



80

45



Nō: III.

Quod Felix Faustumq; sit!

1686, 11. 9. 17

422

DISPUTATIONEM JURIDICAM

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

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.



2314

DISPUTATIONEM JURIDICAM

DE FIDELI O.S.M.

CONDITIONE SE

RETTUM PROBAVERIT.

HEREDITATE INSTITUTO.

de Auctoritate de Cond. & hereditate

de F. 1. 1. 1.

DR. D. CHRISTIANI THOMASII

Proceptoris in Veterinarij

publice venalibus

proponit

PETTER JOHANNI SCHNEIDER

ausgegeben

in

ANNO VIII APRILIS MDCCXCVI

H. A. O. C.

L.P.S.I.A.

Licentia Johannis Georgii



PROOEMIUM.

Qui de sterilitate materiaram juridicarum, in quibus ingenii sui vires exercent, conqveruntur, eos profecto, ut alia jam taceam, Pandectarum Justinianearum evolutionem superfuntorie & non exacta, quae decebat, diligentiam suscepisse dicendum est. Quamvis enim myriades ferè Commentariorum extent, Pandectarum titulos illustrare aggredientium, ferè tamen inter desiderata Jurisprudentiae Justinianae numerari debet, quod non habeamus Commentatorem singulas Pandectarum leges, in quibus magnus profecto Jurisprudentiae thesaurus absconditus latet, diligenter & cum judicio explicantem. Ut enim Glossatores antiqui judicio & mediis leges Romanas exponendi fuere destituti, ita noviores ferè non afferunt indefessam diligentiam, sine qua 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 Ictis Eximiis vitio non sit vertendum, si aliquantisper haesitent. Ita saepius concisus stylus obscuritatem peperit, ita non raro rationes decidendi longius petita sunt vel plane occultatae. Nam & in istis legibus, quarum sententia se primo statim intuitu in-

tu insinuat, non deest, quod meditationes ulteriores mereatur. Quapropter arbitratus sum etiam in unius legis, etiam in perspicuæ legis, qualis est hæc Pauli, quam præsentis Disputatione illustrare aggredior, expositione specimen Studiorum Patronis meis me posse edere; in quâ non puto, improbatum iri, quod leges ex ipsis legibus declarare instituerim, & ita sæpius loco locorum ex Doctoribus excerptorum, integras leges Veterum Juris, aut integros paragraphos apposuerim. Nemo enim, credo, Theologum vituperat, quod Verbis Scripturæ magis uti soleat, quam verbis Patrum, aut Homiliarum in Evangelia, Ergo Faxit DEUS Feliciter.

CAP. I. De Autore Legis.

SUMMARIA,

Julius 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 differant 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 Doctorum sententiâ demonstrari potest, contra quam tamen multis rationibus insurrexit Bertrandus d) probare volens, Paulum nostrum Tyrium fuisse, vel certè Græcum Pauli Tyrii filium, quem Suidas scribat Hadriani temporibus fuisse Oratorem, qui cum legationem Romæ egisset sub Hadriano, metropolin Tyrum effecit. Conjectatur igitur Bertrandus fortè uxorem hujus Pauli Tyrii in ea
lega-

legatione Patavii Paulum enixam esse & inde Patavinos suum esse Paulum Jctum contendisse. Ast 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 195. 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 Javolenus vix Antonini Pii tempora attigerit p.)

- a.) *ita appellatur leg. si. de cond. & demonstrat. l. 22. ad L. Falcid.* b.) *de orig. Jur. c. 52. n. 20. p. 508.* c.) *de Veter. 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 proæm. 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 Javoleno d. l. 1. p. 74.*

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

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, quam 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 §. 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 scholice nugalia, (liceat hætenus cum Gellio f.) loqui) de generibus vocabulorum decisionum quæstionum de Jure controversarum voluisse immiscere, præprimis cum penus in toto isto titulo à Paulo, Ulpiano, Marciano atque Scævola perpetuo in genere fœminino 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 aperte 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 Grammatica rei Doctor Scholice quædam nugalia de generibus & casibus vocabulorum*

rum

rum differens cum arduis superciliis vocisque & vultus gravitate composita tanquam interpres & arbiter Sibyllæ oraculorum: Tum aspiciens ad Favorinum - Penus quoque, inquit, variis generibus dictum & variè declinatum est. Nam & hoc penus & hæc penus & hujus peni & peneris & peniteris & penoris veteres dicit averunt -- atque omnium horum & testimoniis & exemplis constrepebat. Quumque nimis odiosè sibi placeret, intercessit placidè Favorinus: & jam bone, 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 quæstionibus gravioribus, propterea tamen nec pro homine Græco haberi debet, quod ab aliis sibi traditum sciebat, nomen penus etiam in generibus foeminino & 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 disparēs, non nocebit exceptio Hic etsi non diffitendum sit, abusivè 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 inspexisset: *Servitutes, inquit, c.) prædiorum rusticorum etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt.* Nihil ergo remanet quod nos movere possit ut ab opinione communi, quæ 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 conscripsisse.

a.) *d. l. 17. de except.* b.) *vide Lips. Phys. Stoic.* c.) *l. 14. pr. 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 eriscundi utramque sectam mediis sententiis conciliarent, vel ut alterutram Sectarum sententiam Imperatorum rescriptis confirmarent --. Paulus medius fuit inter Proculum & Cassium b.) Ulpianus inter Labeonem & Sabinum c.) Quædam etiam mediæ Pauli sententiæ jam ab aliis fuerunt observatæ & 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 finita 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 emptore.
- l.) Bertrandus, Henelius, Eberlinus dd. ll.
- m.) vid. dd. Autores dd. ll.
- n.) vid. l. 78. §. 6. de legat. 3. & Henel. d. l. p. 152. seqq.
- o.) l. 97. de acq. hered. ubi secundum Papinianum pronunciavit 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 Hottomannus, 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 extituros unquam vel sperare vel timere jubet seculi genius, Metaphysicorum distinctiones non sint suffecturæ. 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 eleganti 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 explicatione. Bertrandus a.) ejus universas leges ita obscuras, ambiguas, verborumque tenebris involutas esse judicat, ut, quod de Chrysippo Cicero b.) scripsit, de Paulo dicere verissimè possimus, eum totum hoc volumen implevisse oraculis flexiloquis & obscuris, ut interpretes 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 coepit incumbere, intra domesticos parietes jura interpretari & disputare ausus, & postea ad munus publicum admissus, singulis annis viginti quatuor Pandectarum libros exponere fuerit solitus, k.) quin istius legis occasione in hæc verba eruperit: *Si benè non intellexistis textum, eum 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 Scævola* d.) *l. 24. C. Familæ erisc. Diocletiani & Maximiani* e.) *l. 41. de reb. cred.* f.) *l. 38. de cond. indeb. harum 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. 1b, 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 responsorum tres & viginti, ex quorum duodecimo desumpta est lex nostra, non attigit. a) Cæterum non infrequens fuit Jctis aliis libros responsorum scribere, eosque separare à libris quæstionum, de quorum differentia hæc tradit Cuiacius b.) *Quæstiones sunt uberes quidam ipsiq; diffuse 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 responsorum causis electio est ejus, qui rogat aut consulit juris auctores. Quæ differentia videtur nobis, etiam accommodari posse ad libros quæstionum ac responsorum, 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,prehendimus etiam Tomo tertio posteriorum Commentationem ad libros responsorum Pauli. Quamvis verò ibidem Cujacius non multa ad legem nostram observaverit, reipsâ tamen, de quo nobis gratulamur, convenit cum interpretatione nostrâ.* b.) *Præf. ad libr. 1. resp. Papiniani p. m. 1.* c.) *leg. 81. & l. 103. de Condit. & demonstr.*

§. 9. In libro autem duodecimo responsorum, 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 perspi-

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

Lucius Titius 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 eâ conditione institutum videri, quæ in potestate ejus est, & ideo testamentum nullius esse momenti.

a.) vide Labittum 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, dispiciamus.

CAPUT II.

De Conditionibus sub quibus Filiosfamilias licet instituere,

SUMMARIA.

*T*ribonianæ heredum divisio emendata. th. 1. Diversi effectus præteritionis suorum heredum. Lex 8. §. 1. de injust. testam. exposita. th. 2. Quandoque heredes instituuntur sub conditione. Conditiones non sunt quæ omninò sunt extiturae 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 testa-*
tori 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 diffciles. th. 12. quæ implendæ
sunt tanquam veræ conditiones th. 13. 14. item turpes, quæ in extra-
neis quidem eundem effectum habent cum conditionibus impossibilibus
th. 15. impossibiles tamen non sunt th. 16. cum sæpius deducantur
in actum th. 17. Divisio conditionum in potestativas, casuales & mix-
tas. 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. Pri-
mus usus divisionis illius. An potestativæ demum post mortem testa-
toris impleri debeant? Conciliatur cum Paulo Macianus & Ulpianus
th. 23. & 24. Secundus usus. Potestativa si implementum ejus impe-
diatur per alium hominem, habetur pro impleta. th. 25. Idem sensit
post alios Ulpianus de impedimento à fortunâ proveniente, th. 26. à
quo dissensit cum aliis Paulus. th. 27. Rejicitur distinctio Cujacii th. 28.
& ostenditur Ulpianum etiam de eo casu sensisse, si adjectus post mor-
tem testatoris fuerit mortuus th. 29. Paulum contra de eo, qui etiam
vivo testatore sit extinctus. th. 30. Examinatur ratio conciliationis
Cujacianæ th. 31. Exponitur l. 23. §. 2. ad L. Aquil. th. 32. & 33. Tri-
bonianus 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. tacitâ th. 37. & impossibili th.
38. non tamen sub turpi th. 39. nec casuali, sed sub potestativâ th. 40.
Quid si sub contrariâ casuali fuerit exheredatus? 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 & ne-
 cessarios, 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 divi-
 siones duas distinctas; nam heredibus necessariis nec sui nec extra-
 nei 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 suitate. f) Servus necessarius quidem heres est, sed & simul extraneus, quia non est suus.

a) *pr. 7. de hered. qual. & differ.* b) *§. 1. 2. & 3. eod.* 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 ex præteritis 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, ideò 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 mancipatione de potestate patris exierint*, quo pacto profecto nulla esset rationis datæ cum decisione connexio, & præterea si de testamento patris post emancipationem factum intelli-geres, cum Glossâ, f.) id profecto esset ex Domitio Ulpiano sapiente & prudente Viro facere velle Domitium stultarum quæstionum autorem. Pa-

riter

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 una mancipatione legunt; unâ cum emancipatione. Sed hæc obiter

- a.) *pr. f. de exher. lib.* b.) *Ulpian. tit. qui heredes instit. poss. §. 16. & seq. Cajus 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.) *add. 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 confertur 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 extituræ sunt. Quod si inquit e.) sub eâ conditione debetur, quæ omninò extitura 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 extiturum est, ejus eventus non esse potest incertus. Tantum exemplum & quid Ulpianus per condiciones omninò extituras hic intellexerit, desideramus. Jucundè pro more Glossa f.) exempli loco suppeditat: *Si Antichristus nascetur.* 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 b.): *Qui sub conditione stipulatur quæ omninò extitura 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 digito 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.
& §. 1. de C. & D. 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, & tacitè insunt, quæ & ipsæ, quia ab adje-
ctione hominum non dependent, non sunt conditiones propriè di-
ctæ, v. gr. si alicui promittatur vel legetur, *quod est in utero*, vel
quod nascetur ex Arescusâ, aut *fructus futuri anni*, aut *quod Cartha-*
gine accipere debeat: ex negotii naturâ inest conditio, *si partus 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 tacitè inesse videntur, legata
non faciunt conditionalia. Hinc si in datis casibus conditiones
adjeceris siue eas omiseris neutro modo legatum conditionale est.
E. gr. siue dicas: *Cajo do lego servum*, siue dicas, *servum, quem alii*
non legavero, do lego Cajō, legatum non est conditionale c.) Porro:
siue dicas: *Cajo do lego centum*, siue dicas; *Cajo do lego centum si*
Primus heres erit, vel: si Primus hereditatem adierit; Siue denique
dicas: *Si Primus heres erit Cajō 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 Cajō centum
dare damnas esto, ubi est vera conditio e.)) Quin etsi ita dixeris
Primus heres esto si navis ex Asia venerit; Cajō do lego centum si na-
vis 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, mo-*
ram legati quidem petitioni facit, cessionem dici non facit. Proinde si-
vè purè institutus tardius adeat, siue 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 & Mævius, 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 hi ex numero necessariorum heredum essent, tum 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 similes.**

a) l. 69. de h. red. instit. b) confirmat hoc simplicitatem & parum subactum iudicium Trebatii, de quo fufius egit Dn. Præses in programm. ad disput. part. 2. posit. Huberian. c) Jctum huic neque in Indice Justiniani Pandectis præfixo, neque apud eos qui veterum Jctorum vitas scripserunt deprehendo. Quid quod nec in Glandorpii Onomastico Romano nomen Cartilii, vel ut alii legunt, Carsilii extat. Fuisse tamen hunc Jctum 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 similes 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 inseruisse, istam limitationem addiderit; nisi fortè hoc animo fuerit*

C
testa-



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 debebit? 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 verâ 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.)* Debebit 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. cedit. e.) Bartol. in l. 99. de C. & D. n. 2. Paul. de Castro in l. 3. de leg. 1. n. 4 Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 10. tit. 5. n. 6. Nicol. Noalis de transmissione 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.

§. 7. Ulterius posset etiam limitatio Ulpiana usum habere in augmento rei legatae. 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. Ceterum an in materia heredis institutionis haec limitatio Ulpiani etiam usum habere possit, valde dubito. Certè in exemplis heredum sub ejusmodi tacita conditione institutorum, quae supra c.) recensuimus nihil videtur operari posse voluntas testatoris, unde etiam si testator v. gr. dicat: Titius heres esto, si tempore mortis meae, vel quando hereditatem adire vult, sit cum eo testamenti factio, & volo ut haec institutio pro conditionalis 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 quae institutioni adjecta est retrahitur ad tempus initii e.) ne videlicet defuncto partim ex testamento succedatur partim ab intestato, quae 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 deliber.
- e.) l. 28. §. ult. de stipul. Serv. l. 54. de acq. hered.
- f.) arg. l. 12. §. 2. fam. erisc. l. 66 de R. V.

§. 8. Porro ad condiciones improprie dictas refero etiam condiciones impossibiles, cum & ipsae non possint suspendere actum in eventum futurum ac incertum. Unde Cassius & Caelius 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 caelum tetigerit heres esto, & posterioris: c.) Titius si Stichum & Pamphilum (qui jam tempore testa-

menti mortui erant) manumiserit, heres esto, vel si mater & filia
mea vivent (& alterutra jam sit mortua.) Alia conditionis ex hy-
pothesi impossibilis exempla mutuabimur à Juliano d.) Javoleno
e.) & Papiniano. f.) Lucio Titio, si is heredi meo tabellas, quibus ei
pecuniam expromiseram, dederit, centum dato; (& tabulae testamenti
faciendi tempore nullae fuerint.) Si Stichus Attiae mille nummos de-
derit liber esto, (& Attia ante testamentum factum decessisset.) Pam-
philus, 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 adje-
ctâ ista sunt veterum Prudentum effata, eas pro non scriptis haberis:
a.) perinde esse quasi conditio adscripta non sit qua est impossibilis: b.)
non vitiari institutionem sub impossibili conditione factam. c.) Nota-
bilis 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 recen-
sendis suis effatis plerumque soleant adhibere. Præterea hoc ip-
sum 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 coelum non tetigerit (vocat impossibi-
lem conditionem in non faciendo; accuratius dixisset necessariam)
i.) secundum omnium Sententiam heres erit, perinde ac si purè in-
stitutus esset. Unde infero, si conditio verè impossibilis (Ulpianus
fortè dixisset: in faciendo) fuerit adjecta, non ex omnium senten-
tia 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 Pom-
ponius l. 16. in fin. de inj. rupt. irr. fact. test. c.) sic Ulpia-
nus

nus loquitur l. 1. de cond. instit. d.) l. 3. de C. & D. e.)
 Gutherius de jure manium lib. 3. c. 21. p. m. 528. Facit huc
 text. in l. 32. ff. de Obl. & act. 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 quæri 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 hactenus, quantum nobis depre-
 hendere licuit, nemo dubitavit, postquam videlicet Glossa non du-
 bitaverat. Neque dubium hic movet, ut suspicabamur, acutus a-
 liàs Jctus Jacobus Gutherius, sed & ipse Glossam *κατὰ τὴν ἰδέαν* in
 expositione hujus textus sequitur b). Licebit tamen, credo, nobis
 utramque negare, & ideò licebit, quia ut utramque negemus, ratio-
 nes habemus prægnantes & bonæ interpretationis doctrinæ con-
 venientes. Initio enim quis credat & qua ratione inductus cre-
 dat, impossibile esse alicui monumentum extruere intrà triduum?
Monumentum describit Florentinus c.) *quod sit res memoria causa
 in posterum prodita, in quâ si corpus vel reliquiæ inferantur, fiat se-
 pulchrum, si verò nihil eorum inferatur, sit monumentum memoria
 causa factum, quod Græci νεοτὸν φιλόν, 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-
 pulchrum 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 adjunctæ præprimis quæ fa-



Etum 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 certè 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 iussus, 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 finem p. m. 1203. e) conf l. ult. de cond. inst.

§. II. 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 possit oriri dubitatio. Quod si ad ejus verba provoces, ferè tot contra te ex verbis extruam argumenta, quot adsunt 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 hac conditione non prædicat, quod communiter Jcti de conditionibus impossibilibus prædicare solebant, eam haberi pro non scripta, aut, quæ ipsius phrasæ aliàs consueta est, eam haberi pro nullâ, a) sed asserit eam evanescere, quasi quæ antea ipso jure substituerit, sed effectu destituatur. b) Denique non impossibilem vocat istam conditionem, sed quasi impossibilem.

a) vide supra § 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 ho-
mini-

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 hypothesi impossibiles vocavimus, in eo differunt, quod etsi utrobique aliqua hypothesis præsupponatur, tamen superiores præsupposita ista hypothesi toti humano generi sint 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 eiusmodi conditione explicemus? Sane frivole id videtur ea conjectura, quod testator non simpliciter voluerat, monumentum sibi extrui triduo, quod ab omnibus facile præstari poterat, sed quod voluerit ædificari *triduo proximo mortis eius*. Hic certe, si heres materiam extruendo monumento aptam, & debito modo præparatam haberet, adimpletio conditionis non adeo erat difficilis; Quod si eam 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 milies 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, inqvies, annon sentis locum Pauli potius arma contra expositionem tuam suppeditare, tantum abest, ut pro eam firmandam 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 Ulpianus profiteatur, conditionem de qua ipse disserit, evanescere & ita heredis institutioni non obesse; Paulus contra istam conditionem difficili-

lem

lem legata libertati adjectam legatum ipsum vitiare doceat. Quod si igitur unquam, ita concludes, expositio legis absurda & insulsa fuit, certè Tua hæc erit Ulpiani textus explicatio. Sed bona verba, inquam ego. Ista decisionis Paulianæ & Ulpianæ diversitas nullius absurditatis in explicatione nostra index est, sed novi dissensus inter Paulum atq; Ulpianum & ita novæ antinomæ in Pandectis *κελευθησιν*. 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 ideò 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 adjectæ sint, b) quorsum videntur facere ejus verba: *Quia nec animus danda 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 dissensum 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, vitiare 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 intra 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 exactè non adimplevissent. Sed Ulpianus, quem jam supra laudavimus, quod rigorem regularum juris temperare incubuerit, magis ex bono & æquo definivit in hoc casu conditionem æquè 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 notum est, v.g. in promisso puro confestim & statim debitum peti posse, d) rectè tamen & ex æquo 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. Hactenus de conditionibus impossibilibus, cum quibus respectu heredum extraneorum æqualem effectum habent, conditiones turpes. Conditiones, ait Marcianus, a) contrâ Edicta Imperatorum aut contrâ leges aut quæ legis vicem obtinent, scriptæ, vel quæ contrâ bonos mores, vel derisorie sunt, aut hujusmodi, quas Prætores improbaverunt, pro non scriptis habentur, & similiter, ac si conditio hereditati vel legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve. Similiter Paulus: b) Conditiones contrâ 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 præstiterit 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, convenient 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 adjicientis est, ut vis negotii cui adjicitur debeat suspendi,

D donec

donec conditio illa existat 1) etsi leges vel Prætor postea easdem illis quibus adscriptæ sunt remittat. Unde & sæpius Jcti, dum accuratius de earum efficaciâ loqui instituerunt, non, ut Marcianus, eas pro non scriptis haberi asserunt, sed dicunt eas à legibus vel à Præatore remitti m). Quod autem impossibile est, remitti nequit. Posses ergo ex dictis veras conditiones 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 Juliam & Papiam. conf. Cujacium ad lib. 16. quæst. Papinianip. m. 401. Cui similis est, si mulier non nupserit, cujus Julianus meminit l. 22. de C. & D. d) vel muliebri, quæ sunt contra bonos mores. Cujacius d. l. e) quæ improbatur 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 Prætor 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. Scholam turpes conditiones 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 Jctorum; ita Originem errori videtur dedisse non rectè intellectus Papiniani locus b). *Quæ factâ ledunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, 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 asserat, sed *credendum esse ea nos non posse facere*, quæ phrasîs fictionem importat) tamen hic non ad *potentiam* sed ad *potestatem* seu *licentiam* respicit. Ferè enim in lingvâ latina ubivis receptum est ut *non posse* pro *licere* frequentissimè usurpetur, ut taceam, à verbis ad derivata non semper argumentari licere. Ita non possum inferre. Hic transfugit, ergo est *transfuga*, hic errat, ergo poterit *erro* appellari, hic hominem cædit, ergo pro *homicida* habendus 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 impossibilibus habere possent, cum de potentia in actum deducta, hoc est de conditione turpi adimpletâ disponant? *Reprehendenda tu magis es* rescripserunt Imperatores a) *quam mater tua.* Illa enim si *beredem 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 admitteretur *preferre lucro concordiam maritalem.* Enimverò cum boni mores hoc observari *ventent, sine ullo damno conjunctionem retinere potuisti.* Redi igitur ad *maritum, sciens hereditatem matris etiamsi redieris, retenturam, quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses.* Offert se hic nobis de adimpleta conditione turpi multa differendi occasio. An ea quæ hîc ab Imperatoribus disposita sunt, procedant etiam in delictis enormibus? An hîc inter legata & heredum institutiones differentia sit? An legatum vel hereditas auferri debeant, si post eadem acquisita quis conditionem turpem impleverit? Sed, ne longius abeamus à scopo, ab eâ dissertatione hîc 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 mixtâ, quarum eventus vel ex fortunâ vel ex honorata personæ voluntate vel ex utroque pendet.* Quibus verbis breviter præter morem tres conditionum species earumque definitiones enunciat. *Potestativa* conditio est quæ ex personæ honoratæ voluntate pendet, ut: *Titius heres esto, si Alexandriam pervenerit, b) si Capitolium adscenderit: 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 Asiâ venerit, sive à merâ fortunâ, ut: si cras tonuerit.

- a) l. un. §. 7. C. de caduc. toll. b) Ulp. l. 4. §. 1. de hered. inst.
c) Paulus l. ii. 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 quærimus. Miramur plerumque Doctores dum ad Pandectas commendantur, exempla mixtarum conditionum vel planè præterire vel ambiguè Lectorem remittere ad leges. Distinctius doctrinam de mixtarum conditionum exemplis exponere conatur Cujacius b). Quæ autem est mixta conditio, inquit, vulgò accipiunt pro ambigua, 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 Alexandria 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 quæm 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 ideò 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. ii. pr. de

436
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 adscenderit.* Sed mallem 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 duæ 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 adscenderit.* 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 hîc 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 adscenderit.* 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 dependent. 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 fortè illam excipere velis: *si voluerit,* quæ tamen & ipsa regulariter non est conditio vera per ea, quæ supra b) deduximus.

D 3

a) vid.

a) *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 testamentopareatur: 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 & Cuiacius b.) consentit. Ulterius ipse Imperator Justinianus c.) de conditione Servo apposita, non aliam conditionem *potestativæ* opponit quam *casualem*. Cum itaque *casualis* planè non à voluntate heredis dependeat, *potestativa* autem omnis, ut ipse Cuiacius 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 potestativæ* oppositam non dari. Facit pro hâc sententia, quod vocem conditionis *mixtæ* in Pandectis deprehendere non potuerimus, etsi vel centum leges à Doctoribus in doctrinâ de conditionibus citatas evolverimus; & præterea nec in Codice conditioni *mixtæ* diversus effectus à *potestativâ* conditione fuerit adscriptus.

a.) *l. 11. §. 1. de C. & D.* b) *vide §. 19.* c) *l. fin. Cod. de necessariis Serv. hered.* d.) *conf. interim §. præced. & §. 2.*

§. 22. Sed quid faciemus cum Justiniano, qui has tres conditionum species expressè constituit, & *mixtam* à *potestativa* separat? a.) Possemus equidem dicere: Tribonianum hâc parte lapsum fuisse, quod putaverit, *potestativam* conditionem illam esse, quæ tantum à potestate personæ honoratæ 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 vetat?

tat? à casuali in eo differentem, quod in mixtâ casus venerit ex ac-
cidenti, 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 condi-
tionis in potestativam & casualem? *Primum* ex Pauli loco supra
a.) adducto liceat repetere. *Potestativa post mortem* testatoris im-
pleri debent. *In Casualibus* nihil interest utrum vivo an mortuo te-
statore existant: Et ita quidem Paulus. Jam audiamus etiam Ul-
pianum b.) *Hec conditio*, inquit, *Filiae meae cum nupserit, talis est,*
ut qui testatus est, impleri solummodo conditionem voluerit; non sa-
tis egerit quando. Et ideo etsi vivo testatore nupserit, post testa-
mentum factum impleta conditio videtur, praesertim, cum conditio haec
talis sit ut semel impleri debeat. Atqui haec conditio: *Filiae meae*
cum nupserit, potestativa est. An igitur hic Paulus & Ulpianus
dissentiant? Ita videtur quidem pronunciandum esse, praepimis,
si cum hoc Ulpiani textu jungamus verba Mæciani: c.) *Conditio-*
num quae in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quaedam ad
id tempus quo testator vivat, quaedam ad id quod post mortem ejus
futurum sit, quaedam ad alterutrum pertineant: tempus autem vel
certum vel infinitum comprehendatur,--. Ut haec conditio: *Titiae si*
mibi nupserit, non dubio nisi vivente Testatore, illa autem: Si ad exe-
quias 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 om-
nes 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 quemadmo-
dum inter Mæcianum & Paulum facile conveniet, si dicamus, utri-
usque sententiam ex utriusque verbis restringendam, & limitan-
dam esse; (Pauli quidem dicentis: conditiones potestativas tan-
tum post mortem adimpleri debere; ex Mæciano, nisi negotii na-
turâ suadeat eam vivo testatore debere adimpleri, ut in casu: Ti-
tiae, si mibi nupserit. Mæciani verò, asserentis: conditiones quae
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 hîc ideò dissensus non poterit statui , quod aliàs 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 obscure 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 hîc filia fuerit, cui conditio potestativa sit adjecta, vel quod hîc 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 potestativas & casuales momentum habet in conditionis deficientia, *Casualis* conditio deficit, si quocumque modo impediatur ejus eventus. Sed in *Potestativa*, quæ eadem simul & mixta est, distingvendum, utrum heres conditionem adimplere *nolit*, cum facile possit, an ejus adimplementum ipsi reddatur *difficile*. Ibi conditio deficit. Hîc vel difficultas oritur *ex impedimento alterius hominis*, vel à *mero casu*. Quod si conditio impediatur ab alio homine, tunc unanimiter Jcti veteres

res

res statuerunt, conditionem haberi pro impleta. a) Ex infinitis aliquot 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 morati fuerint; & filius in militiam profectus sit quibusdam Romæ relicis, d) aut continuo peregrinetur, & libertis sustentationem præbere nolit, e) aut liberti à tutore fuerint impediti f). 4. Si negotia Caji gesserit & Caju prohibeat g). 5. Si rationes reddiderit & heres causetur rationes accipere. 6. Si in Hispaniam profectus 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 Pant. de condit. inst. tb. 13. qui distinguit, an per eum stet, in cuius persona impleri debuerit conditio, & tum sententiam nostram admittit: an per extraneum fiat impedimentum, ubi conditionem pro impleta non haberi asserit. Sed quemadmodum hanc ejus opinionem satis refutant exempla 1. 2. & 3. à nobis hîc adducta, ita nec eadem probatur per l. 23. §. 2. ad l. Aquiliam. 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. eod. d) l. 84. eod. 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. eod. l. 3. §. 7. 8. 11. eod. i) l. 5. §. 5. quando dies legat.

§. 26. Quod si vero conditionis potestativæ eventus impediatur 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 uxorem duxerit, ex hære 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 emolumento portionum eventu nuptiarum discretos. Eadem fuit sententia Ulpiani b) Mortuo vel manumisso Stichò vivo testatore qui ita heres 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 Sticho nemo dicet 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 manumisses, 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. instit. 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 sunt, & 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 deficere, si antequam legatarius dederit pecuniam, Titius moriatur. Fuisse autem hanc in quaestione dissensum inter Juratos ferè indicant ea quae Paulus habet, & ipse in sententiam posteriorem inclinans. c.) Is, cui Servus pecuniam dare jussus est, ut liber esset, decessit. Sabinius; 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 dissensum 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, innuentia, Ulpianum cum reliquis conditionem pro impleta haberi voluisse, etiamsi is in cujus personam adimpleri debuerit mortuo testatore fuerit extinctus, vel certè Paulum cum asseclis 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. th. 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 conditione, 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 & asseclas 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 quæreretur; 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 potuerit, & 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 etiamsi Stichus vivo testatore fuerit mortuus, inde constat, quod non solum generaliter & absque distinctione loquantur, sed & quod integer contextus dictorum Jctorum ostendat, eos in quæstione 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 quæstionem 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 quæstio ac si ex hypothese juris novi quæfisset de adjecto ante mortem testatoris fatis 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

et iterum eadem est ratio morientis vivo testatore, quam eius 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 impletà 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, siue vivo eo, siue 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 vitatur. E contrario quando moritur testator conditione adhuc possibili, testamentum per conditionem istam qualificatur & cum eâ ita subsistit, ut aut impleri conditionem, aut totum relictum omitti oporteat. Sufficit enim impleri potuisse conditionem post mortem testatoris, ut maximè omni tempore postidea impleri nequeat. Hic nihil urgeo, quam, si hæc 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 jussum ad hereditatem non admitti, si post mortem testatoris Caja ipsi nubere nolit, cujus tamen contrarium supra d.) deduximus.*

a.) in disp. inaugurali de conditionibus thes. 124. b.) l. 10. l. 19. de C. & D. conf. supra § 23. & 24. c.) d. disp. th. 125. d.) vid. §. 25.

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



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 audivi , nihil audivi quod cum haecenus à me traditus 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 damnus 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. l. 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. r. l. 9.

§. 33. Sed audio te reagentem : Non evades quocumque te veritas. Transeat Julianus, restat Ulpianus, ita à Te supra a.) expositus, ac si statuatur, conditionem haberi pro impleta, sive adjectus 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 adjecti 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 dubiè notas mentis suæ apposuisset, quas alias 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 & antimoniae? Quid id ad me? Cura ut tibi Tribonianus respondeat. Ast 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, repetitæ prælectionis. Hic enim uti aliàs Pandectis derogat, ita videtur ibi Tribonianus cum Imperatore Alexandro in hæc verba rescribente: b) *Legatum à patruo relictum tibi, si filio ejus nupissēs, cum mortuo filio priusquam matrimonium cum eo contraheres, 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 satis a) Tertio Heredes extranei sub casuali pariter & potestativâ b) conditione possunt institui, sui non nisi sub potestativâ, c) de quo posteriori & sub quâ scilicet conditione filius & alii sui heredes possint institui jam disquirendum erit. *Questionem hanc difficilem esse & materiam habere in quâ 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, omisis. Nos secundum ductum eorum, quæ hæctenus 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 scripsi*. 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. Gallus. 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 conditio-
ne necessariâ. Ratio eadem, quæ in priori positione, quoniam
hæc non est conditio a.)

a.) *vid. d. § 3.*

§ 37. III. Suus heres poterit institui sub condi-
tione tacitâ. Fluit & hæc positio ex iis quæ supra a.) col-
legimus.

a.) § 4. & 5. *adde l. 86. de hered. inst.*

§ 38. IV. Suus heres potest etiam institui sub
conditione impossibili. Quia nec hæc est propriè dicta con-
ditio a.) Dissentiunt Doctores communiter b.) partim quod con-
ditio 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, & su-
pra §. 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 condi-
tione turpi. In hoc est prima differentia inter filium & extra-
neum heredem. In extraneo remittebatur conditio ut in effectu
idem esset, ac si hæc conditio non fuisset adjecta; a.) At in filio vi-
tiat institutionem. *Filius qui fuit in potestate* ait Papinianus b.)
sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant,
testamentum infirmit patris, ac si conditio non esset in ejus potestate.
Ratio igitur hujus positionis est, non quod hæc conditiones sint im-
possibiles, ut malè vulgò, c.) sed quod non sint potestativæ. De-
pendet igitur ratio hujus à positione sequenti.

a.) *vid. §. 15. seq.* b.) *l. 15. de cond. inst.* c.) *vid supra §. 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 li-
ceret instituere, præteritus 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 facie-
bant

bant nullum c.) Jure novo itaque quoniam & his præteritis testa-
mentum 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
condicione non posse institui, limitatur, nisi sub contrariâ condicione
fuerint exheredati a.) quod quidem Jure Institutionum & Co-
dicis procedet, quippe quo testamentum subsistebat, si modo libe-
ri non essent præteriti, sed aut instituti aut nominatim exhereda-
ti b.) sed postquam in Novellis c.) disposuit Imperator, non licere
in posterum liberos nisi ex causis ingratitudeis exheredare, ad
quas conditio casualis referri non poterit, haud dubiè ista limita-
tio 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 condicione mixta dicemus? An & sub
hâc valebit filii institutio? Ita certe, cum omnis potestativa fit
mixta. a.) Non miraberis tamen quod Doctores communiter b)
asserant contrarium, quia non potuerunt aliter, cum conditionem
mixtam potestativæ contradistinxerint. Sufficiat nobis, quod nul-
lo textu probare queant, vitiosam fuisse filii institutionem sub mix-
tâ condicione factam. Provocatur equidem ad Constitutionem
Alexandri c.) *Cum trans mare & longè te agentem sub hâc condicione
heredem scriptum esse dicas, si in patriam quæ in Provinciâ Mauri-
taniæ 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 prohiberis.* Sed ad hanc legem petemus respon-
sionem ex mox d.) dicendis. Ex Pandectis quod huc trahi pos-
sit, 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 no-
lit se arrogandum dare, erit filius heres, quasi expletâ condicione.*
Sed quemadmodum hic textus pro nobis non poterit adduci, quo-

F niam



niam hic filius simul sub contraria conditione fuit exheredatus, ita tamen nec hæc exheredatio iuvabit 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 Frantz. 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 hæcenus 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 repudiasse censetur. 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*, demum 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 vitiabitur. 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. §. 6. de hered. inst. l. ult. de cond. instit.* d.) *l. 4. C. de inst. & Substit. vide §. preced.*

CAP.

CAPUT ULTIMUM.

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

SUMMARI A.

Presupponendum 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, si matrimonium Lucii fuerit occultum th. 2. siue notorium th. 3. & quamcunque opinionem de Aurelio Claudio habuerit Lucius th. 4. Quid de probatione filiationis & Et statuerint? th. 5. & 6. An quis verè probare possit se esse filium? Affirmatur contra Palæottum. thes. 7. & 8. Probatio & presumptio quomodo differant th. 8. Probationes filiationis pariunt presumptionem 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 explicationes 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 quaeritur, 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 & adeò 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 vero 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 praevia 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 praesupposuisse videtur Paulus. Annon & hoc casu valebit testamentum? Paulus respondit, filium de quo quaereretur, non sub ea conditione institutum videri, quae in potestate ejus est, & ideo testamentum nullius esse momenti. Quid ais Paule? Nullius momenti esse testamentum? Videris haec dixisse in somniis. Nam si 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, utpote 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 sua intercessisse, d.) quod facile per vicinos & alios scientes facere poterat. e.)

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

§. 3. Quod si 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 tacitâ 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.) Porrò & potestativa hic magis videtur ea conditio, quàm 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 jure 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 hypothese vitiabitur 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 § l. 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 verò opinionem testatoris attinet & hæc valori testamenti non obstabit. Nam si Aurelium Claudium pro filio suo agnovit, non est dubium quin eadem rationes pro testamenti valore militent, quas hæcenus recensuimus. Quod si non agnovit, quod ex verbis institutionis videtur verisimile, quoniam instituit eum sub nomine proprio adjecta aliquâ demonstratione (si enim voluisset instituere, 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 subfuisse 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 quodcumque 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) *Afferret 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 hîc colligere, quæ abunde in hæc materia congesserunt 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 præsumt. reg. 3. præsumt. 37.* d) *de nobis & spuris c. 22. & seqq.*

§. 6. Igitur quæd 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 sententia contrâ matrem adulteram lata filio non præjudicet, g) maximum tamen præiudicium 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 præiudicium afferre pro filio confessionem patris, i) sed & matris professionem, imò & avi recipiendas esse, k) hætenus tamen ut per nudas has asseverationes & fortè eumentitas professiones præiudicium 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. ad l. Jul. de adult. Præsumtionis hujus rationem item ampliationes & limitationes vide apud Mascardum concl. 789. n. 6. usq; ad num. 20. cum quo tamen omninò junde Nevizanum Sylv. nupt. lib. 1. n. 51. seqq. adversus rationes dictæ præsumtionis non malè disputantem. f) Imp. Probus l. 9. C. de nupt. g) d. l. 11. §. 9. de adult. 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.



§ 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) distingvit probationem in necessariam, probabilem & præsumtivam. Necessariam ait intelligi quoad solam matrem, ut quæ semper sit certa, probabilem quoad patrem, cum domi natus est filius, b) & præsumtivam quæ conjecturis & præsumtionibus nitatur. Sed cum obscurum sit, quomodo differat probatio, quam probabilem vocat Menochius, à præsumtiva, inde paulo accuratior est distinctio Mascardi c) duplicem esse modum probandi filiationem, verum scilicet & præsumtum; verum quoad matrem regulariter, quamvis & hic aliquando præsumtus admitti debeat, d) præsumtivam 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 illumq; foemina 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 clausas etiam obseratasque valvas nonnulli furtim ingressi sint, cum à nemine conspici possent, nuncq; pueros fascinasse, nunc cum alienis uxoribus congressi esse tradantur. Prætereà 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. Grot. de J. B. lib. 2. c. 7. §. 8. & 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. & 10.*
- g) *de notis & Spuriis c. 21. n. 7. & 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 & præsumptioni juris & de jure similis est, hæc opinionem saltem, & producit præsumtionem juris modo leviolem modo fortiorem. 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 omninò locum habere probationem inartificialem necessariam & nobilissimam, & in eo videri lapsum esse Palæottum, quod probationem saltem esse putaverit illam inartificialem cum testes immediatè de negotio deponunt. 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 reverâ 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? Distingendum 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 jure. 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 justo matrimonio desumitur, ut adeò mirari factis nequeamus, quo pacto Doctores non pauci eò adduci potuerint, ut defenderint, eum qui ex marito & uxore natus est, præsumi filium mariti etiam per præsumtionem juris & de jure, c.) cui sententiæ apertè contradicunt ea quæ docet Ulpianus, d.) cuius mentem & intentionem, si accuratius inspexissent Jcti 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 quæsitatas attulissent. Indigna sententia tam acuto Jcto, qualis Wissenbachius 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 & alendis liberis arcessunt, ubi etiam Juliani similis sententia ab Ulpiano refertur f.) non reputantes videlicet istam materiam, ab eâ quam hic exponit Ulpianus, toto cœlo esse diversam. g.) Sed quid his*

447 56

his ambagibus est opus? Plana est sententia Ulpiani. Recenset initio regulam de præsuntione filii ex justo matrimonio nati. Deinde quæstionem tractat: an adversus hanc præsuntionem admittatur probatio contraria? Julianus distinguebat: utrum maritus fuerit absens an verò cum uxore sit assiduè moratus. Priori casu præsuntionem istam per contrarias probationes vel etiam præsuntiones, qualis ista, si v. gr. maritus per decennium abfuerit, posse elidi, non verò casu posteriori. Hic Ulpianus prius membrum sententiæ Juliani sibi placere ait, in posteriori verò se à Juliano dissidere. Qualis ergò in hâc doctrinâ Ulpiani jocus aut nugæ? 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. tb. 28.*
- f.) *l. 1. §. 14. de agnosc. & alendis liberis*
- g.) *conf. plura apud Feltmann. in comm. ad d. l. 6. Dn. Struv. Exerc. th. 44.*

§. 10. Revertor ad Paulum. Qui regulas bonæ interpretationis nequaquam prætergressus est, dum respondit, filium sub conditione, si se filium esse probaverit, heredem institutum, non sub conditione, quæ in potestate eius est, institutum videri, & ideò testamentum nullius esse momenti. Uti enim id quidem rectè definitum fuit superius a.) opinionem testatoris de filio in huius casus decisione non attendi debere, sed perinde esse sive Lucius Titius Aurelium Claudium pro filio agnoverit, sive pro filio non habuerit, sive deniquè 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, diversæ quoque voluntatis coniecturæ elici possunt. Priori casu ea videtur fuisse mens defuncti: ut probaret Judici, quocunque 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 potestativâ non habuit haud dubiè exinde. Cum omnis probatio sit actus quo mediante Judici fidem facimus super re dubiâ, c.) sequitur exinde, probationem quidem eiusmodi factum esse, quod à probante incipit, & hætenus in eius potestate est, ut possit mediis ad fidem Judici faciendam uti & non uti, multum tamen non saltem ex post facto, sed ex naturâ suâ admixtum habet de casu fortuito; tùm si media concernas, tùm 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, tùm quod apertum sit, in delatione juramenti medium vincendi causam transferri à deferente, in potestatem eius cui juramentum defertur, tùm quod Juramenti delatio rarissimè in probatione filiationis locum habere possit. At de testibus constat, non esse in potestate probantis, ut testes inveniatur, tùm, si invenerit, ut dicant, quod probanti conducit. Similiter casu contingit & fortuna, ut quis documentis ad probandam causam sit instructus. Denique etsi media probandi adsint 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. communiter ad tit. ff. & C. de probat.* d.) *vid. Brunnem. ad l. nostram 83.*

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

etioni 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 impeditus 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 accidenti 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 præsumatur aliquem tantillum pecuniæ habere. Non autem ita præsumi- 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 hîc laxius est. a)

a) *Conf Mascard. concl. 790. seqq. Palæottum c. 22 seqq.*

§) 13. Jam verò sponte suâ ruunt, quæ suprâ contra 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 filium probaverit*, in eo de quo non constaret an ex iusto 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 responsio 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. Aurelium 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 83.*

§. 14. In altero casu: Si matrimonium Titii cum matre Claudii notorium fuisset, insuper objiciebatur: a) conditionem, hanc inter necessarias esse referendam, & æquipollere isti, *si digito cælum non tetigerit*, quoniam tunc filius probatione non habeat opus, sed per præsumptionem legum tutus sit. Sed aperta ut puto inter condiciones necessarias & istam conditionem est differentia. Necessaria conditio est, cujus contradictoria est impossibilis. Hic verò non impossibile erat, ut probaretur contrarium: Aurelium Claudium non fuisse Luci Titii filium, quoniam ut supra b) ostendimus, 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 præsumatur*. Unde non poterit extraneus, si sub conditione probationis fuerit institutus, se liberare ab adimplitione conditionis dicendo, quod probatione non habeat opus, quia præsumptione tutus sit; præsumptio enim non est probatio, quod latius ostendimus supra. c) Conditio verò omnis regulâriter in formâ specificâ adimpleri debet, non per æquipollens. d)

a) *su-*

449 38
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 voluimus, non tamen ut puto, minus necessaria. Superfedemus autem jam prolixè aliorum opiniones examinare de hujus legis interpretatione, & præprimis Menochii, a) qui uti inter eos quos evolvimus, de ejus intellectu solus ferè plura attulit, ita videbatur multifariam censuram mereri ejus expositio. Sed non alia hîc afferre 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 suprâ c) demonstravimus. Posses etiam ex Glossâ quærere. Quid de hoc casu pronunciandum? *Aurelius Claudius filius meus heres esto, si probaverit Mevium 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) & adeò simul notanda ampliatio legis nostræ, quod non valeat institutio Filii sub conditione cuiuscunque rei probandæ.

a) *d. cas. 89.* b) *ad l. nostram 83.* c) *hic cap. 3. §. 8.* d) *per dicta §. 10.*

§. 16. Sed cui usui, inqvies, tot chartæ folia his nugis maculasti? Senferit Paulus quod voluerit: Rectè definiverit 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 conditiones 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. 39. 32. & 36. C. de inoff. testam. conf. Dn. Schilter. exerc. 38. ad Pand. §. 98.*

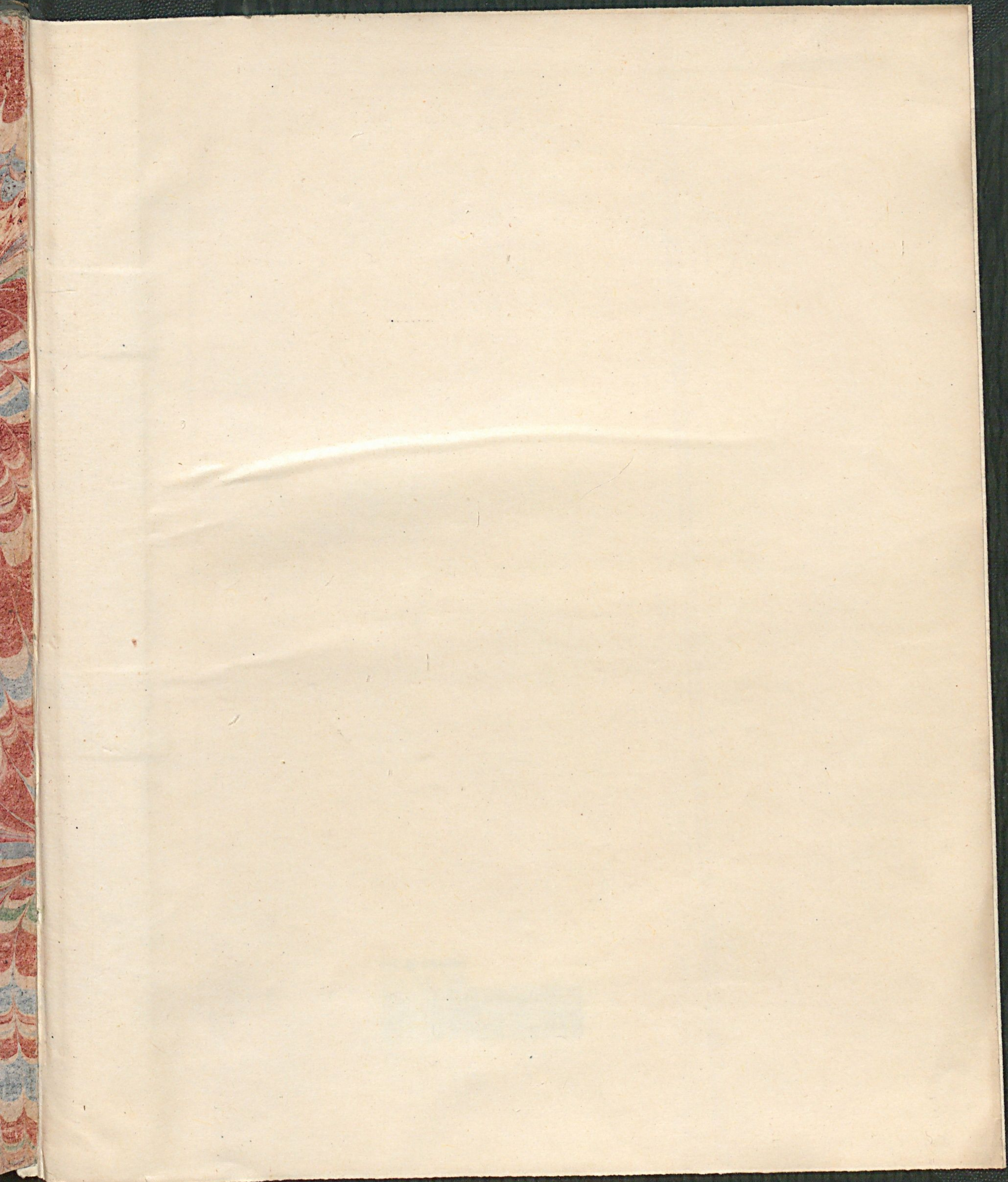
§. 17. Aptæ est profectò hæc increpatio ad ruborem nobis excutiendum, præprimis si perpendamus quod Jason a) ait,
com-

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 certe larvam istam non timemus. Animum erigit, quod Frantzkius b) scribit, isti Jasonis & 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. Fecerunt id prolixè Frantzkius c) & Bachovius d) at quanti Juris Consulti! Hos excubere nolo, præprimis cum eorum synopsis 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. th. 3. lib. d. e) Exerc. 33. th. 47.

S. D. G.



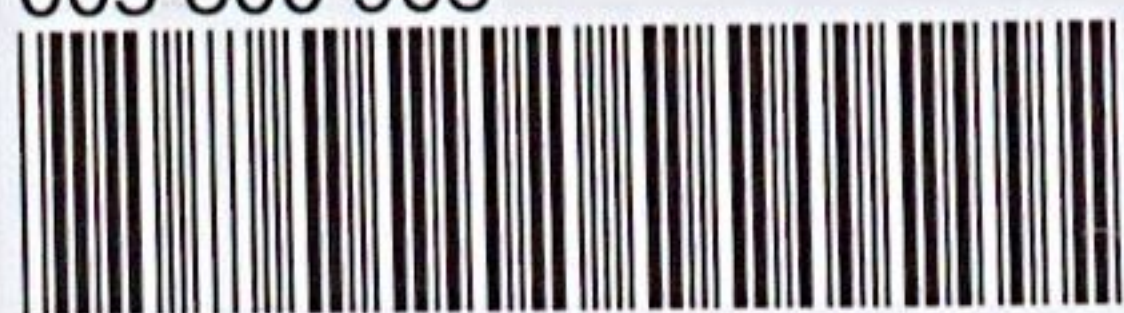




Leipzig, Diss. 1686

ULB Halle
005 300 908

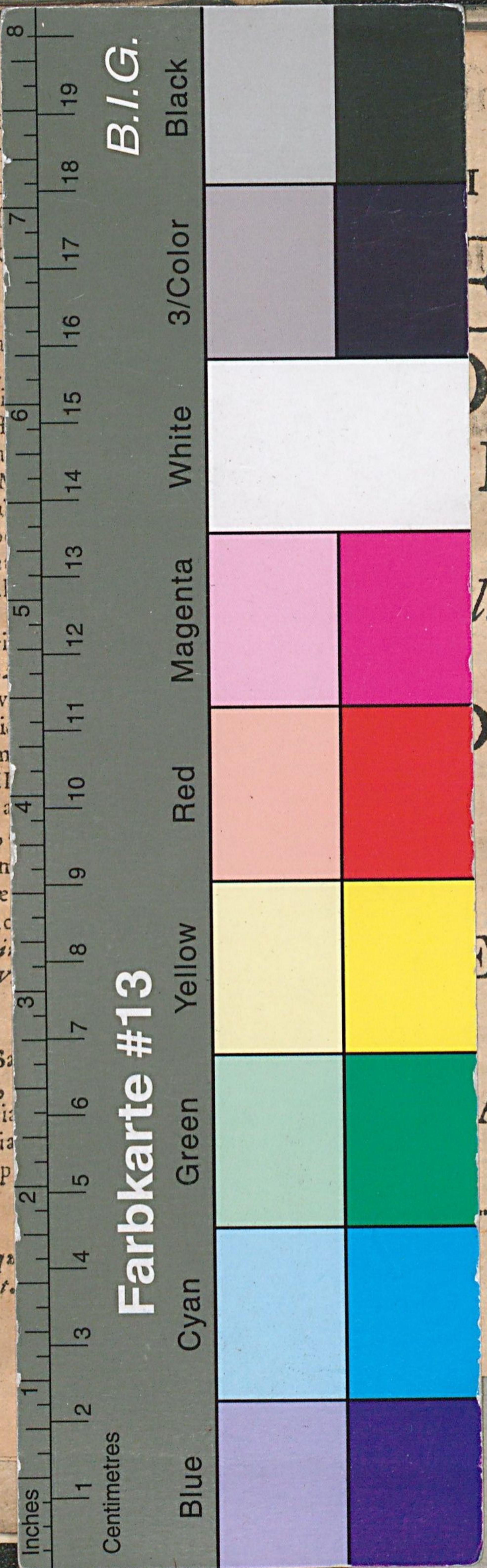
3



V177







B.I.G.

Farbkarte #13

N^o: III.

Quod Felix Faustumq^{ue} sit!

1686, 11. 9. 17
422

DISPUTATIONEM JURIDICAM
E FILIO, SUB
NDITIONE, SI SE
LIUM 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.

