





DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA  
DE EO

QVOD IVSTVM EST CIRCA  
CONDITIONEM

QVAM  
TESTATOR INSERERE  
DESTINAVIT  
NEQVE TAMEN INSERVIT

*ad L. 9. §. 5. ff. de heredib. instit. & L. 8. C. de institut.  
& substitut.*

---

QVAM  
EX DECRETO  
ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS  
IN ALMA LVDOVICIANA  
PRAESIDE  
D. FRANCISCO IVSTO KORTHOLTO  
ACADEMIAE PROCANCELLARIO

PRO  
SVMMIS IN IVRE HONORIBVS ET PRIVILEGIIS  
DOCTORALIBVS RITE OBTINENDIS  
IN AVDITORIO SOLLEMNI  
PVBLICO PROCERVVM ACADEMIAE EXAMINI

SVBICIT  
AVCTOR  
IOHANNES HENRICVS HEISE

HAMBVRGENSIS.  
AD DIEM XX. SEPTEMBR. MDCCCLXVI.

---

GISSAE,  
APVD IOHANNEM IACOBVM BRAVN.

*18. Kortholt's de conditione, quam testator inserere*

*0, 112.  
7/100.  
1766, 5<sup>b</sup>*







DISSERTATIO

DE EO, QVOD IVSTVM EST CIRCA CON-  
DITIONEM, QVAM TESTATOR INSERERE  
DESTINAVIT, NEQVE TAMEN  
INSERVIT.

§. I.

FREQVENS SCRIPTI ET VOLVNTATIS QVAESTIO.

**S**cripti, & voluntatis frequentissimam inter  
consultos quaestionem esse, & partem ma-  
gnam controuersi iuris hinc pendere, re-  
cte dixit, variisque subiectis exem-  
plis illustrauit QVINCTILIANVS. a) Pertinet il-  
lud tam ad leges, de quarum interpretatione  
A 2 vtrum



utrum *verbis*, an aequa legislatoris *sententia* sit standum? praecipue apud Romanos olim est disputatum *b)*; quam ad *negotia hominum*, contractus putata & ultimas voluntates, ubi genuinum scopum & animum disponentium adsequi eo difficilius esse solet, quo magis tales dispositiones variae & in infinitum diffusae sunt, raro vnā eandemque voluntatem, aut iisdem verbis explicatam, complexae.

a) *Institut. orator. lib. VII. cap. VI. add. CICERO de inuent. lib. II. cap. XL. sqq.*

b) De pugna inter interpretationem *grammaticam* & *logicam*, quae apud Romanos post *latas leges XII. tabularum* obtinuit, & quam horrida inde & deformis iurisprudentiae facies, ab omni aequitate remota, orta sit, egregie docuit B. IVSTVS HENNINGVS BOEHMERVS duplici dissertatione, altera de *interpretationis grammaticae fatis*, & *usu vario, in iure Romano*; altera de *verbis directis & obliquis*, quae in ipsius *exercitationibus ad pandectas* reperiuntur *Tom. I. pag. 22. sqq. & pag. 94. sqq.*

## §. II.

### DIFFICULTAS ISTIVS QVAESTIONIS.

Quamuis vero minime destituamur principiis, hac *verborum* & *mentis* obscuritate atque contrarierate nos expediendi, quae tum recta ratio suppeditat, tum *leges positivae* diferte praefiniunt atque constitu-



stituant; nouam tamen, eamque non minimam difficultatem adferunt ipsae hae leges, quae qualis in dubio interpretatio in negotiis hominum praefenda sit, praecipunt, dum aliae omnem voluntatis quaestionem, quando in verbis nulla deprehenditur ambiguitas, prohibent; aliae voluntatem verbis simpliciter anteponunt; aliae denique neque id, quod scriptum dictumue est, neque animum attendendum volunt, sed totum negotium conuellunt atque ad nihilum redigunt.

## §. III.

LEGES, QVAE VOLVNTATIS QVAESTIONEM PROHIBENT, SI VERBA SVNT CLARA.

Quod a scripto, si perspicuum est, non recedendum, nec voluntatis quaestio admittenda sit, clare pronunciat PAVLVS in L. 25. §. 1. ff. de leg. 3. *Cum in verbis, inquit, nulla est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quaestio.* Idem docet MODESTINVS in L. 19. ff. de usufr. leg. cuius verba ita habent: *Si alii fundum, alii usufructum eiusdem fundi testator legauerit: si EO PROPOSITO fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur.* Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: *Titio fundum detracto usufructu lego: Seio eiusdem fundi usufructum heres dato: quod nisi fecerit, usufructus inter eos communicabitur, quod interdum PLVS VALET*

A 3

SCRI-



SCRIPTVRA, QVAM PERACTVM SIT. Facit etiam huc praecipue CELSVS in L. 7. §. 2. ff. de supellect. leg. vbi, postquam de hac re in vtramque partem disputasset, atque diuersas SERVII & TVBERONIS sententias, quorum ille, verba non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu exaudienda esse, voluit: hic vero, neminem existimandum esse dixisse, quod non mente agitauerit, defendit, retulisset, tandem concludit: sed etsi magnopere me TVBERONIS & ratio & auctoritas mouet, non tamen a SERVIO dissentio: non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit; nam etsi prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.

§. IV.

LEGES, QVAE VOLVNTATEM VERBIS  
PRAEFERVNT.

E contrario voluntatem verbis anteponit non tantum VLPIANVS in L. 9. §. 2. sqq. ff. de hered. instit. Si quis non in corpore errauit, sed in parte, puta si cum dictasset, ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, CELSVS posse defendi ait, ex semisse heredem fore, quasi plus nuucupatum sit, minus scriptum: quae sententia rescriptis adiuuatur generalibus. Idemque est, si ipse testator minus scribat, cum plus veller adscribere. Sed si maiorem adscripserit testamentarius, vel  
(quod





(quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem; PROCVLVS putat ex quadrante esse heredem: quoniam inest quadrans in semisse: quam sententiam & CELSVS probat. sed etiam PAVLVVS in L. 15. ff. de leg. 1. Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit: Proculus recte ait, posse defendi quartam legatam; quia inest dimidia. Idem erit & si quinquaginta voluit legare, & centum scripta sint: quinquaginta enim debebuntur. Sed & si plus legare voluit, & minus scripsit, valebit legatum. Praeterea ipse IVSTINIANVS in L. 3. C. de liber. praeter. generatim edicit: cum manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valet, ut melior sensu existat. Add. L. 35. §. 3. ff. de hered. instit. L. 12. in f. ff. de leg. 1. L. 52. §. 4. L. 95. de leg. 3. L. 8. ff. de suppell. leg. L. 18. §. 3. ff. de instruct. & instrum. leg.

§. V.

LEGES, QVAE OB SCRIPTI ET VOLVNTATIS  
CONTRARIETATEM TOTVM NEGO-  
TIVM CONVELLVNT.

Denique neque id, quod scriptum est, neque animum attendendum, sed totum negotium nullum & inualidum esse, si verba voluntati non respondeant, decidit laudatus modo VLPIANVS in d. L. 9. pr. & §. 1. *Quotiens volens alium heredem scribere,*  
alium



alium scripserit, in corpore hominis erratur (veluti frater meus, patronus meus): placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur; neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est. Et si in re quis errauerit, ut puta dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debetur. Hoc siue ipse scripsit, siue scribendum distauerit. Eadem repetit ille in L. 4. pr. ff. de leg. 1. Quodsi quis, cum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri: POMPONIVS scripsit, vestem non deberi: quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri: vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt: hominum mutabilia c). Inprimis quoque huc pertinet d. L. 9. §. 5. ita habens: Tantundem MARCELLVS tractat & in eo, qui conditionem destinans inferere non addidit, nam & hunc pro non instituto putat. Quem locum praecipue enucleandum mihi fumsi, qua de re deinceps.

- c) Per vocabula rerum verba appellatiua; per hominum vero verba propria intelligi notum est. Illa dicuntur immutabilia, quod sunt publica & communia, diuturno vsu totius populi comprobata, a quo non potest quilibet pro arbitrio suo recedere, eorumque significatum mutare. Haec mutabilia, quia rei siue personae singularis designandae causa reperta, ideoque priuata



nata sunt, & pro arbitrio cuiuslibet & imponuntur  
& mutantur. vid. VINNIUS ad §. XXIX. I. de leg.  
quaeque ibi notauit HEINECCIUS.

## §. VI.

## CONCILIATIO LEGVM HACTENVS ALLATARVM.

Quantam operam nauarint iuriscōsulti in explicandis & conciliandis legibus hactenus allatis, constat inter omnes d). In vsum hic insignem illam, quae quondam apud Romanos obtinuit, differentiam inter verba *directa* & *obliqua*, quorum illa in iure determinata peculiarem suam habebant efficaciam; haec vero quibuscunque exprimi poterant orationibus e); vocandam esse, res ipsa loquitur. Plura namque ex scrupulosis istis verborum sollemnitatibus atque formulis in legibus, maxime pandectarum, quae ex illorum Ictorum scriptis, qui vsum verborum sollemnium suo adhuc tempore supposuerunt, sunt collectae, superesse vestigia, cuius est obuium, & vel ex sola supra laudata *L. 19. ff. de usufr. leg.* patet, vbi, si testator alii fundum, alii vsumfructum eiusdem fundi legauit, licet id eo proposito fecerit, vt alter nudam proprietatem, alter totum vsumfructum haberet, nihilominus ob significatum fundi *ciuilem*, qui etiam vsumfructum continebat f), inter vtrumque vsumfructus communicatur.



nicatur. Etenim non negabant quidem veteres prudentes, sententiam testatoris adspici oportere: quotiescunque vero non ambigebatur, quin vocabulum, quo ille usus erat, aliquid comprehenderet, vel non comprehenderet, qualiscunque fuerit mens & voluntas testatoris, a scripto non erat recedendum g). Et huc etiam pertinet, quod in *L. 25. §. 1. ff. de leg. 3.* dicitur: *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non est admitenda voluntatis quaestio.*

d) conf. VAL. GVIL. FORSTER *de iuris interpret. lib. I. cap. IV.* in EVERH. OTTONIS *thesaur. iuris civilis Tom. II. col. 974. sq.* Nouissime egregie in hoc argumento versatus est IOSEPHVS AVERANIVS *Interpretat. iuris lib. III. cap. XVIII. sqq.*

e) I. H. BOEHMERVS *de verbis directis & obliquis, §. VII.*

f) *L. 10. ff. de usu & usufr. leg. L. 56. §. 7. ff. de verb. oblig.* Vnde etiam fundus dari non intelligebatur, si usus fructus esset detractus. *L. 58. ff. eod.*

g) *L. 7. §. 2. ff. de suppel. leg. AVERANIVS loc. cit.*

### §. VII.

#### CONTINVATIO.

Quemadmodum vero in *fideicommissis* voluntas magis spectata fuit, quam verba h); & praeterea, si error in *quantitate* esset commissus, intentio scribentis seruata est contra scripturam, quorsum, quae supra de testatore, qui pro semisse quadrantem, vel



vel vice versa pro quadrante semissem scripsit, sunt dicta i), pertinent: ita generatim in testamentis solemnitas verborum & omnis differentia inter verba directa & obliqua sublata est ab Imp. CONSTANTINO II. per L. 15. C. de testament. quae ita habet: *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas & iudicia mortuorum: placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observationem, utrum imperatiuis & directis verbis fiat, aut inflexis: nec enim interest si dicatur, heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit: sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat: si modo per eam liquebit voluntatis intentio: nec necessaria sunt momenta verborum, quae forte seminecis & balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnitas verborum necessitas: ut qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, & quibuscunque verbis vii liberam habeant facultatem.* Id quod deinde IVSTINIANVS tum in L. 2. C. commun. de legat. & fideicommiss. qua legata cum fideicommissis exaequauit; tum in L. 5. C. de necessar. seruis hered. instituend. vel substituend. vbi antiqua dubitatio: utrum, si seruus sine libertate heres esset institutus, vel legatum ei relictum, eiusmodi institutio vel legatum vires possit habere?



affirmatiue est decisa; tum in *L. 3. C. de liber. praeter. vel exheredat.* vbi exhereditatio filii verbis communibus: *ille filius meus alienus meae substantiae fiat*, facta, pro iusta & legitima declaratur, addita ratione, quod cum manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valere debeat, vt melior sensu existat, vltcrius firmavit atque stabiliiuit. Ab hoc igitur tempore nulla superesse poterat dubitatio, maiorem voluntatis quam verborum habendam esse rationem, & sic, probe obseruante B. BOEHMERO *k)* plures controuersias, quae vulgo mouentur in testamentis & legatis, quaeque vnice in litem vocatae sunt propter verborum inanium captiones, vti vocantur in *L. fin. C. qui admitti ad honor. possess. possunt*, hodie amputatas & sublatas, corruere *l)*.

*b) L. 25. in fin. ff. de leg. 3. L. 16. in fin. C. de fideicommiss.*

*i) Ratio, quae in L. 9. §. 3. ff. de hered. instit. & L. 15. ff. de leg. 1. redditur, quod nimirum quadrans misit in femisse, adaequata non est. Si enim hoc esset, quando aliquis scriptus est in quadrante, cum scribendus esset in femisse, non foret heres in femisse, quoniam non inest femis in quadrante. Vera igitur ratio est, quod error in quantitate actum non vitiat. conf. AVERANIVS loc. cit. lib. IV. cap. XVI. num. 1.*

*k) de verb. direct. & obliq. §. VI. in fine.*

*l) Sic non est ambigendum, in specie supra relata, si nimirum vni fundus & alteri vltusfructus est relictus, iure*



iure nouo vsufructum non communicari, sed illi soli cedere, cui est relictus, quemadmodum contra HUBERVM & CARPZOVIUM probat HERTIUS de seruit. facta constituta, sect. III §. I. add. BOEHMERVS loc. cit. S. XIII.

## §. VIII.

QVATENVS IURE NOVO VERBORVM RATIO  
HABEATVR?

Quantacunque vero in testamentis iure nouo voluntatis vis sit atque efficacia, non aliter tamen eius ratio habetur, quam si verba, quibus testator vsus est, ad eam queant accommodari. Id quod fat clare innuitur in d. L. 15. C. de testamentis, vbi institutio quolibet loquendi genere formata pro valida quidem declaratur, sed tunc demum, si modo, vti verba diserte habent, per eam liquebit voluntatis intentio. Quodsi igitur verba ne quidem improprie & per necessariam consequentiam *m)* ad voluntatem testatoris extendi possunt, nihil est actum, & hodiernum valet, quod in L. 3. ff. de reb. dub. legitur: in ambiguo sermone non utrumque dicimus; sed id duntaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult; neque id, quod vult, quia id non loquitur. Quibus omnino est consequens, vt, si in corpore vel persona, cui aliquid relinquitur, aut in re, quae relinquitur, est erratum; aut aliquid



omissum n), quod ad substantiam dispositionis pertinet, dispositio sit nulla, ita vt neque voluntas testatoris, neque id, quod scriptum est, effectu gaudeat. Hinc si testator alium heredem scribere voluit, alium scripsit, neuter heres erit: non quem voluit, quia non scripsit: non quem scripsit, quia non voluit: si quis lancem legare volens, vestem legauerit, neque lancx deberur, quia non legauit, neque vestis, quia legare noluit. Si voluit institutioni, quae ad substantiam dispositionis procul dubio pertinet, conditionem inferere, & non inferuit, nulla est institutio, quia institutus nec pure heres esse potest, quia testator noluit, nec sub conditione, quia non scripsit. Quae sunt exempla supra (§. V.) ex *L. 9. ff. de hered. instit.* allata.

m) Non igitur necesse est, plenam semper orationem exprimi, modo verba ad eam complendam necessaria ex contextu facile intelligantur. *L. 1. §. 5. ff. de hered. instit.* *L. 7. C. de testam.* Interdum lex quoque speciatim in testatore intentionem aliquam praesumit, vti fit in substitutione fideicommissaria facta filio vel descendantibus in casum mortis, vbi semper subintelligitur conditio tacita: *si sine liberis decesserit. L. 102. ff. de condit. & demonstrat. L. 30. C. de fideicommiss.* Quod tamen ad exemplum non est trahendum. Conf. PEREZ *ad. tit. C. de verbor. & rer. signif.* vbi de varia verborum interpretatione agitur.

n) Aliter res est comparata, si plus est scriptum, quam testa-





testator voluit, tunc enim, quod contra voluntatem est scriptum, detrahitur. Sic si heredi contra voluntatem testatoris condicio est addita, institutio non viciatur, sed detracta condicione pro pura habetur. *L. 9. §. 5. ff. de hered. instit.* Ratio differentiae est, quod, si aliquid est omisum, testator quod voluit non scripsit, adeoque dispositio deficit. Si autem plus scriptum est, quam testator voluit, utrumque, & quod voluit & quod noluit, est expressum. Si igitur, quod noluit, detrahas, restat id, quod voluit. *CVIAC. commentar. ad L. 9. ff. de hered. instit.* Aliam rationem adfert *AVERANIVS l. c. lib. III. cap. XIX. num. 15.* quod facilius lex detrahat, quam adiciat, sic enim ab institutionibus detrahi certum tempus adiectum; & ab omnibus vitimis voluntatibus condiciones impossibiles.

## §. IX.

PROGRESSVS AD L. IX. §. V. D. DE HERED. INSTIT.  
ET L. VIII. COD. DE INSTIT. ET SVBSTIT.

His praestructis accedo ad quaestionem dissertationis principalem: de eo, quod iustum est circa conditionem, quam testator inserere destinauit, neque tamen inseruit. Celeberrima est pugna, quae hac in parte inter *L. 9. §. 5. ff. de hered. instit.* & constitutionem IVSTINIANI in *L. 8. C. de institut. & substit.* intercedit. Versusque legis verba integra adferre libet, quae in *dict. L. 9.* quam *VLPIANI* esse iam dixi, haec sunt: *Tantundem MARCELLVS tractat & in eo, qui conditionem*



tionem destinans inferere, non addidit: nam & hunc pro non instituto putat. Sed si conditionem addidit dum nolit, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est: quam sententiam & ipse & nos probamus. Tenor L. 8. C. de instit. & substit. ita habet: Si testamentum ita scriptum inueniatur: ILLE HERES ESTO SECUNDUM CONDITIONES INFRA SCRIPTAS, siquidem nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est: superuacuum esse conditionum pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem. Et argumento vtimur, quod PAPINIANVS respondit: vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommissis minus deberi, quod testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promissit, ac postea morte praeventus, non fecit. Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit: tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, & sic omnia compleri tamquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quae infra conscriptae sunt.

§. X.

VARIAE DE CONCILIANDIS HIS LEGIBVS  
SENTENTIAE.

De pugna hac tollenda variae sunt interpretum  
senten-

sententiae, quas omnes referre longum foret. Igitur praecipuas tantum recensabo. *Prima* sit: quod *ius pandectarum mutatum sit per ius codicis*. Quae opinio, licet a plerisque explosa, quia correctio legum vitanda, probatur a celeberrimo & elegantissimo Icto, DVARENO o), addita hac ratione, quod constitutio ista IVSTINIANI sit vna ex nouis constitutionibus, qua controuersia, quae hac de re inter veteres fuit, diremta sit. *Altera*: ab VLPIANO in L. 9. §. 5. ff. de hered. inst. referri potius Marcelli sententiam, quam probari, verbis: *tantundem Marcellus tractat & in eo, qui conditionem destinans inserere non addidit: nam & hunc pro non instituto putat*. Eodem igitur modo hic rem comparatam esse, vt in L. 2. ff. rit. cod. vbi idem VLPIANVS refert: *circa eos, qui ita instituti sunt heredes: EX PARTIBVS, QVÁS ADSCRIPSERO, non putasse MARCELLVM eos esse heredes, nullis adscriptis partibus: non magis, quam si sub expressa conditione ita essent instituti: SI EIS PARTES ADSCRIPSERO*. Sed dissentiens a MARCELLO VLPIANVS magis esse, addit, *vt sic vtraque institutio accipiat, si voluntas defuncti non refragetur, EX QVIBVS PARTIBVS ADSCRIPSERO: si minus, EX AEQVIS; quasi duplici facta institutione, prima scil. conditionali, secunda pura*. Quamuis quoque in fine huius Sphi VLPIANVS adiciat: *quam sententiam & ipse & nos probamus; con-*  
C  
textum



textum tamen docere, hoc ab ipso non dici simpliciter, sed tantum respectu ad huius *Sphi* posteriorem speciem habito: *Sed si conditionem addidit, dum noller, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est.* Quam interpretationem tum laudatus modo *DVARENVS p)*, tum etiam *FACHINAEVS q)* probat.

*Tertia est CVIACII r)*, existimantis, in *L. 9. §. 5. ff. de hered. instit.* agi de eo casu, *vbi testator conditionem per manifestum errorem omisit.* Si enim quis, dum velit institutionem conditionalem scribere, *puram scribat, errorem hic esse sane, sicut si, dum vult Titium scribere, Caium scribat.* Nihil igitur hanc legem commune habere cum *L. 8. C. de instit. & substit.* in qua traditur, hanc institutionem valere: *heredes sunt sub conditione, quam ascripsero, nulla conditione adscripta.* In hac enim scriptura nullum esse errorem: sed vel polliciti obliuionem tantum, vel omissionem consultam, vel praestandi polliciti morte praereptam facultatem.

*Quarta* denique, eaque fere communis sententia est, distinguendum esse, *vtrum testator morte, vel alio quodam casu impeditus fuerit, consilium suum exsequi; an vero propositum mutauerit, quod posterius ex eo, si adiectionem conditionis in aliud tempus distulerit, colligunt.* Illo casu. *obtinere L. 9. §. 5.*



§. 5. ff. de hered. instit. hoc verò L. 8. C. de institut. & substitut. idque praecipue ex L. 25. ff. qui testam. facere possunt, probare satagunt), cuius hic tenor est: Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmurmisset: magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestor. lib. I. Seruorum respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuro. La-  
beo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronunciare: ego nec Seruorum puto aliud sensisse. Pertinet huc, quod DONELLVS 1) docet: Voluntas deficit, si conditionem addere destinavit testator, nec adiecit, d. L. 9. §. 5. ff. de hered. instit. Quia noluit heredem esse conditione deficiente. Si igitur omissa, incertum est, an existitura fuerit. Sed haec ita, si certo probetur, voluisse testatorem adicere conditionem. Non igitur obstat L. pen. C. de institut. & substitut. Illis enim verbis: SECVNDVM CONDI-  
TIONES INFRA SCRIPTAS, non certò constat voluisse adicere, sed consilium eius tantum fuit apud se deliberantis, quod eo ipso, quia, cum posset, non adiecit, mutasse censetur. Eodem redeunt, quae habet CONNANVS 2): Qui scribit, inquit, hoc modo, Titius heres esto, si Sempronius, dum relinquat aliquid spatii vacui: videtur destinasse addere conditionem, nec voluisse Titium pure esse heredem: ut eam conditionem nisi adiecerit, nullius momenti sit institutio



At si dixisset, Titius heres esto, ea tamen conditione, quam infra aut in codicillis adscribam: si nullam adscripserit, pure est heres Titius: videtur enim testator abieciſſe voluntatem adiuiciendae conditionis, & cum nulla sit adscripta, remanet pura institutio.

- o) *Commentar. ad tit. ff. de hered. instit. cap. III.*
- p) *loc. cit.*
- q) *Controvers. iuris lib. IV. cap. IV.*
- r) *Commentar. ad L. 9. ff. de hered. instit.*
- s) DIODOR. TVLDEN. *ad tit. C. de instit. & substit. n. 1.* FERD. CHRISTOPH. HARPPRECHT. *de testamento ratione voluntatis imperfecto §. 7. & 23.* IO. VOETIVS *commentar. ad tit. ff. de condit. instit. §. II.*
- t) *Commentar. iuris civilis lib. VI. cap. XXI. ibique HILIGER.*
- v) *Commentar. iuris civilis lib. X. cap. VI. num. 8. sq.*

### §. XI.

#### EXCVSSIO SENTENTIAE PRIMO LOCO ALLATAE.

Si quis autem solutiones istas paullo penitius considerare voluerit, patebit, nullam ex illis rem conficere & difficultatem tollere. Quod enim ad primam attinet, de controversia aliqua, quae inter veteres iuriconsultos de hac re, *utrum, si testator conditionem, quam inferere destinavit, non addidit, heredis*

*redis institutio subsistat, nec ne?* intercesserit, nihil constat. Potius ex iis, quae supra (§. VIII.) attuli, patet, inter ICTOS conuenisse, si aliquid, ad substantiam dispositionis pertinens, omissum sit, dispositionem esse sine effectu & nullam. Praeterea, quae responsio est ANTONII FABRI, x) non solum nihil IVSTINIANVS in *d. L. 8. de MARCELLO* vel *VLPIANO* exprimit, vt solet, cum veterum iurisconsultorum sententias explodit, verum etiam auctoritate PAPINIANI vtitur, sumto argumento ab eo, quod PAPINIANVS in *L. 77. §. ult. ff. de leg. 2. de testatore*, qui vicos certis finibus circumscriptos ciuitati reliquerat, eorumque fines alia scriptura se demonstraturum promiserat, nec tamen morte praeventus id fecerat, respondit: *non eo minus valere fideicommissum, ac si testator fines istos demonstrasset.* Quid enim attinebat ab huiusmodi specie tam aliena & dissimili argumentum trahere ad propositam quaestionem, de qua in contrarium aperta exstaret MARCELLI & VLPIANI sententia. Potuisset fortassis solius PAPINIANI auctoritas MARCELLVM & VLPIANVM vincere, si in eadem specie contra illos PAPINIANVS sensisset: quanquam certum est, non maiorem PAPINIANI, quam caeterorum prudentum auctoritatem fuisse, nisi haecenus, vt singulos vinceret, a pluribus autem, si vel duo tantum essent, vinceretur. At in ea specie, de qua MARCELLVS & VLPIANVS, aliuc paris nominis iurisconsulti diserte



respondissent, PAPINIANVS vero nihil: sane non potuisset eorum sententia conuelli sola auctoritate responsi, quod a PAPINIANO quidem redditum, sed ad aliam speciem accommodatum fuit.

Nec denique obstat, quod d. *L. 8. C. de instr. & subst.* inscripta sit ad IOANNEM PP. & subscriptionem habeat: *post consulatum LAMPADII & ORESTIS VV. CC. 531.* quales inscriptiones & subscriptiones alias pro nota externa celebrium illarum *quingenta Iulimani decisionum* haberi solent. Sed hoc signum admodum fallax esse, & nihil probare, nisi simul ex tenore argumenti pateat, altercationem inter antiquos iurisconsultos de quadam iuris quaestione agitatam decidi, iam ab aliis est euictum *z*). Vnde etiam neque MERILLIVS neque STRAVCHIVS, qui peculiare tractatus ad decisiones istas ediderunt, d. *L. 8.* ad eas retulerunt.

*x*) de errorib. pragmaticor. *decad. XXXV. error. IX. num. 7.*

*z*) BRVNQVELL. *hisor. iuris P. II. cap. VII. §. XII.*

## §. XII.

### EXCVSSIO SENTENTIAE SECUNDO LOCO ALLATAE.

Quod ad sententiam *secundo loco* allatam spectat, verum quidem est, VLPIANVM in *L. 9. §. 5. ff. de hered.*



*hered. instit.* duplicem speciem proponere, alteram de eo, qui conditionem, quam inferere destinavit, non addidit; alteram de eo, qui conditionem inferuit, quam inferere noluit; ita vt ex mente MARCELLI casu priori heredis institutio pro nulla; casu posteriore autem pro pura sit habenda a). Dum vero generatim subiungit: *quam sententiam & ipse & nos probamus*, nulla adparet ratio, cur consensus ipsius ad posteriorem tantum speciem restringi debeat, praesertim cum sententia MARCELLI etiam in priore specie analogiae iuris prorsus conueniat. Praeterea quod ex *L. 2. ff. tit. cod.* adfertur, diuersum omnino est ab eo, quod habetur in *d. L. 9.* Illic quaeritur: an verba: *Titius & Sempronius heredes sunt ex partibus, quas adscripsero*, conditionem inuoluant, & idem valeant, ac si testator dixisset: *heredes sunt, si eis partes adscripsero?* quod VLPIANVS contra MARCELLVM negat. Hic vero tractatur de casu, vbi certum est, testatorem *conditionem* addere voluisse, quam non addidit; quam dispositionem & MARCELLVS & VLPIANVS inuvalidam pronunciant b).

a) Sequor hic *vulgatam*, quam supra (§. IX.) expressi. Aliter FACHINAEVVS & ANTONIVS FABER ll. cc. qui mutata interpunctione omnia turbant. add. infra §. XV.

b) ANT. FABER *loc. cit. n. 4.*



## §. XIII.

EXCVSSIO SENTENTIAE TERTIO LOCO  
ALLATAE.

CVIACIVS, cuius sententiam *tertio* loco attuli, recte quidem *dist. L. 9. §. 5.* de omissione conditionis *per errorem* accipit. Quando autem addit, in ea scriptura, quae in *L. 8. C. de instit. & substit.* occurrit: *Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si nulla reperiat adscripta conditio, nullum errorem esse, sed polliciti obliuionem tantum, aut consultam omissionem, aut praestandi polliciti morte praereptam facultatem, ad sensum non meretur. Primo enim, in hac posteriore specie conditionem ex mero *errore* omissam esse eo magis conici posse videtur, quod testator in ipsa heredis institutione, se non de alia, quam *conditionali*, institutione cogitare, aperte scripsit, neque hanc suam scripturam postea vnquam mutauit, quod in altero casu, vbi de conditione nihil plane scriptum est, secus se habet. Deinde expediti iuris est, dispositionem, quae *plenam* testatoris voluntatem non continet, esse nullius effectus. Eo autem citra dubitationem pertinet, quando certum est, testatorem conditionem adiicere voluisse, morte autem impeditum fuisse, propositum suum exsequi. Quamuis igitur concedatur, hic nullum interuenire errorem; manca tamen & saltim inchoata voluntatis declaratio, salua iuris analogia, nullius potest esse esse-



effectus c) Et bene haecenus animaduertit ANTONIVS FABER d): quod IVSTINIANI constitutio in d. L. 8. quantumuis generalis esse videatur, eum tamen casum procul dubio non complectatur, quo proponas, illius, qui destinauerat conditionem inserere, nec inseruerat, certam esse voluntatem, quod nollet institutum aliter quam sub conditione heredem esse.

c) 10. SCHILTER exercitat. ad ff. XXVIII. §. XLVI.  
d) de errorib. pragmaticon. loc. cit. n. 5.

#### §. XIV.

EXCVSSIO SENTENTIAE QVARTO LOCO ALLATAE.

Quarta, quam laudavi & fere communem dixi, sententia in se quidem analogiae iuris optime congruit. Quando enim testator morte impeditur, quo minus conditionem, quam serio addere destinauit, adiciat, dispositionem irritam esse, modo dixi. Deinde si testator adiectionem conditionis in aliud tempus distulerit, neque tamen eam postea adiecit, non immerito a proposito recessisse videtur, quia ex interuallo praesumi potest mutata voluntas, non vero in continenti e). Et haecenus omnia bene se habent. Verum hac ratione pugnam inter leges, de quibus iam quaeritur, nullatenus tolli, exinde manifestum est, quod in L. 8. C. de instit. & substit. verbis apertis statuatur, etiam tunc conditionum, quas

D

testa-



testator adiciere destinavit, neque tamen addidit, nullam rationem habendam, sed institutionem pro pura aestimandam esse, quando ille eas adiciere morte est praclusus. Hunc enim casum diserte tractat PAPIANVS in responso, quod refertur & fundamenti loco ponitur in *d. L. 8.* verbis: *vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, AC POSTEA MORTE PRAEVENTVS NON FECIT.* Quamuis igitur alias ex interuallo praesumi queat mutata voluntas, fieri tamen illud nequit, quando extra dubitationem est, testatorem vsque ad extremum vitae halitum in proposito conditionem adiciendi perstitisse, eam vero ideo non addidisse, quod morte fuerit praeventus *f)*. Et sic etiam corruunt, quae supra (§. X.) ex DONELLO & CONNANO adlata sunt.

*e)* *L. 89. ff. de condit. & demonstrat. ibique BRVNNEMAN-  
NVS. IOS. AVERANVS loc. cit. lib. IV. cap. XI.  
num. 17.*

*f)* ANTON. FABER *loc. cit. num. 11. sq.*

### §. XV.

SENTENTIA ANTONII FABRI.

Vidit has difficultates acutissimus iureconsultus

tus

tus ANTONIVS FABER g). Licet autem a sententia, quam communem, & analogiae iuris probe conuenientem dixi, ille non sit alienus; cum tamen perspiciat, ita pugnam inter *L. 9. §. 5. ff. de hered. instit.* & *L. 8. C. de institut. & substit.* minime tolli, eo delabitur, vt *d. L. 9.* triplici modo corrigendam; constitutionem vero IUSTINIANI in *d. L. 8.* ineptitudinis arguendam esse censeat. Nimirum in *d. L. 9.* ex priore ipsius specie *negationem* detrahit, eamque ad secundam speciem transfert, atque simul interpunctionem, quae communiter probatur, mutat, ita legens: *Tantundem Marcellus tractat & in eo, qui conditionem destinans inferere non addidit: nam & hunc pro instituto putat. Sed si conditionem non addidit, dum nollet detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est.* Hoc nimirum sensu, vt si testator, qui purae institutioni conditionem addere destinauerat eam non addiderit, distinguere oporteat, quam ob causam non addiderit: vtrum ob id, quod eum poenituerit prioris voluntatis, malueritque puram relinquere institutionem, quam prius destinauerat facere conditionalem, quod sane in dubio praefertendum sit, cum voluntas non minus ex non facto, quam ex facto interdum colligatur, *L. vn. §. ii. in fin. C. de caduc. tollend.* An vero ob id potius, quod nollet hunc heredem aliter esse, quam sub conditione,



tione, aut, vt **VLPIANVS** loquitur, quod detracta conditione heredem illum esse nollet. Priore casu habendum esse pro instituto, & quidem pure, quia verum sit, pure institutum fuisse, nec institutioni voluntatem deesse, tamen si voluntas ab initio scripturae non satis consenserit, cum testator de conditionali facienda institutione cogitaret. Posteriore vero casu habendum esse pro non instituto, quia cum neque ab initio, neque ex post facto, voluntas cum scriptura consenserit, inspiciendum necessario fit, quid testator voluerit, potius quam quid scripserit, & pro non scripto haberi conueniat, quicquid contra voluntatem scriptum reperiatur.

Constitutionem autem **IUSTINIANI** in *d. L. 8.* absurditatis ex duplici causa arguit: *primo* quod in ea institutio facta his verbis, *secundum infra scriptas condiciones*, nullis postea adscriptis conditionibus, pure facta existimetur. Etsi namque non possit adiectio illa facere, vt conditio vlla institutioni addita dici possit, facere tamen illam, ne institutio vlla ratione videri debeat *pura*, quamuis nulla conditio sit subiecta; siquidem apertissime demonstrat, voluntatem testatoris illam fuisse, vt puram institutionem non faceret, qui heredem instituit secundum infra scriptas condiciones. *Deinde* argumentum a **PAPINIANI** responso tanquam a simili deductum esse

esse ineptissimum. Nam in ea specie, de qua consultus fuisset PAPINIANVS, vicos, quos testator ciuitati per fideicommissum reliquerat, *proprios fines habuisse*, vt diserte habeant verba. Ideoque tametsi testator morte praeventus non expressisset fines, quos se per aliam scripturam expressurum & demonstraturum promiserat, nihil tamen obstare, quo minus fideicommissum deberetur, tanquam vtiliter datum, cum de re per fideicommissum relicta constaret. In proposito autem casu, nullis a testatore expressis conditionibus, quas expressurum se dixisset, nullam aliam conditionem subesse, quae institutioni naturaliter inquit, quod omnis institutio naturaliter & sua sponte sit pura, cum extrinsecum quid sit & accidentale, vt fiat conditionalis. Fuisse autem rectius argumentum IVSTINIANI, si PAPINIANVS respondisset de illo casu, quo testator reliquisset ciuitati vicos, quorum fines se demonstraturum promississet *alios*, quam qui in eum vsque diem fuissent. Tunc enim aliud procul dubio respondisset PAPINIANVM mortuo ante demonstratos fines testatore, quia sciri non potuisset, de quo & de quanto corpore testator sensisset, atque ita incertum corpus relictum fuisset. Porro, si bona esset collectio ab ea specie, quam PAPINIANVS respondit, ad eam, de qua IVSTINIANVS tractat, sequi, illam etiam institutionem pro *pura* esse habendam, de qua cer-



tum est, testatorem conditionem inferere voluisse, nisi morte praeclusus fuisset, cui adsertioni omnis iuris analogia contradicat. (§. XIV.) Accidisse igitur IVSTINIANO, siue potius TRIBONIANO in hac specie, quod alias saepe, ut iis, quae a prudentibus vel imperatoribus circa alias species constituta sunt, dum se uti putat, ut nouum quidpiam constituat, abutatur euidentissime.

g) *loc. cit.*

### §. XVI.

DE VERA L. IX. §. V. D. DE HERED. INSTIT. LECTIONE  
ET INTERPVNCTIONE.

Verum quemadmodum iam OSWALDVS HIL-  
LIGERVS *h)* notauit, nimium quantum a boni in-  
terpretis officio discrepare, leges pro arbitrio cor-  
rigere, & legislatorem ineptitudinis arguere velle;  
ita triplicem illam FABRI correctionem in *d. L. 9.*  
frustraneam & ineptam esse vel exinde constat,  
quod inter omnes conueniat, dispositionem huius  
legis tunc demum locum habere, quando *certo* pro-  
bari potest, testatorem heredem aliter, quam sub  
conditione, habere noluisse, & in hac sua voluntate  
ad mortem perstitisse. Cui consequens est, ut, si  
forte testator vel extra actum testandi, vel etiam in  
ipso hoc actu, aliquid de quadam conditione adii-  
cienda





cienda protulerit, ita tamen, vt constans & perpetuum eius hac de re propositum minime adpareat, heredis institutionem valere, licet postea nulla reperiatur adiecta conditio. Hoc autem illud ipsum est, quod FABER per correctiones suas perficere studet. Ratio quoque, quam ille, vt emendationibus colorem quaerat, addit, quod nempe, si vulgata lectio retineatur, sententia modo laudata manifestam diuinationem contineat, cum hoc vnum VLPIANVS ex *Marcello* scribat: *de eo, qui conditionem destinans inferere non addidit: nam & hunc pro non instituto putat:* in qua clausula nihil prorsus fit, quod voluntatis quaestionem possit admittere, nedum inducere, leuis est & infirma. Dum enim de testatore conditionem inferere *destinante* agitur, procul dubio destinatio *certa & deliberata* intelligitur, quae voluntatem feriam & constantem non potest non inuoluere. Vtlius per *negationem*, quam FABER in secundam huius legis speciem transfert, & per mutatam interpunctionem, omnia turbantur & implicantur. Agitur enim ibi clare de casu, vbi plus scriptum, quam dictum est, verbis: *nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est.* Si vero conditio, quam testator addere voluit, non est addita, tunc plus est dictum, quam scriptum, adeoque casus fingitur, ad quam verba legis nulla ratione accommodari possunt. Maneat igitur & lectio & interpunctio communis.



munis. Superest vt de ineptitudine, quae TRIBONIANO exprobratur, dispiciam.

b) ad DONELL. *lib. VI. cap. XXI. lit. I.*

§. XVII.

AN TRIBONIANVS IN L. VIII. C. DE INSTIT. ET SVBSTIT. INEPTITVDINIS ARGVENDVS?

Negari nequit, si vox *conditionis* in significato suo proprio & stricto, pro suspensione eius, quod agitur, in futurum incertum euentum, accipiatur, exprobrationes, quae TRIBONIANO fiunt, difficulter remoueri. Quae enim similitudo aut comparatio inter eiusmodi *conditionem*, & *finis agrorum*, aut *formam certaminis*, quod testator celebrari vult, de quibus PAPINIANVS in laudato suo responso tractat? Cum vero omnis interpretatio ita sit facienda, vt euiteretur absurditas; ipsa recta ratio suadet, antequam legi alicui ineptitudinis nota adspargatur, non in stricto & proprio verborum sensu subsistendum, sed & latiore & improprium eorum significatum, quo subinde in legibus nostris occurrunt, circumspiciendum, atque omni studio laborandum esse, vt ineptitudini, cuius lex arguitur, remedium inueniatur. Varias *conditionis* significationes multa industria collegerunt BARNABAS BRISSONIVS i) & PHILIBERTVS BRÜSSELIVS k), ex quibus duae huc pertinere



tinere videntur, altera, qua per *conditionem* indigitatur *status rerum*; altera, quando *conditio* pro modo, seu adiectione quadam, qua testator, quid post acceptam hereditatem vel legatum fieri velit, indicat, e. g. *ut monumentum exstruatur, ut ludi edantur, cet. accipitur.*

Quoad priorem significationem frequentes in iure nostro sunt locutiones: *conditionem suam meliorem aut deteriorem facere l.* Sic etiam *conditio sepulchri*, pro statu sepulchri praesente, occurrit in *L. 7. ff. de sepulchr. violat.* Saepius praeterea vox *conditio* pro modo posita reperitur. Sic in *L. 2. §. fin. ff. de donat.* agitur de decem, quae Titio ea *conditione* donata sunt, *ut inde Stichum sibi emeret: & in fine huius L. modus iste denuo conditio dandae pecuniae adpellatur.* Verba haec sunt: *Titio decem donavi EA CONDITIONE, ut inde Stichum sibi emeret. Quaero, cum homo, antequam emeretur, mortuus sit: an aliqua actione decem recipiam? Respondit, facti magis, quam iuris quaestio est: nam si Titio decem in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho conditione repetam. Si vero alias quoque Titio donaturus decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim, in hoc me dare, ut Stichum emeret: causa magis donationis, quam **CONDITIO DANDAE PECUNIAE**, existimari debet; & mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.* Pariter cum in *L. 71. §. 1. ff. de condit.*



dit. & demonstrat. Titio centum relicta fuissent, ut Maeviam uxorem duceret, PAPINIANVS, nec conditionem nec cautionem remitti, scribit *m*). Immo in *L. 44. ff. de manumiss. testamento*, clare disponitur: quamuis figura quaedam conditionis adfit, tamen non statim negotium sub conditione suspensum; sed contextum verborum totius scripturae, & mentem testatoris inspiciendam esse, verbis: *Maevia decedens seruis suis SVB CONDITIONE libertatem reliquit his verbis: Saccus, seruis meus, & Eutichia & Hirene, ancillae meae, omnes SVB HAC CONDITIONE liberi sunt, ut monumento meo alternis mensibus lucernam accendant, & sollemnia mortis peragant. Quaero cum assiduo monumento Maeviae Saccus, & Eutichia & Hirene, non adsint, an liberi esse possunt? MODESTINVS respondit, neque contextum verborum totius scripturae, neque mentem testatrix eam esse, ut libertas SVB CONDITIONE SVSPENSA SIT, cum liberos eos monumento adesse voluit: officio tamen iudicis eos compellendos, testatrix iussioni parere. Proxime ad speciem, quam PAPINIANVS in laudato ipsius per TRIBONIANVM responso tractat, accedunt, quae profert SCAEVOLA in *L. 21. §. 3. ff. de annuis legar. & fideicommiss. Lucius Titius, iniquens, patriae suae civitati Sebastenorum centum legavit, ut alteris annis ex usuris eiusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur: & adiecit haec verba: quodsi CONDITIONE*  
SV-*



SVPRASCRIPTA recipere legatam sibi pecuniam ciuitas Sebastenorum noluerit; nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo; sed habere sibi pecuniam: postea Praeses Prouinciae ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina, & in causam legati reipublicae adiudicauit, post cuius sententiam respublica a plerisque sibi adiudicatas pecunias percepit. Quaesitum est, an si respublica CONDITIONIBVS TESTAMENTO ADSCRIPTIS postea non paruerit, legatum ad filios heredes pertineat? Respondit, reipublicam voluntati testatoris parere compellendam. Ipsum quoque IVSTINIANVM vocem conditionis pro modo usurpassè, patet ex L. ult. §. 6. in fin. C. de bonis, quae liberis in potest. patr. constit. vbi ita loquitur: In seruis autem, qui filius vel filiabus familias donantur SVB EA CONDITIONE, vt statim eos in libertatem perducant: nullum impedimentum paterna faciat auctoritas.

- i) de verborum, quae ad ius civile pertinent; signif. voce: conditio.
- k) de conditionib. testament. contract. & pactor. lib. I. tit. I. num. 12. sqq.
- l) L. 24. in fin. ff. quae in fraud. creditor. L. 86. L. 133. L. 134. §. 1. ff. de reg. iuris.
- m) Plane, in legatis & fideicommissis, modum adscriptum pro conditione obseruari, dicitur in L. 1. C. de his, quae sub modo. add. L. 108. ff. de condit. & demonstrat. L. 8. ff. de donat. inter vir. & vxor. L. 94. ff. ad L. Falid. L. 76. ff. pro socio.





## §. XVIII.

TRIBONIANVS DEFENDITVR ET VERA DICTARVM  
LEGVM CONCILIATIO ADFERTVR.

Ex his, ni fallor, non tantum TRIBONIANVS contra obiurgationes FABRI satis superque defendi; sed simul etiam pugna, quae inter leges, de quibus disputo, intercedere creditur, facili negotio componi poterit. Omnia eo redeunt, in *L. 8. C. de instit. & substit.* vocem *conditionis* neutiquam in significato proprio & stricto, vel pro adiectione, quae actum in futurum incertum euentum suspendit; sed in sensu latiori & improprio, partim pro modo, sub quo aliquid relinquitur; partim pro *qualitate & statu rerum*, quae relinquuntur, accipi. Ita omnia optime cohaerent, & argumentum a responso PAPINIANI *n)* desumptum non est ineptum, sed aptissimum. Neque obstat, quod in ea specie, de qua PAPINIANVS consultus fuit, vici, quos testator reliquerat, *proprios* fines habuerint, adeoque de re relicta, citra ullam declarationem, satis constiterit; quod vero in modo, quem testator adiecere decreuit, neque tamen adiecit, secus se habeat, quippe qui non nisi per declarationem testatoris sciri possit. Etenim apud PAPINIANVM testator non tantum fines vicorum, sed etiam *certaminis*, quod singulis annis celebrari vole-

III X 2

E

vole-



volebat, *formam*, se declaraturum promiserat, quod ad *modum*, sub quo fideicommissum erat relictum, procul dubio pertinebat. Et nihilominus, licet forma certaminis non fuerit expressa, fideicommissum subsistebat.

n) Exstat hoc PAPINIANI responsum in L. 77. §. *ult.* ff. de leg. 2.

### §. XIX.

DE DIFFERENTIA INTER CONDITIONEM ET MODVM.

Scilicet prima & principalis differentia, quae inter *conditionem* & *modum* intercedit, in eo consistit, quod *conditio* dispositionem suspendit, ita vt heres aut legatarius ante eius existentiam nihil petere aut in heredes suos transmittere possit; *modus* vero dispositionem *puram* facit, adeoque quod relictum est, statim peti & in heredem transmitti potest, licet *modus* nondum sit impletus, modo cautio praestetur de eo implendo o). *Conditio* igitur impedit principium acquisitionis, & tota ab euentu pender, vnde etiam, si *casu* deficit, ipsa quoque dispositio deficit. *Modus* e contrario non impedit principium acquisitionis, & hinc, si per aliquem non stat, quo minus impleatur, habetur pro impleto, & dispositio nihilominus subsistit p).

~~XXX 2~~

E 3

peditur



peditur fieri, quam factum tollitur, ita facilius impeditur conditionis euentus ad effectum acquisitionis, quam euentus modi ad effectum resolutionis q). Quibus consequens est, vt, si testator modum adicere destinauit, neque tamen adiecit, dispositio vim & efficaciam suam retineat; hoc autem in *condicione* secus se habeat.

- o) conf. IO. VOET. *ad. tit. ff. de condit. & demonstrat. §. XII. sq.* GREGOR. MAIANSIVS *de his, quae sub modo relinquuntur, §. IX. sqq.* PAVLVS DVRANVS *de condit. & modis impossibil. P. V. cap. I.* Interdum ambiguum est, vtrum id, quod adiecitur, *conditio* sit, an *modus*? vbi tutissimum est, non tam ex particulis *si* vel *vt*, sed ex effectu, qui ex dispositione colligitur, discrimen hoc aestimare. Si enim id, quod adiecitur, impleri debet, antequam actus perficiatur, & emolumentum quaeratur, dispositio est *conditionalis*; si autem implementum fieri debet post emolumentum quaesitum, dispositio est *modalis*. DVRANVS *loc. cit.* STRAVCH. *Lexic. partic. iuris*, voce, *vt*, n. 4. LEYSER *Spec. ad ff. cccxcix. medit. I.*
- p) L. 8. §. 7. *ff. de condit. insti. L. 1. C. de his, quae sub modo* HAHN *ad WESEMBEC. tit. de condit. & demonstrat. N. X.* DVRANVS *loc. cit. num. 5. sq.*
- q) DVRANVS *loc. cit.* PEREZ *ad tit. C. de his, quae sub modo. num 3.*

§. XX.





## §. XX.

RESPONDETUR ANTONIO FABRO.

Sed denuo intercedit ANTONIVS FABER *r)* quem sequitur CARPZOVIVS *s)*, qui non posse dari hereditatem sub *modo*, scribit, qui fit *verus modus*, id est *implendus post aditionem*, sed tantum sub conditione, quia hereditatis acquisitio resolui non posset, non securo implemento, cum is, qui semel heres fuit, nunquam heres esse desinat. *L. 88. ff. de hered. instit.* Nullam certe talis institutionis fieri mentionem in libris nostris, nisi in *L. ult. ff. eod. illo tit.* sed longe alio sensu. Et titulum in *C. de his, quae sub modo.* non loqui nisi de legatis & fideicommissis, ut nec *tit. de condit. institut.* nisi de conditionibus. Verum quemadmodum heredis institutionis sub *modo* mentio expressa fit in *L. 8. §. 7. ff. de condit. instit.* verbis: *si ita heres institutus esset quis: Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat; ita etiam ad reliquam FABRI obiectionem iam respondit celeberrimus GREGORIVS MAIANSVS *t)*: an igitur, inquit, heres talis esse desinet modo non impleto? minime quidem; sed ei, ut indigno auferetur hereditas, non ut ad fiscum perveniat, sed ad eum, ad quem redire debet *v)*. Vno verbo: effectu desinet esse heres, non iure subtili.*

*r)* Cod. Sabaud. lib. VI. tit. XXIV. def. II. nor. 1.

*s)* P. III. C. XIII. D. XXVI. CARPZOVIO, qui sententiam



tiam FABRI etiam ad *legata* extendit, respondet LAV-  
TERBACHIVS C. T. P. tit. de condit. & demonstrat.  
§. XVIII.

- t) *diff. de his, quae sub modo relinq.* §. XV.  
v) Licet enim regulariter, quae vt indignis auferuntur,  
fisco cedant; illud tamen non est perpetuum, ceu  
patet exemplo eius, qui testamentum celauit in frau-  
dem heredis. L. 25. C. de legat.

### §. XXI.

#### ALIORVM DVBITATIONI OCCVRRITVR.

Supereſt, ne quid praetermittam, alia adhuc  
dubitatio, nimirum testamentum imperfectum non  
valere. Eſſe autem testamentum imperfectum, in  
quo vltima voluntas non plene fit pronunciata,  
adeo vt ſi aliquid deſit ex his, quae teſtator di-  
cere voluit, ne quidem ea, quae dicta ſunt, ſub-  
ſiſtant; & hinc, licet heredis inſtitutio abſoluta  
ſit, tamen ſi vel vnicum legatum remaſerit, quod  
teſtator adhuc relinquere deſtinaret, ſed morte  
praeventus nuncupare non potuiſſet, totum teſta-  
mentum cum omnibus in eo perfecte diſpoſitis,  
penitus corruat. Prouocant ad L. 25. ff. *qui teſtam.*  
*fac. poſſ.* cuius verba ſupra retuli, vbi ſi quis, he-  
redibus primis nuncupatis, prius quam ſecundos  
exprimeret, obmutuit, testamentum imperfectum  
&



& nullum pronunciatur. Addunt *L. 29. tit. cod.* vbi eam scripturam, quae ad testamentum faciendum parata quidem, ipsum autem testamentum nullo iure perfectum est, ne quidem fideicommissi iure subsistere, deciditur. Denique ex *L. 11. C. de his, quibus vt indignis*, proferunt: *nihil actum esse, dum aliquid addendum superest x)*. Sed salua res est. Dicitur testamentum imperfectum vel ratione *sollemnium*, vel ratione *voluntatis*. Ad priorem speciem pertinet *d. L. 29.* Agitur enim ibi de scriptura ad testamentum faciendum parata, vbi igitur testator voluntatem suam plene declarauerat; sed testamentum nondum erat iure perfectum y). Qui casus ad nostram quaestionem non spectat. Testamentum enim praescriptis sollemnibus destitutum nullum esse, expediti iuris est. Quod ad posteriorem speciem attinet, notum est, regulam: *nihil actum videri, dum aliquid addendum superest*, locum tantum habere, quando illud, quod superest, ipsam negotii *substantiam* & *constitutionem* concernit, qualis est heredis institutio in testamentis, de qua in *d. L. 25.* agitur. Minime vero illam ad alia, quae saltem ad negotii, cuius ratio perfecta iam est, executionem & effectum pertinent, esse extendendam z). Quamobrem recte omnino LEYSERVS a), prouocans ad saepe dictam constitutionem IVSTINIANI in *L. 8. C. de instit. & substit.* *Quando, inquit, sollemnia omnia adhibuit*  
F *testator,*



testator, cunctosque, quos heredes esse voluit, nominavit, sed in legatis forsitan defecit, vel quid aliud, quod ad essentiam testamenti non pertinet, adicere voluit, & non adiecit, hoc testamento non nocet.

- x) FERD. CHRISTOPH. HARPPRECHT *de testamento ratione voluntatis imperfecto*, §. XXI. sqq. ibique plurimi laudati.
- y) ANTON. FABER *de error. pragmat. Decad. XXXV. error. VIII.*
- z) HENRIC. DE COCCEI. *de iure circa actus imperfectos, sect. I. & II.*
- a) *Spec. CCCLI. medit. VII. sq.*

#### §. XXII.

##### AD NOVAM OBJECTIONEM RESPONDETUR.

At instas, quamvis ista omnia bene se habeant, nondum tamen causam satis confectam videri. In ea enim specie, quam TRIBONIANVS tractat *d. L. g. testatorem scripsisse: Titius heres esto, secundum conditiones infra scriptas*. Cum igitur verba in dubio accipienda sint in significato proprio, nullam adparere rationem, cur hic vox *conditionis* per modum explicari debeat. Certe exploratum non esse, testatorem modum saltem adiecturum fuisse, non *conditionem* stricte sic dictam. Immo vocem *conditionis* accipi hic in significato proprio, exinde clarum esse, quod institutio *conditionalis* opponatur institutioni *purae*,

*purae*, verbis: *si nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, superuacuum esse conditionum pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem.* Quod ad institutionem modalem, quae statim ab initio *pura* fit, non quadret. Respondeo: in explicatione verborum praecipue subiectam materiam esse spectandam, &, si illa varium significatum habent, eum esse eligendum, qui rei, de qua agitur, est aptior *b)*. Nec obstat, ex clausula illa: *secundum condiciones infra scriptas*, non constare, vtrum testator modum saltim, an vero conditionem proprie sic dictam, addere voluerit? Eo ipso enim, dum liquido probari nequit, testatorem cogitasse de conditione stricte sic dicta, magis pro *modo*, qui institutionem puram facit, praesumendam esse, expediti iuris est *c)*. Denique licet institutio *modalis* statim ab initio *pura* fit, quatenus opponitur institutioni conditionali; tamen in iure nostro insolens non est, vt generatim omne id, quod *adiectionem* aliquam habet, siue dies sit, siue conditio, siue modus, pro *puro* non habeatur. Sic in *L. 45. pr. ff. ad L. Falcid.* quod in diem relictum est pro *puro* non habendum esse, diserte statuitur. Er hoc respectu nihil obstat, quo minus etiam institutio *modalis* pro *pura* non habeatur.

*b) L. 67. ff. de reg. iuris.*

*c) L. 67. ff. de hered. instit. MANTICA de coniectur. vltimar. volums.*



*volunt. lib. X. tit. V. n. 12. VOETIVS commentar. ad  
tit. ff. de condit. & demonstr. §. XIV.*

§. XXIII.

CONCLUSIO DISSERTATIONIS.

Ad specialiora iam descendere, & varias quaestiones, quae subinde in foro obveniunt, excutere possem, e. g. de scheda, quam testator testamento suo adiacere promisit, sed non adiecit *d*): de spatiis, quae testator a notario in testamento vacua relinquere iussit, ut ipse manu propria quantitatem legatorum adscriberet, sed nihil adscripsit *e*): de testatore, qui in testamento nuncupatio abrupit, & vno altero capite ordinato, de reliquis se alio tempore dispositurum dicit, sed morte praeventus nihil amplius disposuit *f*). Cum vero ista ex positis hactenus principiis facile dissolui possint, lectorem ad laudatos in margine auctores remitto; illud saltem adhuc addens, in dubio testamentum pro absoluto & perfecto habendum esse, adeoque illi, qui contrarium adserit, onus probationis incumbere *g*).

*d*) HERTIVS *Tom. I. resp. CCXXV. LEYSER loc. cit.*

*e*) *Consil. Marburg. Vol. III. consil. XXVII. Consil. Tübing. Vol. VIII. consil. LVIII.*

*f*) BERGER *P. II. respons. CLXXIII. n. VI.*

*g*) HARPPRECHT *loc. cit. §. XLVIII.*

F I N I S.

Giessen, Diss., 1766-70

X 2396520

V  
D  
18

ULB Halle

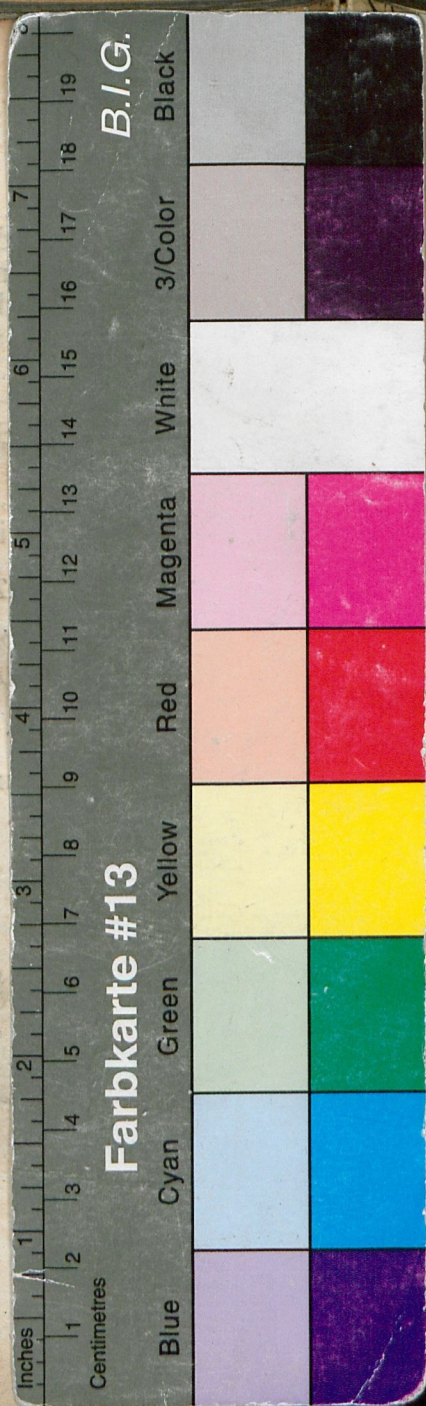
3

007 662 912









B.I.G.

Farbkarte #13

DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA  
DE EO

QVOD IVSTVM EST CIRCA  
CONDITIONEM

3,472  
7/289  
1766,5<sup>b</sup>

QVAM  
TESTATOR INSERERE  
DESTINAVIT  
NEQVE TAMEN INSERVIT

*ad L. 9. §. 5. ff. de heredib. instit. & L. 8. C. de institut.  
& substitut.*

QVAM  
EX DECRETO  
ILLVSTRIS IURISCONSVLTORVM ORDINIS  
IN ALMA LVDOVICIANA  
PRAESIDE  
D. FRANCISCO IVSTO KORTHOLTO  
ACADEMIAE PROCANCELLARIO

PRO  
SVMNIS IN IVRE HONORIBVS ET PRIVILEGIIS  
DOCTORALIBVS RITE OBTINENDIS  
IN AVDITORIO SOLLEMNI  
PVBLICO PROCERVVM ACADEMIAE EXAMINI

SUBICIT  
AVCTOR  
IOHANNES HENRICVS HEISE

HAMBVRGENSIS.  
AD DIEM XX. SEPTEMBR. CIO DCC LXVI.

G I S S A E,  
APVD IOHANNEM IACOBVM BRAVN.