentur*

bentur. th. 9. *An sit conditio impossibilis: si heres monumentum testatori intra triduum proximum ab ejus morte fecerit? Expositio nova & singularis l. 6. de condit. instit.* th. 10. 11. 12. 13. 14. *Cum conditionibus impossibilibus non confundenda sunt difficiles.* th. 12. *quæ implende sunt tanquam veræ conditiones* th. 13. 14. *item turpes, quæ in extraneis quidem eundem effectum habent cum conditionibus impossibilibus* th. 15. *impossibiles tamen non sunt* th. 16. *cum sepius deducantur in actum* th. 17. *Divisio conditionum in potestativas, casuales & mixtas.* th. 18. *Mixtarum exempla & de iis opinio Cujacii, quæ rejicitur* th. 19. 20. *Potestativas & mixtas non differre ostenditur* th. 21. *nisi modo considerandi.* Exponitur l. un. §. 7. *de caduc. toll.* th. 22. *Primus usus divisionis illius. An potestativa demum post mortem testatoris impleri debeant? Conciliatur cum Paulo Mæcianus & Ulpianus* th. 23. & 24. *Secundus usus. Potestativa si implementum ejus impediat per alium hominem, habetur pro impleta.* th. 25. *Idem sensit post alios Ulpianus de impedimento à fortunâ proveniente,* th. 26. *à quo dissenfit cum aliis Paulus.* th. 27. *Rejicitur distinctio Cujacii* th. 28. *& ostenditur Ulpianum etiam de eo casu sensitse, si adjectus post mortem testatoris fuerit mortuus* th. 29. *Paulum contra de eo, qui etiam vivo testatore sit extinctus.* th. 30. *Examinatur ratio conciliationis Cujaciane* th. 31. *Exponitur l. 23. §. 2. ad L. Aquil.* th. 32. & 33. *Tribonianus in Codice sententiam Pauli videtur approbasse* th. 34. *Tertius usus: Filius & alius suus heres poterit institui sub conditione temporis præteriti.* th. 35. *item necessaria* th. 36. *incitâ* th. 37. *& impossibili* th. 38. *non tamen sub turpi* th. 39. *nec casuali, sed sub potestativâ* th. 40. *Quid si sub contrariâ casuali fuerit exher. datus?* th. 41. *Quid si sub mixtâ institutus fuerit? Rejicitur sententia communis negantium.* th. 42. *Diversi effectus conditionis potestativæ filio adjectæ* th. 43.

§. 1.

Heredes aut necessarios esse dicit Tribonianus, aut suos & necessarios, aut extraneos a) Per necessarios intelligit servos, quibus libertas & hereditas in testamento data erat, per suos & necessarios liberos immediatè in potestate Patris existentes, per extraneos reliquos omnes. b) Sed miscuit hic Tribonianus divisiones duas distinctas; nam heredibus necessariis nec sui nec extranei opponuntur, sed voluntarii, idque Stylo Jctorum, Ulpiani c)

B 3 & Her-



& Hermogeniani d) magis est conveniens, unde alia est distinctio heredum in necessarios & voluntarios, alia in suos & extraneos, e) Prior magis respicit heredes, utrum possint repudiare vel non, posterior magis testatores, utrum possint heredes præterire vel minus. Sub necessariis olim etiam sui comprehendebantur: jure novo pertinent ad voluntariorum classem salvâ tamen fuitate. f) Servus necessarius quidem heres est, sed & simul extraneus, quia non est suus.

a) *pr. 7. de hered. qual. & differ.* b) *§. 1. 2. & 3. cod.* c) *l. 15. & seq. de acq. her.* d) *l. 12. de cond. inst.* e) *conf. §. 7. de hered. qua ab intest.* f) *d. §. 2. de hered. qual.*

§. 2. Sui itaque non poterant præteriri, sed necessario vel instituendi erant, vel exheredandi, cum hac tamen differentia, ut si filii primi gradus præteriti fuerint, testamentum patris esset nullum, si filia aut nepotes vel neptes, testamentum quidem subsisteret, sed ea præterita scriptis heredibus ad crescerent, suis in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam b). Quod si v. gr. quis filiam præteritam filium suum & extraneum æquis partibus instituisset heredes, filia prætermissa tantum de portione fratris sui quantum de extranei avocabat c). Rationem verò, cur filius præteritus testamentum patris nullum redderet, Ulpianus dat istam, quod filii per trinam mancipationem ex patris potestate dimittantur, filia & nepotes per unam saltem. Plana sunt ejus hanc in rem verba d) Filia, inquit, cum emancipatur vel nepos quia unâ emancipatione exeunt de potestate, idè si præteriti fuerint à patre testamentum non rumpunt, seu non faciunt nullum e.) Igitur in istâ lege Ulpiani inter *nepos* & *quia* nullum comma poni debet, aut parenthesis, quod tamen communiter fit; nam si distinctionis signum ibidem collocetur, turbatur sensus ac si Ulpianus dixisset *filiam vel nepotem si emancipati fuerint, non rumpere testamentum patris quia unâ emancipatione de potestate patris exierint*, quo pacto profecto nulla esset rationis datæ cum decisione connexio, & præterea si de testamento patris post emancipationem factum intelleres, cum Glossâ, f.) id profecto esset ex Domitio Ulpiano sapiente & prudente Viro facere velle Domitium stultarum questionum autorem. Pariter

riter inepta est commentatio Glossæ de unâ emancipatione, quod nimirum eadem decisio legis locum habeat si filia & Nepos non unâ sed duabus & separatis emancipationibus ex patria potestate fuerint dimissi; nec melioris notæ est quorundam emendatio textus qui pro unâ mancipatione legunt; unâ cum emancipatione. Sed hæc obiter

- a.) *pr. 7. de exher. lib.* b.) *Ulpian. tit. qui heredes instit. poss. §. 16. & seq. Cæjus tit. de exher. lib. §. 1.* c.) *Paulus lib. 3. sent. tit. 5.* d.) *l. 8. §. 1. de injusto rupt. irr. fact. test. conf. eund. tit. 10. §. 1.* e.) *arg. §. 5. quib. mod. test. infirm. f.) ad d. l. 8. §. 1. de inj. test.*

§. 3. Porro institutio heredis fiebat vel purè vel sub conditione a.) *Conditio in respectu ad heredis institutionem est qualitas heredis institutioni adjecta vim ejus conferens in futurum eumque incertum eventum. Ita inculcat Papinianus b.) & adstipulatur Florentinus c.).* Ex quo sequitur, non esse conditionem veram quæ conferatur in tempus præsens aut præteritum, sed heredis institutionem vel statim inutilem esse vel pro pura haberi. d.) *Deinde ad condiciones improprias etiam illas refert Ulpianus, quæ omnino exituræ sunt. Quodsi inquit e.) sub eâ conditione debetur, quæ omninò exitura est, solum repeti non potest, licet sub alia conditione, quæ an impleatur, incertum est, si ante solvatur, repeti potest.* Verè autem has exclusit, quia, quod omninò exiturum est, ejus eventus non esse potest incertus. Tantum exemplum & quid Ulpianus per condiciones omninò exituras hic intellexerit, desideramus. Jucundè pro more Glossa f.) *exempli loco suppeditat: Si Antichristus nasceretur.* Commodius ad mentem Ulpiani quadraret exemplum: *Si digito cælum non tetigeris.* Si enim sub hac conditione quis promiserit, Paulus g.) protinus agi posse docet, & Ulpianus alibi h.) *: Qui sub conditione stipulatur quæ omninò exitura est, purè videtur stipulari.* Si igitur quis sub ejusmodi conditione v. gr. *si cras erit dies Martis* (præsupposito quod hodie sit dies lunæ) heres institutus sit, spectabit ad puras institutiones. Posses ejusmodi condiciones appellare *necessarias*, quia earum contradictoria; *Si digiro cælum tetigero, si cras non erit dies Martis*, pertinent ad condiciones *impossibiles.*

a.) §. 9.



a.) §. 9. *Inst. de hered. Inst.* b.) l. 39. *de reb. cred. l. 79. pr.*
c.) l. 34. §. 1. *eod.* d.) *Papinianus l.*
37. *de reb. cred. Ulpianus l. 10. §. 1. de condit. instit. Tribon.*
§. 6. *de V. O.* e.) l. 18. *de cond. indeb.* f.) *ad d. l. 18.* g.)
l. 8. *in fin. de V. O.* h.) l. 9. §. 1. *de novat.*

§. 4. Sunt & quædam conditiones, quæ ex rei & negotii natura præsupponuntur, & tacite insunt, quæ & ipsæ, quia ab adjec-tione hominum non dependent, non sunt conditiones proprie dictæ, v. gr. si alicui promittatur vel legetur, quod est in utero, vel quod nascetur ex Arescusâ, aut fructus futuri anni, aut quod Carthagine accipere debeat: ex negotii naturâ inest conditio, si parvus ex utero vivus proveniet, si quid ex Arescusâ nascetur, si qui fructus ex terrâ producentur, si Carthaginem pervenero, &c. a.) Et de his quidem regulam proponit Papinianus b.) *Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est, quæ tacite inesse videntur, legatæ non faciunt conditionalia.* Hinc si ve in datis casibus conditiones adjeceris si ve eas omiseris neutro modo legatum conditionale est. E. gr. si ve dicas: *Cajo do lego servum*, si ve dicas, *servum, quem alii non legavero, do lego Cajo*, legatum non est conditionale c.) Porro: si ve dicas: *Cajo do lego centum*, si ve dicas; *Cajo do lego centum si Primus heres erit*, vel: *si Primus hereditatem adierit*; si ve denique dicas: *Si Primus heres erit Cajo centum dare damnas esto*, neutro casu legatum conditionale est d.) (aliud si ita dixeris: *Si Primus heres non erit*, vel etiam: *Si Primus heres erit, Secundus Cajo centum dare damnas esto*, ubi est vera conditio e.)) Quin etsi ita dixeris *Primus heres esto si navis ex Asia venerit*; *Cajo do lego centum si navis ex Asia venerit*, hoc est si eadem conditio apponatur legatario quæ heredi, legatum conditionale non erit, ut Cajus observavit f.) Quam doctrinam confirmat Ulpianus g.) *Heredis aditio inquit, moram legati quidem petitioni facit, cessionis dici non facit.* Proinde si ve purè institutus tardius adeat, si ve sub conditione, per conditionem impediatur, legatarius securus est.

a.) *vid. l. 1. §. f. de C. & D. l. 73. de V. O.* b.) l. 99. *de C. & D. quam legem exponere omisit Cujacius in Papiniano suo,*
c.) *d. l. 1. §. fin. de C. & D.* d.) l. 107. *de C. & D. l. 19. §. 1. eod. l. 3. de leg. 1.* e.) *d. l. 19. §. 1.* f.) *d. l. 107. de C. & D.*
g.) l. 7. *pr. & §. 1. quando dies legatorum:* §. 5.

§. 5. Eadem quæ hæcenus de legatis diximus procedent in heredis institutione, igitur siue *Cajum simpliciter* instituerim, siue additâ conditione, *si voluerit*, perinde erit. Spectat huc elegans textus Proculi a) simul limitationem exempli exhibens, simul aliam quæstionem accuratè definiens: *Cornelius & Mavius, uter eorum volet heres esto. Uterque vult: Trebatius b) neutrum fore heredem; Cartilius c) utrumq;: Tu cui adsentiaris? Proculus: Cartilio adsentior, & illam adjectionem, uter eorum volet, supervacuum puto, id enim etiam eâ non adjectâ futurum fuit, ut uter vellet heres esset, uter nollet heres non esset. Quod si bi ex numero necessariorum heredum essent, eum id non frustra adjectum esse, & non solum figuram sed vim quoq; conditionis continere: dicerem tamen, si uterq; heres esse velit, utrumq; heredem esse. Sic neutro modo erit institutio conditionalis, siue dicam: Titius heres esto, siue eum heredem faciam, si me supervixerit, aut si post mortem meam antequam hereditatem adierit non deportatus fuerit, aut, si tempore, mortis meæ cum eo sit testamenti factio, & quæ possunt esse conditiones fimiles.*

a) l. 69. de h. recd. instit. b) confirmat hoc simplicitatem & parum subactum iudicium Trebatii, de quo fusius egit Dn. Præses in programm. ad disput. part. 2. posit. Huberian. c) JCrum huic neque in Indice Justiniani Pandectis præfixo, neque apud eos qui veterum JCrorum vitas scripserunt deprehendo. Quid quod nec in Glandorpii Onomastico Romano nomen Cartilii, vel ut alii legunt, Carsilii extat. Fuisse tamen hunc JCrum à veteribus æstimatum non solum ex hoc textu apparet, sed & quod alibi Ulpianus l. 5. §. 13. commod. ad ejus sententiam provocet, illamque approbet.

§. 6. Quæ cum ita sint & tam natura negotii quam leges eidem assistentes demonstrent quod fimiles conditiones pro conditionibus veris quæ actum in eventum incertum ex voluntate hominis suspendere queant, haberi non possint, mirum cuidam videbitur, quid Ulpiano venerit in mentem, ut, postquam secundum hæcenus tradita asseruisset: *Hanc Scripturam: Si primus heres erit, damnas esto dare, pro conditione non esse accipiendam; magis enim demonstrasse testatorem quando legatum debeatur quam conditionem inferuisse, istam limitationem addiderit; nisi fortè hoc animo fuerit*

C

est a-



testator ut faceret conditionem a). Nam cum aliàs differentia inter legata pura ac conditionalia sit ista, ut pura possint peti statim post aditam hereditatem; b.) conditionalia verò demum post existentiam conditionis, c.) & verò hic aditio hereditatis in exemplo Ulpiani sit ipsa conditio, nullus novus inde videbatur oriri posse effectus, etiamsi testator apponendo ista verba hoc animo fuerit ut faceret conditionem. Quid enim? annon & tunc statim post aditionem hereditatis legatarius legatum poterit petere? & an aliam fortè conditionem expectare debbit? Non arbitror. Sed salva res est: Nam etsi hæc voluntas testatoris diversitatem effectus non producat quoad diei adventum, efficaciam tamen suam exerit in cessione diei. Legatorum purorum dies cedit statim à morte testatoris, conditionalium demum existente conditione. d.) Igitur in dubio quidem ejusmodi conditione adiecta legati dies à morte testatoris cedit, secus verò si testator dixerit, quod hæc verba *Si Primus heres erit*, adiecta, debeant habere vim conditionis. Unde concludunt Doctores, quod si legatarius post mortem testatoris ante aditam hereditatem decedat, legatum ad heredes suos hoc casu non transmittat e.) & vice versa, si testator alicui sub verà conditione v. gr. *Si Titius Consul factus fuerit*, reliquerit legatum, & adjecerit ista verba: *quod si talis conditio extiterit ex nunc lego Mævio fundum*, hanc voluntatem testatoris iterum habere istum effectum ut etiamsi Mævius ante existentiam conditionis fuerit mortuus, modo post testatorem; tamen legatus fundus ad heredes Mævii transmittatur. f.) Debit tamen de voluntate testatoris hic expressè constare, vel ex conjecturis concludentibus, qualis non est, ut rectè monet Noalis g.) si saltem hæc verba: *Sub hac conditione*, adhibuerit, ut si dixerit: *Cajo do lego centum sub hac conditione, si heres hereditatem adierit.*

a.) l. 19. §. 1. de condit. & demonstr. b.) l. 181. de R. J. c.) arg. l. 213. de V. S. d.) l. 5. §. 1. & 2. quand. dies legat. cedat. e.) Bartol. in l. 99. de C. & D. n. 2. Paul. de Castro in l. 3. deleg. 1. n. 4. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 10. tit. 5. n. 6. Nicol. Noalis de transmissioe casu 1. n. 23. p. m. 21. f.) Mantic. d. l. lib. 11. tit. 20. n. 11. Noalis d. l. num. 49. pag. 30. g.) d. l. n. 15. p. 18.

§. 7. Ulterius posset etiam limitatio Ulpiana usum habere in augmento rei legata. Cum enim regulariter, cum quaeritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur quo dies legati cedit; a.) ideo si v. gr. quis Cajo equam legaverit, si Primus hereditatem adiverit, ex natura rei hinnulus, quem post mortem testatoris equa protulerit ante aditionem hereditatis, spectabit ad legatarium, b.) at ex voluntate testatoris, si dixerit quod istud legatum vim conditionalis habere debeat, hinnulus manebit apud heredem. Cæterum an in materia heredis institutionis hæc limitatio Ulpiani etiam usum habere possit, valde dubito. Certè in exemplis heredum sub eiusmodi tacita conditione institutorum, quæ supra c.) recensimus nihil videtur operari posse voluntas testatoris, unde etiam si testator v. gr. dicat: Titius heres esto, si tempore mortis meæ, vel quando hereditatem adire vult, sit cum eo testamenti factio, & volo ut hæc institutio pro condicionali habeatur, nihil novi hic oritur nec intuitu transmissionis, nec intuitu augmenti, cum in aditione hereditatis cessio diei & diei adventus non distinguantur, & hereditas non adita non transmittatur d.) & augmentum omne etiam in conditionalibus institutionibus ad heredem spectet. Nam in ultimis voluntatibus conditio quæ institutioni adjecta est retrahitur ad tempus initii e.) ne videlicet defuncto partim ex testamento succedatur partim ab intestato, quæ ratio cum in legatis conditionalibus cesset, inde nec ibi conditio existens retrahitur. f.)

a.) arg. l. 8. §. ult. de pecul. legato. Vinn. in not. ad §. 20. J. de leg. b.) arg. d. l. 8. §. ult. c.) vid. §. 5. d.) l. unic. §. in novissimo C. de caduc. toll. l. quomodo Sororem C. de jure de liber. e.) l. 28. §. ult. de stipul. Serv. l. 54. de acq. hered. f.) arg. l. 12. §. 1. fam. erisc. l. 66 de R V.

§. 8. Porro ad condiciones improprie dictas refero etiam condiciones impossibiles, cum & ipsæ non possint suspendere actum in eventum futurum ac incertum. Unde Cassius & Cælius Sabinus referente Papiniano a.) conditionem impossibilem falsam conditionem esse dixerunt. Est vero conditio impossibilis vel absolute talis vel secundum quid, seu ex hypothesi. Prioris exemplum suppeditat Pomponius b.) Titius si digito calum tetigerit heres esto, & posterioris: c.) Titius si Strichum & Pamphilum (qui jam tempore testa-



menti mortui erant) manumiserit, heres esto, vel si mater & filia mea vivent (& alterutra jam sit mortua.) Alia conditionis ex hypothese impossibilis exempla mutuabimur à Juliano d.) Javoleno e.) & Papiniano. f.) Lucio Titio, si is heredi meo tabellas, quibus ei pecuniam expromiseram, dederit, centum dato; (& tabula testamenti faciendi tempore nulle fuerint.) Si Stichus Attia mille nummos dederit liber esto, (& Attia ante testamentum factum decessisset.) Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto, (& nihil Titio fuerit debitum.)

a.) l. 72. §. 7. de C. & D. b.) l. 16. in fin. de inj. rupt. irrita fact. test. c.) lib. 6. §. fin. de C. & D. d.) l. 104. §. 1. de leg. 1. e.) l. 39. §. 4. de statu liber. f.) d. l. 72. §. 7. de C. & D.

§. 9. De impossibili conditione ultimis voluntatibus adjecta ista sunt veterum Prudentum effata, eas pro non scriptis haberis a.) perinde esse quasi conditio adscripta non sit qua est impossibilis: b.) non vitari institutionem sub impossibili conditione factam. c.) Notabilis est alius textus Ulpiani: d.) Obtinuit, ait, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. Obtinuit, inquit, id est, cum de ea re dubitaretur, post magnas varietates eorum opinio prævaluit, qui conditionem rejecerunt. e.) Dissensum olim fuisse indicio est, quod non solum Papinianus hac de re Cassii & Coelii Sabini opinionem tanquam singularem notet, f.) sed & quod ipse Ulpianus, Pomponius item, & alii Jcti g.) verbum Placet in recensendis suis effatis plerumque soleant adhibere. Præterea hoc ipsum ex alia Ulpiani lege colligere est, ubi ita differit: b) Si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa v. g. Titius heres esto si digito cælum non tetigerit (vocat impossibilem conditionem in non faciendo; accuratius dixisset necessariam) i.) secundum omnium Sententiam heres erit, perinde ac si purè institutus esset. Unde infero, si conditio verè impossibilis (Ulpianus fortè dixisset: in faciendo) fuerit adjecta, non ex omnium sententia hanc institutionem pro pura fuisse habitam.

a.) ita Julianus l. 104. §. 1. de leg. 1. ita Pomponius l. 6. §. f. de C. & D. & Labeo l. 20. de cond. inst. b.) ita rursus Pomponius l. 16. in fin. de inj. rupt. irr. fact. test. c.) sic Ulpianus

nus loquitur l. 1. de cond. inst. d.) l. 3. de C. & D. e.)
Gutherius de jure manium lib. 3. c. 21. p. m. 528. Facit hic
text. in l. 32. ff. de Obl. & alt. f.) l. 72. §. 7. b. t. vid. supra
§. preced. g.) d. l. 1. de cond. inst. d. l. 16. in fin. de inj. te-
stam. & dd. ll. reliquis hac thesi jam citatis h.) l. 50. §. 1.
de hered. inst. i.) conf. supra §. 3. in fin.

§. 10. Ad impossibiles ejusmodi conditiones, de quibus ha-
ctenus locuti fuimus, communiter etiam à Doctoribus illa reduci-
tur, quam refert Ulpianus in commentariis ad Sabinum: a.) Si quis
ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo pro-
ximo mortis ejus fecisset; cum monumentum in triduo proximo perfici
non possit, dicendum erit conditionem evanescere, quasi impossibilem.
Circa cujus textus expositionem duo quari poterant: 1. an illa
conditio: Si monumentum mihi post mortem meam in triduo proxi-
mo fecerit? sit impossibilis? 2. An Ulpianus eam pro impossibili
habuerit? Utramque affirmare haectenus, quantum nobis depre-
hendere licuit, nemo dubitavit, postquam videlicet Glossa non du-
bitaverat. Neque dubium hic movet, ut suspicabamur, acutus ali-
as JCtus Jacobus Gutherius, sed & ipse Glossam *κατά τὴν ἰδίαν* in
expositione hujus textus sequitur b). Licebit tamen, credo, nobis
utramque negare, & idem licebit, quia ut utramque negemus, ratio-
nes habemus pragnantes & bonæ interpretationis doctrinæ con-
venientes. Initio enim quis credat & qua ratione inductus cre-
dat, impossibile esse alicui monumentum extruere intra triduum?
Monumentum describit Florentinus c.) quod sit res memoriæ causa
in posterum prodita, in qua si corpus vel reliquia inferantur, fiat se-
pulchrum, si verò nihil eorum inferatur, sit monumentum memoriæ
causa factum, quod Græci νεκρῶν Φίον, id est, inane sepulchrum appel-
lent. Jam verò Cicero d.) retulit ad coercendos sumtus in ex-
tructionem sepulcrorum fieri suetos lege sancitum esse, ne quis se-
pulcrum faceret operosius quàm quod decem homines effecerint tri-
duo. Cur non ergò & heres in triduo possit monumentum ex-
truere? Quod si objicias, decem homines quidem triduo monu-
mentum ædificare posse, at testatorem hic non voluisse, ut heres ex-
trui per decem aut plures homines curaret monumentum, sed ut
ipse faceret, adeoque cum conditiones adjectæ præprimis quæ fa-



ctum heredis respiciant, ad unguem sint adimplendæ, non posse hoc casu etiam heredem per alios conditioni parere; ut autem ipse pareat nihilominus impossibile esset, cum unus homo non possit tantum triduo efficere quantum decem; regeram, nec legem quam producit Cicero id velle, quasi semper ad extructionem monumenti vel sepulcri tantum operarum requisitum fuerit, quantum decem homines intra triduum præstare possint, sed coercitum saltem fuisse luxum, ne plus impendatur, ergo istam legem id certe innuere, sepulcrum id fuisse admissum per legem, quod unus homo triduo, vel etiam unâ die effecerit. Ut taceam, optimo jure defendi posse, quod heres in institutione monumentum extruere iustus, in dubio id ope aliorum possit exequi. e.)

a) l. 6. de condit. instit. b) de jure Manium lib. 3. c. 21. p. m. 528.

c) l. monumentum 42. de relig. d) lib. 2. de legib. circa fiduciam p. m. 1203. e) conf l. ult. de cond. inst.

§. 11. Quod si ergo hæc ita se habent, non possunt verò se habere aliter, quis putet prudentem Jctum, qualis omninò Ulpianus fuit, eò ineptiarum pervenisse, ut impossibilem conditionem statueret, ubi nulla de impossibilitate ne per somnium quidem alicui possèt oriri dubitatio. Quod si ad ejus verba provoces, ferè tot contra te ex verbis extruam argumenta, quot adfunt vocabula. Nam primò non dicit; monumentum in triduo proximo extrui aut effici non posse, quam vocem testator adhibuerat in apponendâ conditione, sed id saltem ait, non posse, *perfici*. Deinde de hæc conditione non prædicat, quod communiter Jcti de conditionibus impossibilibus prædicare solebant, *eam haberi pro non scripta*, aut, quæ ipsius phrasis aliàs consueta est, *eam haberi pro nullâ*, a) sed asserit eam *evanescere*, quasi quæ antea ipso jure substiterit, sed effectus destituatur. b) Denique non *impossibilem* vocat istam conditionem, sed *quasi impossibilem*.

a) vide suprâ § 10. b) arg. l. 31 §. 1. de reb. cred. l. 53. §. 1. de furtis.

§. 12. Jam haud dubiè quæres: Quisnam ergo sit sensus legis Ulpianæ? Dicam. Sunt præter istas condiciones impossibiles de quibus hæctenus locuti sumus a) adhuc aliæ quædam, quæ difficiles à Doctoribus dicuntur, hoc est, quæ non quidem omnibus homini-

minibus sunt impossibiles, sed aliquibus tantum, ob difficultatem; quales sunt, si dicam: *Titius heres esto, si Taurum portaverit, si una die decem milliaria cucurrerit &c.* Quæ conditiones ab iis, quas supra secundum quid vel ex hypothese impossibiles vocavimus, in eo differunt, quod etsi utrobique aliqua hypothesis præsupponatur, tamen superiores præsupposita ista hypothese toti humano generi sunt impossibiles, ut ex exemplis supra b) adductis videre est, quod in his secus. Etsi enim eas Titius implere non possit, poterit tamen id quod à Testatore desideratur, præstare Milo quidam aut Cursor: Quid si itaque & Ulpianum de ejusmodi conditione explicemus? Sane fradere id videtur ea conjectura, quod testator non simpliciter voluerat, monumentum sibi extrui triduo, quod ab omnibus facile præstari poterat, sed quod voluerit edificari *iriduo proximo mortis ejus.* Hic certè, si heres materiam extruendo monumento aptam, & debito modo preparatam haberet, adimpletio conditionis non ad eò erat difficilis; Quod si eà careret, facile evenire poterat, ut adimpletio conditionis ipsi fieret difficillima & penè impossibilis. Atque hoc posterius diceremus contigisse heredi scripto de quo Ulpiano ibidem est sermo. Juvaret hanc expositionem ulterius, quod, uti Ulpianus istam conditionem appellat *quasi impossibilem*, ita Paulus c) similem conditionem dicat *penè impossibilem*: *Non est, ait, statu liber cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is qui manumissus est vivere non possit; aut si tam difficilem imò penè impossibilem conditionem adjecerit ut aliunde ea libertas obtingere non possit; veluti si heredi millies dedisset, aut, cum moreretur, liberum esse jussisset; Sic enim libertas inutiliter datur, & ita Julianus scribit, quia nec animus danda libertatis est.*

a) vid §. 8. b) d. §. 8. c) l. 4. §. 1. de statu liber.

§. 13. Facile autem prævideo, quid hic regerere velis. Ineptule, inquires, annon sentis locum Pauli potius arma contra expositionem tuam suppeditare, tantum abest, ut pro eà firmandà possit adduci? Loquitur Paulus de conditione non planè impossibili sed difficili, aut quomodo exinde inferri poterit, Ulpiano etiam de conditione difficili esse sermonem, cum tamen aperte Ulpiano profiteatur, conditionem de quâ ipse disserit, evanescere & ita heredis institutioni non obesse; Paulus contra istam conditionem difficili-

lem

lem legata libertati adjectam legatum ipsum vitare doceat. Quod si igitur unquam, ita concludes, expositio legis absurda & insulsa fuit, certè Tua hæc erit Ulpianei textus explicatio. Sed bona verba, inquam ego. Ista decisionis Paulianæ & Ulpianæ diversitas nullius absurditatis in explicatione nostra index est, sed novi disensus inter Paulum atq; Ulpianum & ita novæ antinomæ in Pandectis *α.β. γ.δ.ε.ζ.η.θ.ι.κ.λ.μ.ν.ξ.ο.π.ρ.σ.τ.υ.φ.χ.ψ.ω.* Quod Ulpianus in suo casu pro heredis institutione pronunciet, inde provenit, quod eorum sententiæ, qui conditiones impossibiles in ultimis voluntatibus pro non adjectis haberi statuebant, adhæsit, a) sed ex diverso Paulus idè legatum libertatis cui conditio difficilis adjecta erat, inutiliter dari scripsit, quia videtur sectæ adversæ adhæsisse opinanti conditiones impossibiles ut in contractibus sic & in ultimis Voluntatibus violare negotium cui adjecta sint, b) quorsum videntur facere ejus verba: *Quia nec animus dande libertatis* est, quæ ratio de deficiente voluntate defuncti similiter ad quasvis conditiones impossibiles extendi poterit. Et profecto deprehendo in dicto Pauli textu alia argumenta plura svadentia disensum hæc parte inter Paulum & Ulpianum, nisi hoc unicum moveret in contrarium, quod Paulus ad Julianum provocet, quem pro partibus sententiæ Ulpianæ, quod conditiones impossibiles habeantur pro non adjectis, stetisse, ex alio ejus loco perspicuum est. c) Facit quod alibi d) Paulus doceat, *conditionem impossibilem sub moveri.*

a) vide supra §. 9. b) vide d. §. 9. c) l. 104. §. 1. de l. 1. d) *recept. sentent. lib. 3. tit. 5. in princ.*

§. 14. Itaque ne sine prægnante causâ antinomiam statuamus, neve Doctorum circulos nimium turbemus, communiter asserentium, conditiones impossibiles pro non adjectis haberi, a) difficiles autem si non impleantur, vitare institutionem, b) circumspiciendum nobis erit de aliâ interpretatione legis Ulpianæ c) Putamus autem commodissimè mentem Ulpiani ita posse circumscribi. *Heredem sub dicta conditione extruendi monumenti intrâ proximum triduum à morte testatoris institutum statim post mortem testatoris edificare monumentum cepisse, sed absq; suâ culpâ id non potuisse perficere. Videbatur igitur, si quis regulis juris strictè inherere voluisset, dicendum esse, quod defecisset conditio, quoniam heres voluntatem defuncti*

functi exacte non adimplevissent. Sed Ulpianus, quem jam supra laudavimus, quod rigorem regularum juris temperare incubuerit, magis ex bono & aequo definit in hoc casu conditionem aequè evanuisse ac si impossibilis conditio ab initio fuisset apposta. Pro quâ sententia defendendâ poterat ulterius afferri, quod hic triduum non tam in puncto, quam cum aliquâ latitudine, qualem ferè semper in moribus etiam momentum recipit, sit accipiendum, & quod testator in dictâ conditione principaliter id voluerit, ut mox post mortem ipsi monumentum extruatur. Sic notam est, v.g. in promissio puro confestim & statim debitum peti posse, d) rectè tamen & ex aequo ac bono monet Paulus: hoc statim, cum temperamento temporis esse accipiendum, ne creditor statim cum sacco adeat debitorem.

- a) secundum ea quæ §. 9 diximus.
- b) in qua assertione ferè unice ad Paulum in d. l. 4. §. 1. de statu liber. provocant.
- c) de qua supra §. 10.
- d) §. 2. de V. O.

§. 15. Haëtenus de conditionibus impossibilibus, cum quibus respectu heredum extraneorum æqualem effectum habent, conditiones turpes. Conditiones, ait Marcianus, a) contra Edicta Imperatorum aut contra leges aut quæ legis vicem obtinent, scriptæ, vel quæ contra bonos mores, vel derisorie sunt, aut hujusmodi, quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur, & similiter, ac si conditio hereditati vel legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve. Similiter Paulus: b) Conditiones contra leges & decreta principum vel bonos mores adscriptæ, nullius sunt momenti, velut si uxorem non duxeris, si filios non susceperis c) si homicidium feceris, si barbaro habitu processeris d) & his similia. His adde: Si tutor Pupillam uxorem duxerit e) si heres sororis filiam duxerit f) si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronisve alimenta non prestiterit g) si invicem cavissent heredes, se legata eo testamento relicta esse reddituros h) si juraverit heres i) si reliquias defuncti in mare abjecerit. k) &c. Etsi vero hæ conditiones turpes cum impossibilibus, ut diximus, conveniant in effectu, re ipsa tamen ab illis differunt. Impossibiles demonstravimus non esse veras conditiones, sed turpes omnino species conditionum sunt, ipsarum eventus enim incertus quidem est sed tamen possibilis, & intentio adjicentis est, ut vis negotii cui adjicitur debeat suspendi,

D donec

donec conditio illa existat 1) et si leges vel Prator postea easdem illis quibus adscriptæ sunt remittat. Unde & sæpius JCI, dum accuratius de earum efficaciam loqui instituerunt, non, ut Marcianus, eas *pro non scriptis haberi* asserunt, sed dicunt eas à *legibus vel à Pratore remitti* m). Quod autem impossibile est, remitti nequit. Posses ergo ex dictis veras condiciones dividere in honestas & turpes.

- a) l. 14. ff. de C. & D. Ferè eadem habet in l. 112. §. 3. de leg. 1.
b) recept. sent. lib. 3. tit. 5. §. 1. c) quæ conditiones sunt contra legem Julianam & Papiam. conf. Cujacium ad lib. 16. quæst. Papinianip. m. 401. Cui similis est, si mulier non nupserit, cuius Julianus meminit l. 22. de C. & D. d) vel muliebri, quæ sunt contra bonos mores. Cujacius d. l. e) quæ improbat per Senatus Consultum, quod D. Marci temporibus factum est. f) hanc improbant constitutiones principum. Cujacius d. l. g) Paulus l. 9. de condit. instit. quæ sunt iterum contra bonos mores. h) quam ad fraudem legum, respicere ait Pomponius l. 7. eod. quæ vetarent quosdam legata capere. i) conditionem hanc Prator improbat Ulp. l. 8. pr. eod. k) Modestinus l. 27. eod. Posses hanc referre ad eas, quas Marcianus vocavit *derisorias*. l) conf. supra §. 3. m) Ita Pomponius l. 7. de condit. instit. Ulpianus item l. 8. §. 4. eod. & Paulus l. 9. eod.

§. 16. Non sum equidem nescius communem Dd. Schollam turpes condiciones facere species impossibilium, & impossibiles dividere in eas quæ naturâ & quæ lege impossibiles sunt; sed quemadmodum sententia ista ex dictis corrui, & jam Bachovius a) observavit, istam divisionem non quadrare ad mentem JCI; ita Originem errori videtur dedisse non rectè intellectus Papiniani locus b). *Quæ facta ledunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est.* Ex quibus concluderunt; ergo conditio turpis est conditio impossibilis, contra, vel certè præter Papiniani intentionem. Ut enim ad oculum patet, vult saltem eo loco demonstrare Papinianus, conditionem turpem non esse conditionem potestativam c). Nulla autem est illatio: Conditio hæc non est potestativa ergo est impossibilis; poterit enim esse casualis. d) Et si verò Papinianus dicat *turpia nos facere non posse* (quamvis nec

nec hoc aserat, sed credendum esse ea nos non posse facere, quæ phra-
sis fictionem importat) tamen hic non ad potentiam sed ad potesta-
tem seu licentiam respicit. Ferè enim in lingua latina ubivis re-
ceptum est ut *non posse* pro *licere* frequentissimè usurpetur, ut taceam,
à verbis ad derivata non semper argumentari licere. Ita non pos-
sum inferre. Hic transfugit, ergo est *transfuga*, hic errat, ergo
poterit *erro* appellari, hic hominem cædit, ergo pro *homicida* habendu-
s est &c.

- a) ad Wesenb. tit. ff. de cond. instit. lit. a.
- b) l. 15, de C. & D.
- c) conf. infra §. 39.
- d) vide infra §. 18.

§. 17. Et quomodo leges has conditiones pro impossibili-
bus habere possent, cum de potentia in actum deducta, hoc est de
conditione turpi adimpleta disponant? *Reprehendenda tu magis
es* rescripserunt Imperatores a) *quam mater tua*. Illa enim si be-
redem te sibi esse vellet, id quod est inutile, matrimonium te dirimere
cum viro, non juberet: tu porro voluntatem ejus divortio comprobasti.
Oportuerat autem etsi conditio hujusmodi admittereur præferre lucro
concordiam maritalem. Enimverò cum boni mores hoc observari ve-
rent, sine ullo damno conjunctionem retinere potuisti. Redi igitur ad
maritum, sciens hereditatem matris etiamsi redieris, retenturam, quip-
pe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses. Offert se hic
nobis de adimpleta conditione turpi multa differendi occasio. An
ea quæ hic ab Imperatoribus disposita sunt, procedant etiam in de-
licis enormibus? An hic inter legata & heredum institutiones dif-
ferentia sit? An legatum vel hereditas auferri debeant, si post ea-
dem acquisita quis conditionem turpem impleverit? Sed, ne longi-
us abeamus à scopo, ab eâ dissertatione hic abstinemus.

- a) Valer. & Gallien. l. 5. C. de instit. & substit.

§. 18. Pergimus potius ad divisionem conditionis veræ.
Relinqui aliquid Justinianus ait a) *sub conditione vel casuali vel
potestativa vel mixta, quarum eventus vel ex fortuna vel ex hono-
rate personæ voluntate vel ex utroque pendet*. Quibus verbis bre-
viter præter morem tres conditionum species earumque definitio-
nes enunciat. *Potestativa* conditio est quæ ex personæ honoratæ
voluntate pendet, ut: *Titius heres esto, si Alexandriam pervenerit*, b)
si Capitolium ascenderit: c) *si Titio decem dederit*, d) *Casualis* quæ



ex personæ honoratæ voluntate non dependet, sive ista sit in potestate alterius, ut: *Titius heres esto, si Cajus capitolium adscenderit*, sive dependeat à plurium hominum arbitrio; e. g. *si Titius Consul factus fuerit* e) sive partim ab arbitrio aliorum, partim à fortuna; ut: *Si navis ex Asia venerit, sive à merà fortunâ, ut: si cras tonuerit.*

- a) l. un. §. 7. C. de caduc. toll. b) Ulp. l. 4. §. 1. de hered. inst.
c) Paulus l. 11. pr. de C & D. d) argumento l. ult. de cond. inst. e) Paulus ibid.

§. 19. *Mixta* igitur conditio erit quæ partim a voluntate personæ dependet partim non dependet. a) Res per se patet & nemo fortè hic nobis movebit litem. Sed exempla quarimus. Miramur plerumquæ Doctores dum ad Pandectas commendantur, exempla mixtarum conditionum vel planè præterire vel ambigüè Lectorem remittere ad leges. Distinctius doctrinam de mixtarum conditionum exemplis exponere conatur Cujacius b). *Quæ autem est mixta conditio, inquit, vulgò accipiunt pro ambigüâ, quæ potest esse potestativa & non esse, veluti: si Alexandriam ierit, fiet non potestativa, si per hyemis injuriam iri non possit, & erit potestativa, si imponatur ei, qui à primo miliario Alexandriæ agit, quia impletu facilis est & prompta; Item hæc conditio si Titio decem dederit est potestativa, si Titius præsens fuerit, non est potestativa, si Titius longinquo itinere peregrinetur & fortè nesciatur ubi gentium degat* c). Et ferè hoc notandum, nulla est conditio potestativa quæ non possit non esse potestativa (dicere voluit: quæ non possit esse non potestativa) quæ ratione putem, non alia ratione potestativas appellari promiscuas, d) *quæquam* (legendum puto quæ quod) possit esse potestativa & non esse. *Casuales autem appellari non promiscuas, quia quæ casualis est, non potest esse potestativa, veluti hæc est, si fulserit cras, nunquam non potest esse casualis, non est igitur promiscua. Sed malè vulgò mixta conditio dicitur quæ est promiscua, hoc est quæ potest esse potestativa & non esse, nam non idèò mixta est. Mixta est cujus eventus partim pendet ex voluntate partim ex casu* e) *veluti hæc conditio; si Titio reverso post l. decem dederit, partim est casualis partim potestativa vel hæc conditio; Si Titio Consule Capitolium adscenderit heres esto.*

- a) d. l. un. §. 7. C. de caduc. toll. b) ad lib. 13. quæst. Papin. l. ult. de condit. instit. c) l. 4. §. puto de hered. instit. d) l. 11. pr. de

pr. de cond. & demonstr. e) l. unic. §. 7. C. de caduc. toll. l. ult. C. de necess. serv.

§. 20. Ex mente igitur Cujacii exempla mixtarum conditionum sunt: Si Titio reverso postliminio decem dederit: Si Titio Consule Capitolium ascenderit. Sed malle Cujacius unicam saltem legem adduxerit, ubi vel illa exempla pro conditionibus mixtis haberentur, vel de aliis saltem exemplis prædicetur ea pertinere ad Conditiones mixtas. Et valde vereor, eas, quas adduxit conditiones, pro mixtis venditari posse. Desideramus exempla unius conditionis non plurium. In Cujacii autem exemplis duarum conditiones conjunctæ sunt. In priori. Si Titius postliminio reversus fuerit & si heres eidem reverso decem dederit. In posteriori: Si Titius Consul factus fuerit, & si heres meus eodem Consule Capitolium ascenderit. Communiter autem Doctores alii exempli loco in conditionibus mixtis istam afferunt: Si heres meus Meviam duxerit, quoniam in eâ adimpletio conditionis partim à voluntate heredis dependet, partim à voluntate Meviæ, imò & partim à casu, si Mevia intra annos pubertatis moriatur. a) Sed nec hæc differentiam video inter potestativam conditionem & mixtam. Nam eadem quas de exemplo proximo adduximus rationes, cur ad mixtam conditionem referendæ sint, eadem etiam ad exempla superius adducta conditionum potestativarum applicari possunt: Ita conditio: Si Titius Alexandriam pervenerit heres esto, non solum eo casu non potestativa est, si per hyemis injuriam iri non possit, sed & eo casu mixta esse potest, si Titius uno miliario ab Alexandria absit, poterit enim graviter ægrotare, poterit ab alio, ne Alexandriam eat, impediri. Eadem ratio est illius conditionis, si Capitolium ascenderit. Poterit enim & hic per morbum aut dolo vel vi alterius impediri. Poterit insuper & Capitolium incendio vel alio casu perire. Denique: Si Titio decem dederit, plurima à fortuna admixta habet, quæ à dantis voluntate non dependet. Quid si enim Titius decem accipere nolit? Quid si Titius moriatur? &c. Breviter nulla videtur dari conditio mere potestativa, quæ non simul aliquid admixtum habere possit quod à potestate personæ honoratæ non dependeat, nisi forte illam excipere velis: si voluerit, quæ tamen & ipsa regulariter non est conditio vera per ea quæ supra b) deduximus.

D 3

a) vid.



x) *vid. l. 101. pr. de cond. & demonstr.* b) §. 5.

§. 21. Quid ergo dicemus? Accuratè loquendo, non nisi duas esse conditionum species, *Potestativam & casualem*. Probamus hoc per verba Pauli nostri: a.) *Sciendum est: promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiat ut testamento praeceatur: veluti: Si Capitolium adscenderit, & similia: non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti: si Titius Consul factus fuerit. Per promiscuas hic Paulum intelligere Potestativas, per non promiscuas autem conditiones casuales, & exempla subiecta ostendunt & Cujacius b.) consentit. Ulterius ipse Imperator Justinianus c.) de conditione Servo apposita, non aliam conditionem potestativam opponit quam casualem. Cum itaque casualis planè non à voluntate heredis dependeat, potestativa autem omnis, ut ipse Cujacius fatetur, possit fieri non potestativa, inde patet conditionem potestativam & mixtam reverà esse Synonyma, quod in superfluum per inductionem probari posset, si foret opus, d.) vel potius: conditionem mixtam potestativam oppositam non dari. Facit pro hac sententia, quod vocem conditionis mixtae in Pandectis deprehendere non potuerimus, etsi vel centum leges à Doctoribus in doctrinà de conditionibus citatas evolverimus; & praeterea nec in Codice conditioni mixtae diversus effectus à potestativa conditione fuerit adscriptus.*

a.) *l. ii. §. 1. de C. & D.* b.) *vide §. 19.* c.) *l. fin. Cod. de necessariis Serv. hered.* d.) *conf. interim §. praeced. & §. 2.*

§. 22. Sed quid faciemus cum Justiniano, qui has tres conditionum species expressè constituit, & mixtam à potestativa separat? a.) Possimus equidem dicere: Tribonianum hanc parte lapsum fuisse, quod putaverit, potestativam conditionem illam esse, quae tantum à potestate personae honoratae dependet, cum ejusmodi conditio, ut ostendimus, non detur. Sed tentabimus tamen, an Tribonianum, si non exactè defendere, certè excusare aliquateus possimus. Nimirum, etiamsi omnis potestativa simul à casu dependeat, quatenus adhuc speratur, respectu tamen existentiae eadem dividi poterit. Vel enim casus (sub quo etiam factum alterius comprehendo) impediit eum, qui conditionem ejusmodi adimplere voluit, vel non impediit. Priori casu mixtam dicere quid ve-

tat?

tat? à casuali in eo differentem, quod in mixtâ casus venerit ex accidenti, in casuali ab initio statim necessariò comprehensus fuerit. Posterior verò propter deficientiam casus simpliciter potestativa appellabitur.

a.) vide supra §. 18.

§. 23. Jam videamus, quem usum pariat distinctio conditionis in potestativam & casualem? *Primum* ex Pauli loco supra a.) adducto liceat repetere. *Potestativa post mortem testatoris impleri debent. In Casualibus nihil interest utrum vivo an mortuo testatore existant: Et ita quidem Paulus. Jam audiamus etiam Ulpianum b.) Hæc conditio, inquit, Filie meæ cum nupserit, talis est, ut qui testatus est, impleri solummodo conditionem voluerit; non satis egerit quando. Et ideo etsi vivo testatore nupserit, post testamentum factum impleta conditio videtur, præsertim, cum conditio hæc talis sit ut semel impleri debeat. Atqui hæc conditio: Filie meæ cum nupserit, potestativa est. An igitur hic Paulus & Ulpianus dissentiant? Ita videtur quidem pronuntiandum esse, præprimis, si cum hoc Ulpiani textu jungamus verba Mæciani: c.) *Conditionum quæ in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quædam ad id tempus quo testator vivat, quædam ad id quod post mortem ejus futurum sit, quædam ad alterutrum pertineant: tempus autem vel certum vel infinitum comprehendatur,--.* Ut hæc conditio: Titie si mihi nupserit, non dubio nisi vivente Testatore, illa autem: Si ad exequias funeris mei venerit, nisi post mortem impleri non possit. Illa verò, si filio meo nupserit vel vivente vel mortuo testatore impleri possit: Quod idem est ac si Mæcianus statuisset. Conditiones omnes sive potestativas sive casuales vel vivo vel mortuo testatore adimpleri posse, nisi negotii natura ostendat, eas vel ad viventem testatorem vel ad ejus mortem restrictam esse. Sed quemadmodum inter Mæcianum & Paulum facile conveniet, si dicamus, utriusque sententiam ex utriusque verbis restringendam, & limitandam esse; (Pauli quidem dicentis: conditiones potestativas tantum post mortem adimpleri debere; ex Mæciano, nisi negotii naturâ suadeat eam vivo testatore debere adimpleri, ut in casu: Titie, si mihi nupserit. Mæciani verò, asserentis: conditiones quæ per negotii naturam determinationem temporis non habent, & vi-*

VO &

vo & mortuo testatore existere posse; iterum ex Paulo; nisi sint conditiones potestativæ, ut in casu: *Titio si Capitolium adscenderit* ita inter Ulpianum & Paulum hinc idem dissensus non poterit statui, quod alias Ulpianus dissentiret à se ipso. Nam alibi d) *Conditionum*, dicit, *quædam sunt, quæ quandoque impleri possunt, etiam vivo testatore ut puta, si navis ex Asia venerit, nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur: Quædam quæ non nisi post mortem testatoris: Si decem dederit, si Capitolium adscenderit: nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam: nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.* His verbis certè Ulpianus non solum cum Paulo amicè conspirat, sed & rationem sententiæ Paulianæ non obscurè suppeditat.

a) §. 21. b) l. 10. de C. & D. c) l. 91. eod. d) l. 2. eod.

§. 24. Igitur ut Ulpianus & cum seipso & cum Paulo concilietur, dicemus: In Casu *Filia mea si nupserit*, specialem esse rationem, ex quâ regula de conditione potestativâ limitari debeat. Poterit vero hæc specialis ratio in eo quæri, quod hinc filia fuerit, cui conditio potestativa sit adjecta, vel quod hinc ejusmodi sit conditio quæ semel adimpleri debet, a) id est quæ non pro lubitu personæ honoratæ iterari potest, aliam esse rationem in conditionibus. *Si decem dederit: Si Capitolium adscenderit*, quia hæc pro lubitu multoties adimpleri possunt. Non absurdum etiam erit, si dicas: Convenisse quidem Jctos, de reliquis conditionibus potestativis, de conditione vero: *Filia si nupserit*, in specie dissensisse. Ducit nos ad hanc conjecturam ipse Justinianus, ubi hanc Ulpiani, de dictâ conditione, sententiam confirmat b).

a) quo spectant verba d. l. 91. de C. & D. præsertim cum conditio. b) l. 7. C. de instit. & substit.

§. 25. Secundus Usus distinctionis in potestativis & casuales momentum habet in conditionis deficientia, *Casualis* conditio deficit, si quocumque modo impediatur ejus eventus. Sed in *Potestativa*, quæ eadem simul & mixta est, distinguendum, utrum heres conditionem adimplere *nolit*, cum facile possit, an ejus adimplementum ipsi reddatur *difficile*. Ibi conditio deficit. Hinc vel difficultas oritur *ex impedimento alterius hominis*, vel à *mero casu*. Quod si conditio *impediatur ab alio homine*, tunc unanimiter Jcti veteres

res statuerunt, conditionem haberi pro impleta. a) Ex infinitis ali-
 quot adducamus exempla. 1. Si in forum ierit intra decendium
 post mortem meam, & vicinus ipsum prohibuerit, ne viâ publicâ
 eat b). 2. Si servus quinque operas præstiterit & impediatur ab
 alio ne præstare possit c). 3. Libertis meis, si cum filio meo mo-
 rati fuerint; & filius in militiam profectus sit quibusdam Romæ
 relictis, d) aut continuo peregrinetur, & libertis sustentationem,
 præbere nolit, e) aut liberti à tutore fuerint impediti f). 4. Si
 negotia Caji gesserit & Cajus prohibeat g). 5. Si rationes reddi-
 derit & heres causetur rationes accipere. 6. Si in Hispaniam pro-
 fectus anno proximo fructus coegerit & heres eum Romæ detineat h)
 7. Si iussus sim heredi decem dare. 8. Si Sejam uxorem duxero,
 & heres nolit accipere, & Seja nolit nubere i).

a) Dissentit Wissenb. ad Pan. de condit. inst. th. 13. qui distinguit,
 an per eum stet, in cuius persona impleri debuerit conditio, &
 tum sententiam nostram admittit: an per extraneum fiat im-
 pedimentum, ubi conditionem pro impleta non haberi asserit. Sed
 quemadmodum hanc ejus opinionem satis refutant exempla 1. 2.
 & 3. à nobis hic adducta, ita nec eadem probatur per l. 23. §. 2.
 ad l. Aquilianam. Ad quam facile responderi potest, aliud esse:
 Occidere servum manumittendum ut manumitti non possit:
 aliud: impedire manumissionem. b) l. 40. pr. de C. & D.
 c) l. 57. cod. d) l. 84. cod. e) l. 13. §. 1. de an leg. f) l.
 34. §. 4. de leg. 2. g) l. 101. §. fin. de C. & D. conf. d. l. 13. pr.
 de ann. leg. h) l. 34. §. 1. de statu liber. conf. tamen l. 38. cod.
 l. 3 §. 7. 8. 11. cod. i) l. 5. §. 5. quando dies legat.

§. 26. Quod si vero conditionis potestativæ eventus im-
 pediatur à casu, & verbi causa is, in cuius persona adimpleri debet,
 fuerit mortuus, quid tunc juris? Conditionem haberi pro impleta
 Papinianus docet. a) Qui ex fratribus meis Titiam consobrinam uxo-
 rem duxerit, ex hæsse heres esto, qui non duxerit ex triente heres esto.
 Vivo testatore consobrinâ defunctâ ambo ad hereditatem venientes
 semisses habebunt, quia verum est, eos heredes institutos, sed emolu-
 mento portionum eventus nuptiarum discretos. Eadem fuit sententia
 Ulpiani b) Mortuo vel manumisso Sticho vivo testatore qui ita he-
 res institutus est, si jurasset se Stichum manumissurum, non videbitur
 defectus

E

defectus

defectus conditione heres, quamvis verum sit, compellendum eum manumittere si viveret. Idem est, etsi ita heres institutus esset quis: Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat; aut: Titio centum ita lego ut Stichum manumittat. Nam mortuo Stichio nemo dicitur summovendum eum. Non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit. Implenda est enim voluntas si potest: istam opinionem etiam Pomponius c) fuit secutus. Si Titia legatum relictum est, si arbitrato Seji nupsisset, & vivo testatore Sejus decessisset, & ea nupsisset, legatum ei deberi. Sed etsi Servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumississet, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quo minus perveniat ad libertatem.

a) l. 24. de cond. inst. conf. ejusd. Papiniani l. 101. pr. de C. & D.

b) l. 8. §. 7. de cond. inst. c) l. 54. §. 1. & 2. de leg. 1.

§. 27. Contrariam sententiam arripuisse videtur Africanus, quod ex sequenti decisione patet. a) In testamento ita erat scriptum: Stichus & Pamphila liberi funto, & si in matrimonium coierint, heres meus his centum dare damnas esto. Stichus ante apertas tabulas decessit. Respondit: partem Stichi defectam esse. Sed & Pamphilam defectam conditione videri, ideoque partem ejus apud heredem remansuram. Sed etsi uterque viveret, & Stichus nollet eam uxorem ducere, cum mulier parata esset nubere; illi quidem legatum deberetur, Stichi autem portio inutilis fiebat. Nam cum uni ita legatum sit: Titio si Sejam uxorem duxerit, heres meus centum dato, siquidem Seja moriatur, defectus conditione intelligitur: At si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere, quia morte ejus conditio defecisse intelligitur. Utroque autem vivente, siquidem ipse nollet uxorem ducere, quia ipsius facta conditio defecit, nihil ex legato consequitur; muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum ei debetur. Sed & Hermogenianus scriptum reliquit b.) In legatarii persona placuit conditionem defecere, si antequam legatarius dederit pecuniam, Titius moriatur. Fuisse autem hanc in questione dissensum inter Juratos ferè indicant ea quæ Paulus habet, & ipse in sententiam posteriorem inclinans. c.) Is, cui Servus pecuniam dare jussus est, ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata liberum fore, quia non staret per eum

quo.

quo minus daret. Julianus autem ait, favore libertatis, constituto jure hunc ad libertatem perventurum, etiamsi postea habere coeperit decem. Adeo autem constituto potius jure quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut si eidem & legatum sit; mortuo eo cui dare jussus est ad libertatem quidem perveniet, non autem & legatum habiturus est, idque & Julianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit. Diversa causa est ejus, quem heres prohibet conditioni parere, hic enim ex testamento ad libertatem pervenit.

a.) l. 31. de C. & D. b.) l. 94. pr. eod. c.) l. 20. §. 3. de statu liber.

§. 28. Ut dissentum hunc tollant, variè se torquent Doctores, quorum inventiones prolixius examinat Donellus a.) qui & ipse tamen sua solutione infinitos relinquit nodus. Recepta ferè est Cujacii b.) distinctio, utrum mors contigerit vivo testatore an mortuo. De priori casu intelligendos esse Papinianum, Ulpianum & Pomponium, quod conditio pro impleta censeri debeat: De posteriori vero casu sensisse Africanum, Hermogenianum & Paulum, quod conditio defecerit. Sed multa sunt quæ istam distinctionem non admittunt, inuentionia, Ulpianum cum reliquis conditionem pro impleta haberi voluisse, etiamsi in cujus personam adimpleri debuerit mortuo testatore fuerit extinctus, vel certè Paulum cum ascleclis conditionem pro defecta habuisse, etiamsi vivo testatore adjectus fuerit mortuus.

a.) lib. 8. c. 34. b.) lib. 17. obs. 22. Conf. Wissenb. ad Pand. de condit. inst. 2b. 13.

§. 29. Prius probamus ex ratione Ulpiani & Pomponii, quas decisioni casuum subjiciunt a.) Pomponius ait, ideo deberi legatum quia per me non stetit, quo minus Servus ad libertatem perveniat. Atqui per me etiam non stare potuit si servus post mortem testatoris fuerit mortuus. Ulpianus eum dicit non defectum esse conditionem, qui parere conditioni non potuit. At multi casus existere possunt, ut & mortuo testatore aliquis conditioni statim parere non potuerit, itaque & de his Ulpianum sensisse est necesse, si interim servus fuerit mortuus. Nec obstat, quod apud Ulpianum & ascleclas vivi testatoris facta fuerit mentio. Vel enim hoc ideo factum, quod hæc circumstantia in ipsis rerum argumentis,



de quibus JCti isti respondere debebant, ita obtinuerit, & à JCtis fuerit repetita, ut casus proponeretur integer, non ut monumentum rationis in eâ quaereretur; vel potius ideò *vivi testatoris* mentio fuit injecta, quoniam de hoc casu universaliter vera erat ratio decisionis quam dederant, *quod persona honorata conditioni parere non poterit, & ita per ipsam non steterit*, quoniam, ut diximus, conditio potestativa demum post mortem testatoris adimpleri debet. *b)* At si *mortuo testatore* v. gr. Stichus manumittendus fuerit mortuus, ratio decisionis non omnibus casibus applicari poterat, cum persona honorata etiam poterat in mora adimplendæ conditionis fuisse.

a) *vid. § 26.* b.) *vid. supra § 22.*

§. 30. Quod autem Paulus cum Africano & Hermogeniano conditionem defecisse arbitrati fuerint etiam si Stichus vivo testatore fuerit mortuus, inde constat, quod non solum generaliter & absque distinctione loquantur, sed & quod integer contextus dictorum JCtorum ostendat, eos in quaestione de conditione potestativâ impedita, non ut Ulpianum & Pomponium distinxisse, utrum per heredem steterit an minus quod conditio non fuerit adimpleta, sed potius, utrum per alium hominem impedimentum accesserit, an per casum, ita ut illo modo conditio pro impletâ habeatur, posteriori vero, quæ referenda etiam est mors adjecti sive vivo testatore sive eo mortuo contingens, conditionem defecisse dicendum sit. Deinde non sine causa Africanus casum ita formavit de adjecto *ante apertas tabulas* decedente. *a.)* Nam uti quoque ille, qui vivo testatore moritur, rectè dicitur ante apertas tabulas fuisse mortuus, ita & si in rationem, cur quaestionem suam de eo qui ante apertas tabulas decessit, & non in genere de eo qui post mortem testatoris decessit, formaverit, inquiramus, veritas sententiæ nostræ eò magis patefcet. Vel enim id ideò fecit, quia de jure veteri dies legati ab apertis tabulis demum cederet, (quod postmodum Justinianus mutavit disponendo, ut cedebat à tempore mortis,) *b.)* quo pacto eandem vim haberet quaestio ac si ex hypothefi juris novi quaesisset de adjecto ante mortem testatoris fati functo; vel ideò, quia, si decederet adjectus post apertas tabulas, minor esset dubitatio conditionem defecisse, quod imputandum videretur personæ honoratæ, cur non statim conditionem adimplere intenderit, quo pacto

-100 2b

cto

Et iterum eadem est ratio morientis vivo testatore, quam ejus qui post defunctum testatorem ante apertas tabulas decedit.

a) vide §. 27. b.) d. l. un. §. 5. C. de caduc. toll.

§. 31. Quod si ulterius in rationem distinctionis inquiremus, & cur conditio pro impleta haberi debeat, si adjectus vivo testatore moriatur, non censeatur autem impleta, si post testatorem; patebit, nec illam scrupulos tollere. Cujacii rationem, quod testator se non vivo, sed mortuo conditionem adimpleri voluerit, ob hanc causam rejecit jamdiu Jctus quidam Magnificus, a.) quod detur conditio, quæ tam vivo quam mortuo testatore impleri possit, etiam ad hunc effectum ut purificetur institutio aut legatum, sive vivo eo, sive mortuo impleta fuerit. b.) Itaque alia ratio distinctionis istius substituitur c.) & hæc nimirum: *Quandocunque conditio vivo testatore deficit, tum eo tempore quo vires accipit testamentum, quod sit mortuo testatore, reperitur heres institutus vel legatarius honoratus sub conditione impossibili. Est enim eo tempore quo testamentum scribebatur, talis non esset, degeneravit tamen eo ipso tempore quo defecit & ex potestativa possibili facta tota est impossibilis. Atqui impossibilis non vitiat ultimam voluntatem, sed ipsa potius vitiat. E contrario quando moritur testator conditione ad huc possibili, testamentum per conditionem istam qualificatur & cum ea ita subsistit, ut aut impleri conditionem, aut totum relictum omitti oporteat. Sufficit enim impleri potuisse conditionem post mortem testatoris, ut maxime omni tempore postea impleri nequeat. Hic nihil urgeo, quam, si hæ rationes concludant, ex priori sequi: Heredem sub casuali etiam conditione: v. gr. Si Titius Consul factus fuerit institutum, ad hereditatem admitti, si Titius vivo testatore moriatur, quod tamen nemo facile dixerit; ex posteriori autem id inferri; Heredem v. gr. Cajam ducere jassum ad hereditatem non admitti, si post mortem testatoris Caja ipsi nubere nolit, cujus tamen contrarium supra d.) deduximus.*

2.) in diss. inaugurali de conditionibus tbes. 1:4. b.) l. 10. l. 19. de C. & D. conf. supra § 23. & 24. c.) d. diss. tb. 125. d) vid. §. 25.

§. 32. At, inquires, dicta tamen conciliatio expressis juris textibus nititur. Audiamus Julianum, qui inter eos supra a.) col-

E 3 loca-

locatus est qui Ulpiano contradicerent. *Julianus scribit : b.) Si institutus fuero sub conditione , si Stichum manumifero, & Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit hereditatis aestimationem cessare , quia retrorsum quanti plurimi fuit respicitur. Respondeo : Verba quidem Juliani audiui , nihil audiui quod cum haecenus à me traditis pugnet. Quod si enim tu ita Julianum explices quasi ideò dixerit aestimationem hereditatis cessare , si servus ab herede manumittendus vivo testatore fuerit interfectus, quod ita heres nullum damnum in hereditate fuerit passus, quam nihilominus adire posset ac si conditio fuerit impleta, negabo hanc rationem. Nam vera causa, cur hoc ultimo casu pretium hereditatis, non restituatur, est ista, quod incertum sit c.) utrum Dominus supervixerit testatorem, & ita hereditatem consequi potuerit, in actione quippe legis Aquiliae interesse quidem peti potest, sed quod certum est ac radicatum. d.)*

a.) *vid. §. 27. in fine b.) referente Ulpiano l. 23. §. 2. ad L. Aquil. ad quem textum provocat Wissenb. ad ff. de cond. inst. tb. 13. c.) vide Donellum l. 8. cap. 34. p. m. 355. d.) l. 21. & seqq. ff. ad L. Aquil. l. 29. §. 3. eod. l. 21. §. 3. de act. emt. conf. iterum Wissenb. ad ff. d. t. tb. 9.*

§. 33. Sed audio te reagentem: Non evades quocunque te vertas. Transseat Julianus, restat Ulpianus, ita à Te supra a.) expositus, ac si statuatur, conditionem haberi pro impleta, sive adiectus moriatur vivo testatore, sive eo defuncto. At hic b.) disertis verbis dicit propter occisionem servi vivo testatore factam defecisse conditionem. Enimvero nulla evasione hic mihi opus, inquam ego; Tute ipse quomodo sis evasurus videas, cum & Te, qui Ulpiani sententiam, ac si de morte adiecti vivo testatore contingente tantum loqueretur supra c.) exposuisti, iste nodus liget. Sed torqueas te in ejus expositione cum Donello d.) quousque velis: dicam quod sentio. Ulpianus hic Juliani sententiam recenset, non suam. Neque hic Juliani sententiam aut probat, aut refutare vult. Si enim alterutrum horum in mente habuisset, haud dubie notas mentis suae apposuisset, quas aliàs e.) apponere non superfedet.

a.)

a.) §. 29. b.) d. l. 23. §. 2. ad L. Aquil. c.) vid. §. 28. d.) d. c. 34. p. 355. e.) & quidem in eadem l. 23. §. 1.

§. 34. Ergo hoc modo dissensiones manebunt & antimoniam? Quid id ad me? Cura ut tibi Tribonianus respondeat. At Tribonianus tamen non poterit simul voluisse contradictoria, sed haud dubie unam ex his sententiis approbavit? Nec hoc ad me, cum divinare non didicerim. Quæras ex ipso Triboniano, & vel tortis capillis cum Castrensi ex eo quæras per me licebit. Sed forte manus tuas evadet Tribonianus ablegando te ad Codicem, repetita prælectionis. Hic enim uti alias Pandectis derogat, ita videtur ibi Tribonianus cum Imperatore Alexandro in hæc verba rescribente: b) *Legatum à patruo relictum tibi, si filio ejus nupfisses, cum mortuo filio priusquam matrimonium cum eo contraberet, conditio defecerit, nulla ratione deberi tibi existimas*, Pauli opinionem fuisse secutus.

a) vide cap. 1. §. 7. b) l. 4. C. de cond. insert.

§. 35. De secundo usu fatis a) Tertio Heredes extranei sub casuali pariter & potestativa b) conditione possunt institui, sui non nisi sub potestativa, c) de quo posteriori & sub qua scilicet conditione filius & alii sui heredes possint institui jam disquirendum erit. *Questionem hanc difficilem esse & materiam habere in qua qui plus scit plus dubitat*, Bartoli d) effatum est. Sed aggressus eandem jam fuit acutissimus Frantzkius e) ita tamen ut tantum de casualibus & potestativis fuerit sollicitus, reliquis conditionibus tacitis, in præteritum conceptis, impossibilibus & turpibus, omisissis. Nos secundum ductum eorum, quæ hactenus de conditionibus dicta fuerunt mentem nostram certis includemus positionibus. I. Filius & alius suus heres poterit institui sub conditione quæ confertur in tempus præsens vel præteritum. Probamus ex Ulpiano f) qui valere ait etiam in filio institutionem, *si eum codicillis heredem scripsit*. Ratio patet ex iis quæ supra g) diximus.

a.) vide supra §. 23. & 25. b) l. 68. de hered. inst. c.) l. 86. eod. d.) ad l. 4. C. de inst. & subst. in pr. e.) ad l. Galus. disp. 5. membr. 1. sect. 2. p. m. 325. seqq. f) l. 10. §. 1. de cond. inst. g.) §. 3.

§. 36.



§. 36. II. Suus heres potest institui sub conditione necessariâ. Ratio eadem, quæ in priori positione, quoniam hæc non est conditio a.)

a.) *vid. d. §. 3.*

§. 37. III. Suus heres poterit institui sub conditione tacitâ. Fluit & hæc positio ex iis quæ supra a.) collegimus.

a.) §. 4. & 5. adde l. 36. de hered. inst.

§. 38. IV. Suus heres potest etiam institui sub conditione impossibili. Quia nec hæc est propriè dicta conditio a.) Dissentiunt Doctores communiter b.) partim quod conditio impossibilis non sit potestativa partim quod sub conditione turpi non possit filius institui. Sed ad ea partim ex dictis partim ex dicendis facile respondebimus.

a.) *vide supra §. 8. & 9. conf. tamen infra §. 43. in fine, & supra §. 12. 13. 14.* b.) *vid. Cujac. ad l. 16. quæst. Papin. p. m. 400. Dn. Struv. Ex. 33. ad Pand. tb. 49.*

§. 39. V. Filius non potest institui sub conditione turpi. In hoc est prima differentia inter filium & extraneum heredem. In extraneo remittebatur conditio ut in effectu idem esset, ac si hæc conditio non fuisset adjecta; a.) At in filio viati institutionem. *Filius qui fuit in potestate ait Papinianus b.) sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in ejus potestate.* Ratio igitur hujus positionis est, non quod hæc conditiones sint impossibiles, ut malè vulgò, c.) sed quod non sint potestativæ. Dependet igitur ratio hujus à positione sequenti.

a.) *vid. §. 15. seq.* b.) *l. 15. de cond. inst.* c.) *vid supra c. 16.*

§. 40. VI. Filius potest institui sub conditione potestativa non casuali. a.) Quam positionem distinctius considerabimus. Ratio illius in eo ponitur, quia si sub casuali liceret instituere, præteritum censeretur sine sua culpâ si conditio non existeret, atque ita testamentum faceret nullum. b.) Unde patet, cur concepta sit saltem de filio, non de omni herede suo, quia filia & nepotes si præteriti fuerint testamentum non faciebant

bant nullum c.) Jure novo itaque quoniam & his præteritis testamentum nullum est, d.) procedet etiam regula de omnibus suis heredibus.

- a.) l. 4. de hered. inst. b.) Frantzk. d.l. num. 14. pag. m. 327.
- c.) vide §. 2. d.) l. 4. in f. C. de lib. præter. §. 5. inst. de exher. lib.

§. 41. Quod autem dictum fuit suos heredes sub casuali conditione non posse institui, limitatur, nisi sub contrariâ conditione fuerint exheredati a.) quod quidem Jure Institutionum & Codicis procedet, quippe quo testamentum subsistebat, si modo liberi non essent præteriti, sed aut instituti aut nominati exheredati b.) sed postquam in Novellis c.) disposuit Imperator, non licere in posterum liberos nisi ex causis ingratitudinis exheredare, ad quas conditio casualis referri non poterit, haud dubiè ista limitatio fuit sublata.

- a.) l. 86. de hered. instit. l. 4. C. de instit. b.) §. 5. Instit. de exher. lib. l. 4. C. eod. tit. c.) Novell. 115. c. 3.

§. 42. Sed quid de conditione mixta dicemus? An & sub hac valebit filii institutio? Ita certe, cum omnis potestativa sit mixta. a.) Non miraberis tamen quod Doctores communiter b.) asserant contrarium, quia non potuerunt aliter, cum conditionem mixtam potestativæ contradistinxerint. Sufficiat nobis, quod nullo textu probare queant, vitiosam fuisse filii institutionem sub mixtâ conditione factam. Provocatur equidem ad Constitutionem Alexandri c.) Cum trans mare & longè te agentem sub hac conditione heredem scriptum esse dicas, si in patriam quæ in Provinciâ Mauritaniam erat, regressus fuisses; nec exheredatum te alleges, si in eum locum non rediisses: manifestum est, multis casibus non voluntariis, sed fortuitis evenire potuisse, ut eam implere non posses, & ideo adire hereditatem non probiberis. Sed ad hanc legem petemus responsum ex mox d.) dicendis. Ex Pandectis quod huc trahi possit, deprehendo quidem responsum Juliani e.) Si quis testamento hoc modo scripserit; filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto, si non adoptaverit exheres esto, & filio parato adoptare, Titius nolit se arrogandum dare, erit filius heres, quasi expletâ conditione. Sed quemadmodum hic textus pro nobis non poterit adduci, quoniam

F niam

niam hic filius simul sub contraria conditione fuit exheredatus, ita tamen nec hæc exhereditatio juvabit aliquid communem Doctorum sententiam, cum JCtus non doceat, eam fieri debuisse, sed ut factam saltem proponat.

- a.) *per ea quæ diximus supra §. 21. & 22.* b.) *vide ex pluribus Frantzk. d. l. num. 13. & 23. Dn. Struv. Exerc. 33. tb. 46.*
c.) *l. 4. C. de instit. & Substit.* d.) *§. seq. 43.* e.) *l. 11. de cond. instit.*

§. 43. Quoniam verò supra a.) diximus, omnem conditionem potestativam posse casualem fieri ex accidente, inde sequitur, filio sub conditione potestativâ instituto hætenus testamentum subsistere, sed quoad eventum distinguitur. Aut filius conditionem potestativam adimplere non vult, aut adimplere non potest. Priori casu patrem non facit intestatum, si coheredem habuerit, sed coheres totam hereditatem sibi vindicat. Quodsi nullum coheredem habeat, hereditatem repudiassè censebitur. Quodsi denique habeat substitutum & neque expressè voluntatem suam declaraverit de non implendâ conditione, & conditio tamen in ultimo mortis articulo possit adimpleri ut; *si Titio decem dederit*, deum mortuo eo ad patris hereditatem veniet substitutus. Sin conditio non possit impleri in ultimo vitæ momento, ut: *Si Alexandriam ierit*, substitutus adhuc vivo eo succedet patri. Etsi enim videatur hoc casu in ultimo vitæ momento præteritus, hoc tamen lex non attendit, cum hoc fiat ex negligentia & culpâ filii instituti. Altero casu si filius, etiamsi velit, conditionem ante ultimum momentum non possit adimplere, vel impeditur facto hominis vel casu. Illo modo testamento locus est, quoniam conditio habetur pro impleta. b.) Hoc modo testamentum ex postfacto vitabitur. Atque hanc puto esse mentem Ulpiani, Juliani, Marcelli, atque Papiniani c.) quamvis paululum obscurius loquantur. Quin & in rescripto Alexandri d.) hanc rationem subesse arbitror, non quod conditio ibi recensita ab initio mixta fuerit, sed quod ex postfacto filius casu fuerit impeditus ne eam adimplere potuerit.

- a.) *§. 21.* b.) *arg. d. l. 11. de cond. instit.* c.) *l. 4. 5. 6. de hered. inst. l. ult. de cond. instit.* d.) *l. 4. C. de inst. & Substit. vide §. præced.*

CAP.

CAPUT ULTIMUM.

Expositio Legis nostræ specialis ejusq̄ve Usus
modernus. Q̄ualis item sit Conditio, si se
filium probaverit?

SUMMARI A.

Præsupponendum Aurelium Claudium non fuisse ex concubina Lucii Titii natum th. 1. sed ex ejus uxore legitima. Rationes contra decisionem Pauli & cur testamentum Lucii subsistere debeat, sive matrimonium Lucii fuerit occultum th. 2. sive notorium th. 3. & quamcunque opinionem de Aurelio Claudio habuerit Lucius th. 4. Quid de probatione siliationis Jcti statuerim? th. 5. & 6. An quis verè probare possit se esse filium? Affirmatur contra Paleottum, thes. 7. & 8. Probatio & præsumptio quomodo differant th. 8. Probationes siliationis pariunt præsumtionem juris tantum th. 9. Defenditur decisio Pauli & ostenditur, conditionem: Si se filium probaverit, non esse potestativam, th. 10. 11. 12. Respondetur ad argumenta sententiæ contrariæ th. 13. 14. & breviter ad aliorum explanationes legis nostræ, th. 15. denique usus modernus dictæ legis defenditur th. 16. 17.

§. I.

Fuerunt hæc præsupponenda tanquam hypotheses, antequam ad expositionem legis nostræ pergeremus. Jam igitur quæritur, an valeat illa institutio quam *Lucius Titius* fecit: **Aurelius Claudius** natus ex illa muliere, si filium meum se esse judici probaverit heres mihi esto? Paulus statim respondit non valere. Nobis prius disquirendum videtur, quomodo ista verba: *natus ex illa muliere*, sint intelligenda. Vel enim illa mulier fuit concubina Lucii Titii vel fuit uxor legitima. Si concubina, nemo dubitare potest, quin institutio valeat, cum nati ex concubina non sint in potestate patris & adeo nec sui heredis nec extranei. Sive igitur hæc conditio sit potestativa, sive casualis nulla causa subest cur testamentum Lucii Titii subsistere non debeat, cum heredes extranei, ut diximus, sub quacunque condi-

tionem possint institui. Quin & si vel maxime ista conditio pro impossibili habeatur, nec illud institutioni nocebit, quia conditio impossibilis, seipsam vitiat, non institutionem. Videtur verò Lucius Titius de ejusmodi foemina sensisse, cum non dixerit: *natus ex uxore mea*; sed: *natus ex illa muliere*; quapropter mirari quis posset, cur Paulus absque distinctione præviâ decisionem statim ita formaverit, quasi ex quaestione satis constiterit, sermonem de eo esse, qui ex justa uxore fuit natus.

§. 2. Dicere autem aliter non possumus, quam quod Paulus aliunde circumstantiam istam habuerit cognitam. Igitur ponamus jam, illam mulierem fuisse uxorem Lucii, quod præsupposuisse videtur Paulus. Annon & hoc casu valebit testamentum? Paulus respondit, filium de quo quaereretur, non sub ea conditione institutum videri, quæ in potestate ejus est, & ideo testamentum nullius esse momenti. Quid ais Paule? Nullius momenti esse testamentum? Videris hæc dixisse in somniis. Nam siue fingamus matrimonium fuisse clandestinum, siue, quod fuerit notorium, siue fingamus testatorem non agnovisse hunc pro filio, siue aliquatenus dubitasse, siue denique, eum Aurelium istum Claudium pro filio tractasse, ubique testamentum subsistere apparebit. Nam si clandestinum fuit conjugium, ut, si quis tantum paucis quibusdam scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuerit, a.) quod de Jure Civili noviori procedebat facile, b.) non poterat filius, utpotè qui tum non erat in quasi possessione filiationis, aliter succedere patri ab intestato, & testamentum, si quod fecisset, infringere, nisi probasset, se filium defuncti esse, adeoque hoc respectu conditio tacite inerat, sub cujusmodi conditione jam asseruimus, posse institui filium. c.) Porro & potestativa hoc casu erat conditio, cum filius nihil amplius hic probare deberet, quam matrimonium Lucio Titio cum matre suâ intercessisse, d.) quod facile per vicinos & alios scientes facere poterat. e.)

a.) l. 9. C. de nupt. b.) vide Paleottum de Nobis & Spuris cap. 5. n. 1. c.) vid. cap. 2. §. 37. d.) arg. l. 5. de injus vocando l. 6. de his qui Sui. e.) arg. d. l. 9. C. de nupt.

§. 3. Quodsi de matrimonio Lucii Titii cum matre Aurelii

relii Claudii publicè constabat, & ita filius erat in quasi possessione filiationis, nec hic ulla causa subesse videtur, cur testamentum nullius momenti esse debeat; quoniam & hoc respectu conditio ista pro tacità haberi debet. Nam etiamsi non fuisset apposita, deberet tamen hoc filius probare si negaretur ab aliis esse filius, cum sit institutus ut filius, & si non probaret non admitteretur. a.) Nam qui se filium asserit debet probare filiationem etiamsi sit in quasi possessione. b.) Porro & potestativa hic magis videtur ea conditio, quam in priori casu. Vel enim filius provocabit ad matrimonium patris cum matre; Atque hoc cum sit notorium, facillimè probari poterit; vel ad alias conjecturas, v. gr. quod à Lucio Titio pro filio fuerit habitus, cum ipsi alimenta præstiterit & eum educaverit, institueritque in testamento, quod ex communi famâ pro filio fuerit habitus. Quodsi autem dicere velimus, eum non opus habere probatione ulteriori, si de matrimonio iusto inter patrem & matrem constet c.) cum ipso iure ex præsumptione legum tutus sit, videtur hæc conditio: *Si se filium probaverit*, referri debere ad necessarias, cum ferè æquipolleat istis: *Si digito cælum non tetigerit; Si cras erit dies Martis.* d.) At sub conditione necessariâ etiam filii institutionem admisimus. e.) Quin & si planè filio impossibilis foret hæc conditio, ut à pluribus venditatur, nec ex nostrâ hypothesi vitabitur testamentum, quoniam & talem institutionem non nocere institutioni filiorum suprâ f.) asseruimus.

- a) *Paulus de Castro ad l. nostram qui provocat ad l. si pater l. nec apud Et eam quam de hered. instit.* b) *vide Mascard. conclus. 787.* c) *arg. d. l. 5. de in jus voc. d. l. 6. de his qui sui.* d) *vide cap. 2. §. 3.* e) *d. cap. 2. §. 36.* f) *d. cap. 2. §. 38.*

§. 4. Quod vero opinionem testatoris attinget & hæc valiori testamenti non obstabit. Nam si Aurelium Claudium pro filio suo agnovit, non est dubium quin eadem rationes pro testamenti valore militent, quas hæctenus recensuimus. Quod si non agnovit, quod ex verbis institutionis videtur verisimile, quoniam instituit eum sub nomine proprio adjecta aliquâ demonstratione (si enim voluisset instituire, ut filium, dixisset: Aurelium Claudium filium meum heredem instituo, si probaverit se filium meum esse) a) tamen nec hæc opinio testatoris potuit filii juri quicquam

detrahere aut conditionem mutare. Nam sicut non nudis asseverationibus, nec ementitâ professione, sed matrimonio legitimo concepti vel adoptione filii patri constituuntur, b) & sicut falsa opinio patris aliquem pro filio habentis veritati non præjudicat; c) ita nec nuda asseveratione & multominus nuda opinione jus filiorum adimi potest. Eadem erit ratio, si vel maximè supponamus casum, quem subsuiffe arbitratus est Menochius d) quamvis sine ratione prægnante; e) Illum Aurelium certo modo à testatore, fuisse creditum filium suum esse, sive modo ex fama, sive quodcum ejus matre consuetudinem habuisset, sive aliquâ aliâ ex causa.

a) *vid. Menoch. de A. 7 Q. Lib. 2. cas. 89. n. 7.* b) *l. 14. C. de probat.* c) *l. 4. C. de hered. inst.* d) *d. l. n. 10.* e) *Affer loco rationis Menochius Conditionem: Si se filium probaverit, unde vult inferre, dubitationem fuisse apud testatorem, an ejus esset filius vel non: Dubitationem autem provenire ex æqualitate rationum contrariarum. Sed ista conditio adjecta etiam pro priori casu argumento esse potest, testatorem planè pro filio non agnovisse Aurelium.*

§, 5. Poterant hæc contrâ decisionem Pauli afferri. Sed jam videamus etiam, quænam sint rationes, quæ Paulum in contrarium moverint, quid item hæcenus objectis possit responderi. Antequam verò id fiat, pauca de probatione filiationis præmittenda erunt. Uti verò nostri instituti non est, ea omnia hic colligere, quæ abunde in hæc materia congefferunt Doctores, Menochius a) puta, Mascardus, b) Alciatus, c) Palæottus, d) & alii; ita saltem breviter excerpemus sententias Jurisconsultorum Veterum & Imperatorum, retentis quantum fieri potest, ipsorum verbis, & tum ex iis summariter & quasi per indicem quæstiones scopo nostro inservientes definiemus.

a) *d. cas. 89.* b) *de probat. concl. 787-803.* c) *de presumpt. reg. 3. presumpt. 37.* d) *de nobis & spuris c. 22. & seqq.*

§. 6. Igitur quoad jus filiationis ab initio distinxerunt Jurisconsulti inter matrem & patrem. Matrem semper certam esse, etiam si vulgo conceperit a) (aut, si de eo dubium oriatur rem facile expediri posse, si probentur ea, quæ Prætor in edicto de inspiciendo ventre tempore partus fieri debere jussit:) b) Patrem verò eum esse, quem

quem demonstrant nuptiæ, c) unde & pro filio habendum esse eum, qui ex viro & uxore ejus nascitur, d) in tantum, ut etsi mater de adulterio fuerit convicta, infanti id non præjudicet, cum possit & illa adultera esse & impubes defunctum patrem habuisse. e) Nec obstare, si neque nuptiales tabulæ neque ad natos liberos pertinentes, confectæ fuerint, modo vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causâ domi habuerit. f) Etsi verò sententiâ contrâ matrem adulteram lata filio non præjudicet, g) maximum tamen præjudicium afferre sententiam inter maritum & uxorem latam, si de eo actum fuerit an uxor ex eo prægnans sit nec ne. Si enim pro uxore pronunciatum fuerit, haberi filium pro suo herede, etsi suus non sit, quod si pro marito, non fore suum quamvis suus fuerit, nam eius rei iudicium omninò jus facere. h) Porro in quæstione de statu filiationis grande præjudicium afferre pro filio confessionem patris, i) sed & matris professionem, imò & avi recipiendæ esse, k) hæc tamen ut per nudas has asseverationes & fortè emittas professiones præjudicium non fiat veritati, l) admittere enim ejusmodi præsumptiones probationem contrariam. m) Quin & eam quæ à matrimonio desumpta fuit elidi posse, non solum ratione patris, si is fortè diu & v. gr. per decennium fuerit absens, aut etiam si cum uxore sua assidue fuerit moratus, si probari possit eum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa, aut si ea valetudine fuerit ut non potuerit generare; n) sed & respectu utriusque parentis, si ostensum fuerit, partum fuisse matri subditum o) &c.

a) Paulus in l. 5. de in jus voc. b) Ulp. l. 1. §. 10. de inspic. ventre. c) Paul. d. l. 5. d) Ulp. l. 6. de his qui sui vel al. e) Papin. l. 11. §. 9. adt. Jul. de adult. Præsumtionis hujus rationem item ampliationes & limitationes vide apud Mascardum concl. 789. n. 6. usq. ad num. 20. cum quo tamen omninò junge Nevizanum Sylv. nupt. lib. 1. n. 51. seqq. adversus rationes diætæ præsumtionis non male disputantem. f) Imp. Probus l. 9. C. de nupt. g) d. l. 11. §. 9. de adulte. h) Ulpianus l. 1. §. 16. in fine & l. 3. pr. de agnosc. lib. ubi addit clausulam. Et ita Marcellus probat, eoque jure utimur. Adde Julianum l. 2. eod. i) Ulp. ex Juliano l. 1. §. 12. eod. k) Terentius Clemens l. 16. de probat. l) Dioclet.

Et Max. l. 14. C. de probat. m) d. l. 14. C. de probat. l. 15. ff. eod. n) Ulp. d. l. 6. de his qui sui vel al. jur. sunt. o) Gord. l. 4. de hered. instit.

§ 7. Ex dictis facile judicari potest quæstio: An quis verè probare possit se esse filium suorum parentum? Menochius a) distinguit probationem in necessariam, probabilem & præsumptivam. Necessariam ait intelligi quoad solam matrem, ut quæ semper sit certa, probabilem quoad patrem, cum domi natus est filius, b) & præsumptivam quæ conjecturis & præsumtionibus nitatur. Sed cum obscurum sit, quomodo differat probatio, quam probabilem vocat Menochius, à præsumptiva, inde paulo accuratior est distinctio Mascardi c) duplicem esse modum probandi filiationem, verum scilicet & præsumptum; verum quoad matrem regulariter, quamvis & hic aliquando præsumtus admitti debeat, d) præsumptivam verò probationem esse respectu Patris, cuius intuitu filiatio non possit probari per probationem necessariò concludentem, sed per conjecturas. Uterque tamen & Menochius e) & Mascardus f) casum aliquem extraordinarium admittunt, in quo verè & directè etiam ex parte patris filiatio probari possit; si vir & mulier essent soli in carceribus detenti sub diligentissimis custodibus, & ibi steterint, per annum, post illum quæ scemina reperiretur prægnans, & testes custodes deponerent, neminem alium ibi ingressum esse, nec ingredi potuisse, quin ipsi vidissent. Ast nec hic casus placet Palæotto g) quoniam & hic fortasse aerei quidam Dæmones suspecti esse possent, prout de Danae & imbre aureo veteres Poetæ fabulati sint, fortè & magica quædam præstigia, quorum vi claufas etiam obseratasque valvas nonnulli furtim ingressi sint, cum à nemine conspici possent, nunc quæ pueros fascinasse, nunc cum alienis uxoribus congressi esse tradantur. Præterea se & hoc casu non videre, quomodo hæc adeò certa sumi debeat probatio, siquidem testes de eo saltem fidem faciant, neminem intrà id tempus eò ingressum esse, ex quâ re sequeretur id quidem, necessario eum esse filii parentem, qui cum puellâ moratus sit; sed tamen hanc probationem non principaliter natalium causam respicere, nihil enim testes de coitu, nihil de conceptione attestari, sed potius quibusdam rebus extrinsecus & per obliquum id docere.

a)

- a) *d. cas. 89. n. 2. Conf. Groc. de 7. B. lib. 2. c. 7. §. 8. Et ibi Magnif. Dn. Zieglerus.*
- b) *d. l. 6. de his qui sui vel al.*
- c) *conclus. 788. n. 1. 2. 3.*
- d) *ibid. n. 8.*
- e) *d. cas. 89. n. 18.*
- f) *d. concl. 788. n. 9. Et 10.*
- g) *de nobis Et Spuriis c. 21. n. 7. Et 8.*

§. 8. Sed ad hæc sciendum est: probationem quidem in se & præsumtionem differre. Probatio à partibus fit iudici. Præsumtio vel à lege oritur vel ab homine. Probatio facti est singularis sed præsumtio regula quædam communis, est æquitati conveniens. Præsumtio à probando liberat, sed probatio quandoque producit præsumtionem. Porro præsumtio communiter dividitur in præsumtionem juris quæ saltem à probatione liberat & juris & de jure, quæ nequidem contrariam probationem admittit. Probatio autem dividitur in inartificialem, quæ fit extrinsecus per testes & instrumenta, vel artificialem quæ fit per argumenta ex causâ negotii vel ejus circumstantiis desumpta. Utriusque hujus speciei meminit Imperator Alexander, a) & artificialis præterea quoque in aliis textibus fit mentio. b) Ulterius artificialis utitur vel argumentis necessariis, v. gr. coivisse eam quæ peperit: non promississe Kalendis Januariis Lipsiæ qui eo die fuit Romæ, &c. vel probabilibus & ex locis Topicis desumptis. Illa fidem in iudice operatur & præsumtionem juris & de jure similis est, hæc opinionem saltem, & producit præsumtionem juris modo leviolem modo fortiolem. Ex his patet, probationem artificialem, quæ fit per argumenta necessaria, esse nobilissimam probationis speciem, & magis talem quam quæ fit per testes & instrumenta. Qualis cum sit illa quæ in isto speciali casu à Mascardo & Menochio fingitur, sequitur, regulariter quidem filium intuitu patris probari posse per probationem non inartificialem sed artificialem & quidem per argumenta saltem probabilia, (quæ & ipsa tamen est vera probationis species quamvis analogâ & ignobilior,) at in isto casu speciali omnino locum habere probationem inartificialem necessariam & nobilissimam, & in eo videri lapsum esse Palæottum, quod probationem saltem esse putaverit illam inartificialem cum testes immediatè de negotio depouunt. Quamvis autem Palæottus ibidem in dæmonibus & vi magicâ quærat refugium, tamen hæc præternaturalia in Jure & tradendis probationum speciebus non consideramus. Nam aliàs

G
hoc



hoc pacto non solum omnes probationes artificiales necessariae corruerent, (ut si aliquis opponeret iudici: v. gr. Hæc quidem dicitur peperisse, sed potuit Diabolus glaucoma facere ut ipsa revera partum non ediderit; ergo nondum probatum est quod coiverit) sed & omnes probationes inartificiales per testes & instrumenta. Possent enim & hic accidere ut testes à Diabolo fuerint decepti, aut instrumenta arte magica conscripta.

a.) l. 2. C. de testibus b.) vid. l. 19. C. de R. V. l. 21. & ult. C. de probat.

§. 9. Producent igitur probationes artificiales in materia filiationis intuitu patris quidem præsumtionem, sed qualem? Distinguendum arbitramur. Sententiam inter maritum & uxorem latam, si de eo actum fuerit utrum uxor ex eo prægnans fuerit, & pro uxore pronunciatum sit, putamus efficere præsumtionem juris & de iure. a.) Reliquas vero coniecturas superius b.) adductas saltem præsumtionem juris operari statuimus, nec possumus aliter, tot legibus ibidem recensitis eo ducentibus. Neque eam excipimus, quæ ex iusto matrimonio desumitur, ut ad eò mirari satis nequeamus, quo pacto Doctores non pauci eò adduci poterint, ut defenderint, eum qui ex marito & uxore natus est, præsumi filium mariti etiam per præsumtionem juris & de iure, c.) cui sententiæ aperte contradicunt ea quæ docet Ulpianus, d.) cuius mentem & intensionem, si accuratius inspexissent Icti quidam excellentes, neque ex Ulpiano fecissent stultum alii, quod scripserit, placere sibi Juliani sententiam, neque pro excusatione eius alii violentas manus intulissent textui, aut responsiones longè quæritas attulissent. Indigna sententia tam acuto Icto, qualis Wislenbachius fuit, dum scriberet: e.) *Jocari ibidem an nugari voluisse Ulpianum? Quis enim dubitet, an puer annivulus possit esse filius ejus mariti, qui decem annos absuit! Nisi uxorem fingas ex genere fuisse Elephantorum, quos vulgo dicunt in utero gestare annis decem: Alii igitur ut excusent Ulpianum, volunt, pro decennio legi debere biennio.* Alii rationem dubitandi ex tractatu de agnoscendis & alienis liberis arcessunt, ubi etiam Juliani similis sententia ab Ulpiano refertur f.) non reputantes videlicet istam materiam, ab eâ quam hic exponit Ulpianus, toto cælo esse diversam, g.) Sed quid his

his ambagibus est opus? Plana est sententia Ulpiani. Recenset initio regulam de praesumptione filii ex justo matrimonio nati. Deinde quaestionem tractat: an adversus hanc praesumptionem admittatur probatio contraria? Julianus distinguebat: utrum maritus fuerit absens an vero cum uxore sit assidue moratus. Priori casu praesumptionem istam per contrarias probationes vel etiam praesumptiones, qualis ista, si v. gr. maritus per decennium abfuerit, posse elidi, non vero casu posteriori. Hic Ulpianus prius membrum sententiae Juliani sibi placere ait, in posteriori vero se a Juliano dissidere. Qualis ergo in hac doctrina Ulpiani jocus aut nugae? Sed transeant ista.

- a.) *arg. l. 1. §. ult. l. 2. & 3. pr. de agnosc. & alend. lib. conf. supra §. 6.*
- b.) *d. §. 6.*
- c.) *vid. Masc. d. concl. 789. num. 35. & 36.*
- d.) *d. l. 6. de his qui sui*
- e.) *ad Pand. b. t. 1b. 28.*
- f.) *l. 1. §. 14 de agnosc. & alendis liberis*
- g.) *conf. plura apud Fetsmann. in comm. ad d. l. 6. Dn. Struv. Exerc. 1b. 44.*

§. 10. Revertor ad Paulum. Qui regulas bonae interpretationis nequaquam praetergressus est, dum respondit, filium sub conditione, si se filium esse probaverit, heredem institutum, non sub conditione, quae in potestate eius est, institutum videri, & ideo testamentum nullius esse momenti. Uti enim id quidem recte definitum fuit superius a.) opinionem testatoris de filio in huius casus decisione non attendi debere, sed perinde esse sive Lucius Titius Aurelius Claudium pro filio agnoverit, sive pro filio non habuerit, sive denique dubitaverit an eius filius sit; ita non potuit Paulus aliter respondere, si ex coniecturis de voluntate defuncti rem dirimere voluit, ad quam in expositione ultimarum voluntatum potissimum respiciendum, quoniam in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones, ut Ulpiani verbis b.) utar. Igitur pro diversitate casus, utrum scilicet matrimonium Lucii Titii cum matre Aurelii Claudii fuerit clandestinum an notorium, diversae quoque voluntatis coniecturae elici possunt. Priori casu ea videtur fuisse mens defuncti: ut probaret Judici, quocumque modo posset, filiationem, & consequenter etiam, quoniam ut diximus fortissimus modus probandi de-



fumi poterat ex nuptiis patris, ut probaret Judici, matrimonium Lucio Titio cum matre sua intercessisse, & in hoc matrimonio se esse genitum. Hanc conditionem Paulus pro potestativa non habuit haud dubie exinde. Cum omnis probatio sit actus quo mediante Judici fidem facimus super re dubia, c.) sequitur exinde, probationem quidem eiusmodi factum esse, quod a probante incipit, & haec in eius potestate est, ut possit mediis ad fidem Judici faciendam uti & non uti, multum tamen non saltem ex post facto, sed ex natura sua admixtum habet de casu fortuito; tum si media concernas, tum si Judicem ipsum cui fides facienda, respicias. Media quibus in probando utimur, sunt testes, instrumenta, & juramenti delatio, uti ex principiis constat. De juramenti delatione hic quidem solliciti non sumus, tum quod apertum sit, in delatione juramenti medium vincendi causam transferri a deferente, in potestatem eius cui juramentum defertur, tum quod Juramenti delatio rarissime in probatione filiationis locum habere possit. At de testibus constat, non esse in potestate probantis, ut testes inveniat, tum, si invenerit, ut dicant, quod probanti conducit. Similiter casu contingit & fortuna, ut quis documentis ad probandam causam sit instructus. Denique etsi media probandi adfint non tamen ab arbitrio probantis dependet, ut testes & instrumenta Judici fidem faciant, sed hoc in arbitrio Judicis est situm. d.)

a.) hoc cap. 3. §. 4. b.) leg. 19. pr. de C. & D. c.) ita Dd. commuiter ad tit. ff. & C. de probat. d.) vid. Brunnem. ad l. nostram 83.

§. II. Nec est quod dicas, ex dictis probari saltem, quod haec conditio multum de casu habeat admixtum, & aded mixta sit, non tamen quod casualis sit, aut quod non sit potestativa, (supra a.) enim diximus, mixtas conditiones esse easdem cum potestativis.) Nam hic regerere licebit, conditionem hanc si quis probaverit non esse conditionem unam & simplicem sed ex natura negotii b.) praegnantem hoc est plures conditiones conjunctim comprehendentem & hoc modo v. g. resolvendam, si quis testes aut instrumenta habuerit, & eadem probationis loco adhibuerit, & iisdem Judici fidem fecerit. In hac resolutione prima & tertia mere casuales sunt, secunda saltem est potestativa. Unde simul facile alteri obiectioni

tioni satisfieri potest, ex iis quæ in fine c.) capitis præcedentis docuimus, in pendentem esse institutionem filii sub conditione potestativâ vel mixtâ factam, cum tamen Paulus hic dicat, *nullius momenti esse testamentum* citrà distinctionem, an probationem aggressus fuerit filius, & eam perficere ob deficientem mediorum fuerit im-peditus an minus. Nam & hic respondeo, ea quæ suprâ dicta sunt procedere in conditione potestativâ simplici aut certè tali, ubi impedimentum non fuit ex natura negotii, sed ex acciden-ti venit.

a) cap. 2 §. 21. b) dico ex natura negotii, ne quis mihi rege-rat, ex nostra doctrinâ omnes conditiones potestativas esse præ-gnantes adeoque sub nullis licere filium instituere. v. gr. Has: Si quis Alexandriam ierit, si Titio decem dederit: *resolvi posse*: Si quis Alexandriam ire velit, & non impeditus fuerit, & Alexandria non interierit. Item si Titio decem dare vo-luerit, & decem habuerit & Titius decem acceptaverit. Nam hic respondeo, in dictis exemplis plures istas non inesse, è na-turâ negotii, sed resolutionem fieri, secundum ea quæ per acci-dens evenire possunt, vel certè ab initio non constare statim, quod sint casuales. Ita in eâ si Titio decem dederit, naturâ quidem inest ista. Si decem habuerit, sed tamen non statim vi-deo, quod hæc posterior sit casualis, cum regulariter presumatur aliquem tantillum pecuniæ habere. Non autem ita presumi-tur me habere testes aut instrumenta. c) cap. 2. §. ult.

§. 12. Quod si autem matrimonium Lucii Tit. cum matre Au-relii Claudii fuit notorium, haud dubiè voluit testator, ut Aurelius Claudius aliis argumentis uteretur, pro demonstranda filiatione, cum notoria probatione non habeant opus, imò nec probari pos-sint. At etiam hic eadem rationes, quas in casu præcedenti addu-ximus, faciunt, ut conditio non sit potestativâ; Quid quod magis in hoc casu res in arbitrio filii non est sita, quoniam conjecturæ reli-quæ ex communi Doctorum observantiâ non tam fortiter filiatio-nem probant, uti nuptiæ patris cum matre, adeoque arbitrium judi-cis hic laxius est. a)

a) Conf Mascard. concl. 790. seqq. Palæottum c. 22 seqq.
§) 13. Jam verò sponte suâ ruunt, quæ suprâ coi trà Pau-li de-



li decisionem adduximus. Uti enim ex dictis patet, conditionem probationis minimè pro potestativâ haberi debere, ita falsum est quod afferebatur, a) conditionem *si se filiam probaverit*, in eo de quo non constaret an ex justo matrimonio genitus sit, esse conditionem tacitam. Tacitæ enim conditiones illæ sunt, quæ necessariò præsupponuntur, etiamsi non fuerint adjectæ. b) At vero non est necesse ut quis se filium probet patri ab intestato succedere gesti-ens, sed tum demum, si alter ipsi litem moverit, c) aut, si hæc respon- sio tibi non placeat, etiamsi demus, eum qui ab intestato patri succedere vult probare debere quod sit filius, non tamen est id necesse, si filius à patre in testamento sit heres institutus. In nostro certè casu evidenter non est tacita. Quis enim diceret. Aure- lium Claudium, si ita institutus fuisset; *Aurelius Claudius natus ex illa muliere heres esto*, non antea potuisse heredem fieri, quam probasset, se esse Lucii Titii filium?

a) §. 2. b) *conf. c. 2. §. 4.* c) *conf. Paulum de Castro ad l. nostram 33.*

§. 14. In altero casu: Si matrimonium Titii cum matre Claudii notorium fuisset, insuper objiciebatur: a) conditionem, hanc inter necessarias esse referendam, & æquipollere isti, *si digitum cæcum non tetigerit*, quoniam tunc filii probatione non habeat opus, sed per præsumtionem legum tutus sit. Sed aperta ut puto inter conditiones necessarias & istam conditionem est differentia. Necessaria conditio est, cujus contradictoria est impossibilis. Hic verò non impossibile erat, ut probaretur contrarium: Aurelium Clau- dium non fuisse Luci Titii filium, quoniam ut supra b) ostendi- mus, præsumptiones in materia filiationis non sunt juris & de jure sed contrariam probationem admittunt. Deinde nec conditio: *Si se filium probaverit*, æquipollet isti: *Si à Lege pro filio præsumetur*. Unde non poterit extraneus, si sub conditione probationis fuerit institutus, se liberare ab adimplentione conditionis dicendo, quod probatione non habeat opus, quia præsumptio tutus sit; præsumptio enim non est probatio, quod latius ostendimus supra. c) Conditio verò omnis regulariter in formâ specificâ adimpleri debet, non per æquipollens. d)

a) *su-*

a) *suprà §. 3.* b) *suprà §. 9.* c) *§. 8.* d) *arg. l. 44. pr. l. 55. de C. & D. l. 77. §. 4. de leg. 2.*

§. 15. Atque hæc sunt quæ in expositione legis Paulianæ dicenda habuimus. Et plura quidem diximus quam ab initio dicere volumus, non tamen ut puto, minus necessaria. Superfedemus autem jam prolixè aliorum opiniones examinare de hujus legis interpretatione, & præprimis Menochii, a) quæ uti inter eos quos evolvimus, de ejus intellectu solus ferè plura attulit, ita videbatur multifariam censuram mereri ejus expositio. Sed non alia hîc asserere possemus, quam ea quæ jam diximus. Unde & transeat, quod non pauci Doctores Glossam b) secuti rationem legis nostræ eam esse dicant, quod probatio filiationis sit impossibilis. Nam & hujus assertionis contrarium supra c) demonstravimus. Posses etiam ex Glossâ querere. Quid de hoc casu pronunciandum? *Aurelius Claudius filius meus heres esto, si probaverit Meviam sibi centum debere?* Fortè responderet Glossa, valere institutionem, quoniam probatio debiti, non est ita difficilis, ut probatio filiationis. At ex nostra decisione respondendum est, non valere, d) & aded simul notanda ampliatio legis nostræ, quod non valeat institutio Filii sub conditione cuiuscunque rei probandæ.

a) *d. cas. 89.* b) *ad l. nostram §. 3.* c) *hic cap. 3. §. 8.* d) *per dicta §. 10.*

§. 16. Sed cui usui, inqvies, tot chartæ folia his nugis maculasti? Senserit Paulus quod voluerit: Rectè definiuerit casum sibi propositum an secus: Quid id ad nos? Postquam jure noviori Justinianus constituit, valere testamentum, sub quacunque conditione filius fuerit institutus, sed non opus habere filium, ut conditione adimpleat, vel eventum earundem expectet, verum, statim posse reiecta conditione hereditatem adire, usque tamen ad legitimam saltem. a) Ergo antiquas fabulas nobis recensuisti hactenus, diu abrogatas, & ita, quod in proverbio est, oleum perdidisti & operam.

a) *per l. 30. 32. & 36. C. de inoff. testam. conf. Dn. Schilter. exerc. 38. ad Pand. §. 98.*

§. 17. Apta est profectò hæc increpatio ad ruborem nobis excutiendum, præprimis si perpendamus quod Jason a) ait, com-

communem esse eam Sententiam (de abrogatione iuris veteris & à toto mundo observari, neque totum mundum ad adductas pro ea Justiniani constitutiones posse respondere. Sed timeat aut erubescat qui velit, nos certelaryam istam non timemus. Animum erigit, quod Frantzkius b) scribit, isti Jafonis & communi Sententiæ idem accidisse quod multis aliis, quæ sub autoritate communis opinionis tanquam legibus consentaneæ circumferuntur, ab illarum tamen rationibus nimis quam sunt remotæ. Igitur ne quidem expectes ut ad istas obiectiones respondeamus. Peccerunt id prolixè Frantzkius c) & Bachovius d) at quanti JurisConsulti! Hos excribere nolo, præprimis cum eorum fynopsin exhibeat, quod in omnium manibus est, Syntagma Struvianum e),

a) in l. 4. C. de inst. & subst. b) ad L. Gallus disp. 5. Membr. 2. sect. 3. n. 11. c) d. n. 11. & mult. seqq. d) ad Treutl. Vol. 2. disp. 11. tb. 3. lib. d. e) Exerc. 33. tb. 47.

S. D. G.







Leipzig, Diss. 1686

ULB Halle
005 300 908

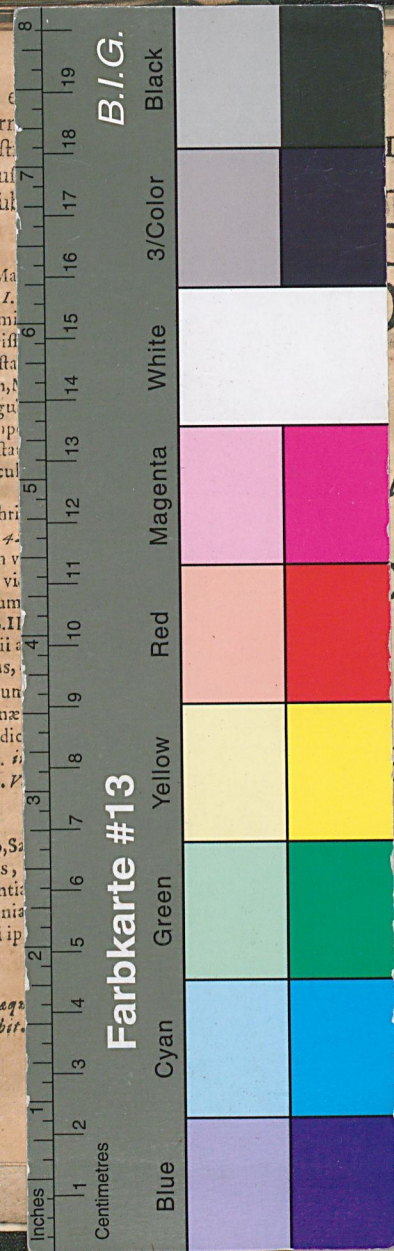
3



V177







N^o: III.

Quod Felix Faustumq₂ sit!

1686, 11 9 17
422

DISPUTATIONEM JURIDICAM
DE FILIO, SUB
CONDITIONE, SI SE
LTIUM PROBAVERIT,
HEREDE INSTITUTO,
l. Lucius 83, de Cond. & demonstr.

SUB PRÆSIDIO
D. CHRISTIANI THOMASII,
Præceptoris sui venerandi,
publicè ventilandam
proponit
PETER JOHANN Dehnsen/
Guelpherbyt.
Autor.

Ad diem VIII. Aprilis MDCXXCVI.
H. L. Q. C.

LIPSIÆ
Literis JOHANNIS GEORGI.

