1797.

*

1. Bornius: Responsa jur. XXXVI, XXXVII, XXXVIII et XXXIX. Programma, quo ordinarius senior et reliqui fac. jur. antecessores memoriam Bornianam ... recolendam indicant.

2. Bauer, Henricus Gottfriedus, fac. jur. procancellarius: Responsa jur. 33, 34 et 35. Programma, quo solemnia inaugualia Friderici Guilielmi Engleri indicat.

3. Bauer, Henricus Gottfrid., fac. jur. procancellarius: Responsa juris XL, XLI, XLII et XLIII. Programma, quo solemnia Doctoralia Caroli Friderici Mauritii Keerpii indicat.

4. Bienerus, Christianus Gottlob, fac. jur. procancellarius: De jure apothecae, quatenus Imperatori atque Imperio incertis ac minimentis Locorum Germanicorum competat. Programma, quo solemnia Doctoralia Christiani Gottlieb Tillingii indicat.

1794

5. Inglerus, Fridericus Christianus: De numeribus pulleis, justitiae sacerdotibus, absque justa causa non auferendis.

6. Erhardus, Christianus Samuel: Quae jura in alendis et educandis liberis secundum statum naturalem et civilem attineant?

7. Hartold, Christianus Gottlieb: Successionem in privatum creditorum bonum, jure offerendi apud Romanos usitatam, e foro Saxonico recte exsulare.

8. Hegner, Fridericus Christianus: De damnatione ad metalla.

9. Kleepe, Carolus Fridericus Mauritius: De natura et indole possessionis ad interdicta utipossidetis et utrubi reddenda necessariae.

10. Knoitzschberus, Joannes Christianus: De antiquitate vicariatus Saxonici sive origines vicariatus S. R. imperii ex principatu Bacum Francorum

Saxonique dedictae.

11. Poelhmann, Ios. Lud. Ern.; fac. jur. procancellarius: (De jure jurando vicario.). Programma, quo sollemnia inauguralia Friderici Christiani Hegewi indicit

12. Ranke, Abraham Gottlob: Interpretatio odarii sapphici in Horatium. Programma, quo orationem auspicalem indicit.

13. Tilling, Christianus Prosperus: De postumis heredibus instituendis vel exheredandis ad ll. 28 & 1. et. 29. D. p. 2.

COMMENTATIO
DE
POSTVMIS HEREDIBVS
INSTITVENDIS VEL EXHEREDANDIS
AD LL. XXVIII. §. I. ET XXIX. D.
DE LIBERIS ET POSTVMIS ETC.
ADIECTIS TABULIS

PARS SECVNDA

SCRIPSIT ET
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO LICENTIA
DOCTORATVM IVRIS
RITE CAPESSENDI
A. D. IX. OCTOBR. MDCCXCIV.
H. L. Q. C.
AD DISPVTANDVM PROPOSVIT
M. CHRISTIANVS GODOFREDVS TILLING
ANNAEMONTANVS

LIPSIAE,
EX OFFICINA SOMMERIA.

Nunc meos facere lubet versus quibus Boetius Epo ludebat in Legem Gallus.

Turba peritorum Gallum coxitque recoxitque;
Haud tamen es coctus, Galle miselle, satis.
Galle miselle, satis quia te vix concoquit ullus,
Hinc fit, ut incoctus, dilacerate, gemas.
Scilicet in vitio non tu, sed inops focus iste
Multorum qui te concoquere occipimus.
Quid? cocus hic melior? Censete coci meliores
Quam vos cornicum lumina qui infoditis.

Emendet Benevolus Lector haec Sphalmata crassiora.

P. 7. l. 18. pro: nemini: legendum: memini. P. 113. verba linearum 5. et 6. sic ordinanda sunt: ita ut ridicula videatur pro-
P. 21. l. 27. pro voce: a vi: legend. avi.
P. 37. l. 23. pr. dominum: leg. dominium. hibitio eius, quod fieri etc.

ILLVSTRISSIMO AC EXCELLENTISSIMO

DOMINO

HENR. FERDINANDO DE ZEDTWITZ

DOMINO AC DYNASTAE IN AVERSTAEDT
CONSISTORII SACRI PER TERRAS SERENISSIMI
ELECTORIS SAXONIAE SVPREMI PRAESIDI
ACADEMIARVM CVRATORI

PATRONO SVMMA PIETATE, DEVOTIONE
REVERENDO

VIRO

MAGNIFICO ATQVE EXCELLENTISSIMO

AMPLISSIMO DOCTISSIMO

GOTFRIDO AVGVSTO ARNDT

DOMINO HEREDITARIO IN PAVNSDORFF

MORALIVM ET POLITICES PROFESSORI PVBLICO ORDINARIO
COLLEGII D. VIRGINIS SODALI NEC NON SOCIETATIS
LIPSIENSIS OECONOMICAE SOCIO

PATRONO ATQVE FAVTORI

MAXIMOPERE COLENDO

FASCES ACADEMICOS

IN

VNIVERSITATE LITTERARVM LIPSIENSI

OMNIVM CVM ACCLAMATIONE

SVSCEPTOS

SVMMA PIETATE

GRATVLATVR

IOANNES GOTTLOB RVDOLPHVS

DOMINE
ILLVSTRISSIME, SPLENDIDISSIME
EXCELLENTISSIME

PATRONE SVMMA PIETATE VENERANDE

Habeo sane, quod sperem, fore, vt TV, DOMINE INDVLGENTISSIME, bonam in partem sis accepturus, quod equidem, ignotus TIBI, hunc qualemcunque libellum NOMINI TVO ILLVSTRISSIMO consecratum TIBI mittere sustinuerim. Me quidem innotescere TIBI gestientem retinebat tenuitatis meae conscientia: dubitantis tamen animum erigebat partim humanitas TVA, qua, sustinendo inferiores, si quos laudis verioris studiosos cognoveris, GENE-

RIS TVI Nobilitatem NOMINISque TVI Splendorem aequas, partim vero summus, quo inter optimos Litterarum Patronos excellis, doctrinae solidioris amor, ad cuius laudem aliquantum evadere equidem pro virili adlaboro. Vt enim taceam Virtutes TVAS domesticas, quarum exercitio constanti ac perpetuo effecisti, ut non solum GENTI TVAE GENEROSISSIMAE, sed etiam omnibus Gentilitate TVI similibus, quin adeo omnibus bonis sis in deliciis; Muneribus Publicis Splendidissimis atque Gravissimis, quibus SERENISSIMI PRINCIPIS ELECTORIS SAXONIAE, Patris Patriae Clementissimi sapientia TE praeesse voluit, tanta fide ac iustitia, tanta prudentia atque solertia defunctus es, ut, adaucto per huius Virtutis TVAE excellentiam Splendore GENTIS TVAE ILLVSTRISSIMAE, inter Viros principes qui Saxoniam Ministerio sapientissimo exornant, locum haud ultimum TIBI vindicaveris NOMENque TVVM civibus Saxoniae charissimum effeceris. Hinc factum, ut, quum per providam curam SERENISSIMI ELECTORIS SAXONIAE TIBI, Domine Illustrissime, Dire-

ctio Suprema Rerum Sacrarum demandata esse nunciaretur, omnes boni et salutis publicae, honestatis ac purioris doctrinae amantiores impense laetarentur, gratulantes patriae dilectissimae talem ac tantum Consistorii Sacri Praesidem. Plurimum tamen laetatur Academia nostra, sibi Principis Optimi Clementia contigisse Curatorem, qui, postquam GENERIS SVI Nobilitatem et doctrinae solidioris, Administro Principis dignae copia et purioris virtutis splendore illustravit, pro summa Ipsius Prudentia literas elegantiores tueri, Studiisque omnium ac singulorum qui vitam vero cognoscendo ac Iuventuti Academicae tradendo impendunt, iustum pretium statuere et possit et velit. Quare cum omnibus bonis nihil magis habeo in votis, quam ut Numen Supremum TE, DOMINE ILLVSTRISSIME, de republica cum maxime meritum ac in dies magis merentem, CLEMENTISSIMO PINCIPI ELECTORI, Patriae, Genti TVAE, religioni, Academiae nostrae, felicem, faustum, fortunatum, atque virtutis TVAE praemiis auctum, ornatum, cumulatum, beatum per longissima vitae tempora conservet ac tueatur. Caeterum

me TIBI, DOMINE INDVLGENTISSIME, habeas, obsecro, quam optime commendatum. Quodsi enim TIBI, sapientissimo Academiae nostrae Curatori studia mea non prorsus improbari cognovero, me non frustra vixisse putabo, per omnem vitam futurus

NOMINIS TVI ILLVSTRISSIMI
AC SPLENDIDISSIMI

Scrib. in Vniv. Litter. Lipsica
ipsis Calendis Octobr. CIↃIↃCCXCIV.

deditissimus ac devotissimus cultor
CHRISTIANVS GODOFR. TILLING.

Mira fortasse videbitur multis facies libelli partem dimidiam meris correctionibus consumti ac tanta paginarum serie nihil sistentis praeter ea, quae Titulum rumpendi cum conficiant, primam tantum historiae de postumis rumpentibus partem absolvant. Sed neutrum vitio mihi debet verti. Nam praeterea, quod in scribendo quisque non possit non suo quo fertur, genio obtemperare, quodque singulis fere argumentis propria deprehendatur esse peculiaris qua tractari debeat, ratio, quam investigare haud levis negotii res est; his missis in caussa praesenti adeo difficili, ut optimi qui eam tractandam sibi sumserunt Interpretes tantum non omnes gravissimas quae venirent excutiendae, quaestiones vel intactas relinquerent, vel perfunctorie tantum tractarent; in tali caussa partim non licuit mihi esse tam felici, ut primo statim ausu singulas argumenti partes omniumque nexum satis perspicerem, atque omnia ac singula recte concepta recte scriberem, partim vero non debui incorrecta relinquere, quae minus recte a me tradita deprehenderem. Accedit variorum de variis huius argumenti quaestionibus opinionum diversitas tanta, ut non solum singularum comparatio, falsarum confutatio, veriorum emendatio negotium sit laboriosissimum, sed etiam animus tot tantisque difficultatibus irretitus, ac saepius, quo se vertat, nescius a labore suscepto paene deterreatur. Deinde vero nec rei natura nec speciminis Academici ratio permittit, ut, quemadmodum usu venire solet, enunciata ἀφορισμῶς ac velut ex tripode dicta proferantur, sed necessarium potius, ut partim, si quid ab aliis minus recte dictum deprehendatur, id ex iustis rationibus reiiciatur, partim vero et rite et recte probetur, quicquid ut novum ac certum proponitur. Quare condonaturos saltim esse Lectores mihi spero rationem quam secutus sum, ordinemque scribendi a me servatum; praesertim cum nemini obtrudens has meas vigilias lecturis tantum scripserim.

Addenda et *corrigenda in priori specimine.*

Ad p. 3. et 4. a verbis: *Proponuntur itaque duo momenta:* usque ad verba: *paterfamilias factus est.*

L. 28. D. de lib. et post. genus ex singulis formis oriuntur:

Satis indicat, puto, quod p. 1. ad marginem notatum legitur, me hunc Tryphonini locum (*l.* 28. *§.* 1. *de Lib. et post.*) eo mihi potissimum consilio delegisse, ut regulam: *rumpitur testamentum, quoties testator, paterfamilias, in potestate sua habere coepit, quem ante non habebat*: generalem esse demonstrarem. Quamvis igitur *L.* 33. *D. de test. mil.* militis testamentum per postumum rumpi, nudis verbis pronuncietur: hic tamen locus meo consilio haud videbatur convenire, quia, quod in praesenti caussa genus facit, id hic non exprimitur. Meo autem in loco ICtus artificio utitur logico, ut, quod

ex rumpendi modis suo tempore notis tanquam genus ex formis eidem subiectis, collegisset, id, quoniam hic quoque locum invenire *pateret*, ad propositam speciem tum temporis nondum notam adplicaret.

genus tamen non oritur ex formis;

Iam vero singulis speciebus h. l. enumeratis nihil commune est, quod genus faciat, praeter rationem, quare rumpatur patris testamentum per postumum. Quae quidem ipsa his formis non sic inest, ut inde enascatur aut originem trahat, sed sic, ut, quod Leges ipsis indiderint, id inde possit erui et abstractione separari discendi docendique causa. Ergo quicquid in his rumpendi casibus commune esse deprehenditur, id omnino ex Iure habet originem.

sed a ratione constituitur

Quemadmodum enim in iis, quae *esse* dicuntur, seu in rerum natura, nihil licet conspicere, nisi corpora physica, seu individua; genera autem ratio facit et constituit, quibus plures eiusmodi res sub una notione comprehendat; sic iis etiam, quae *fiunt*, non possunt inesse genera; sed haec addenda iis sunt a ratione, seu, quantum ad facta quae iura et obligationes hominum mutua concernunt, a Legibus; quae sunt decreta rationis circa eiusmodi facta. Et quemadmodum ratio non, nisi rerum cognoscendarum ac iudicandarum causa; sic etiam Leges non faciunt genera, nisi eum in finem, ut singula quae proprie *facta* dici debent, inde et cognosci et iudicari possint.

eorum caussa, quae proprie fiunt.

Igitur Leges faciunt genera: faciunt autem eorum caussa, quae fiunt. Unde apparet, generum quae a Legibus constituuntur, usum omnem ad facta pertinere et referri debere, adeoque intra hos limites illa contineri, ut de iis duntaxat praedicentur, quorum caussa a Legibus constituta sint, atque adplicando ad ea, quae vere et proprie

fiunt, seu ad facta materialiter talia, ad effectum perduci possint ac debeant, (dass sie realisirt werden).

hinc fit, ut regula verbis congruis concepta in facto consistere videatur;

Ex his facile intelligitur, Ius, uti dixi, non posse adplicari, nisi proposita fuerint facta, quibus adplicetur, de quibus, tamquam genus de suis formis, praedicetur. Unde fit, ut, quando ad facta adplicantur rationes istae generales, eum in modum concipiantur, ut ipsae in facto positae videantur esse, uti videre est in hoc meo loco. Secundum verba enim, quibus generalem illam regulam contineri dixi: *paterfamilias factus est*; *in potestate sua habere coepit*: haec ratio in facto posita esse videtur. Verba enim: *factus est*; *coepit*: tempus demonstrant, quod facit *notam* eorum, quae fiunt.

neque tamen consistunt in facto.

Cave tamen existimes, vere in facto versari hanc rationem. Sic enim non posset esse generalis: generalem autem eam esse, nemo est, qui negari possit. Ergo dicendum: verba excitata exprimere regulam istam adcommodatam ad singularem speciem eidem, tamquam generi suo, subiectam: quae adeo, uti quaelibet regula, citra hunc usum et absolute posita sic debuit verbis concipi, ut ex his ipsis verbis, quorsum spectaret et quis esset eius usus, intelligeretur: *rumpitur testamentum, quoties testator, paterfamilias, in potestate sua habere coepit, quem ante non habebat.* Vocabulum enim, coepit omnino tempus ostendit, quo res gestae seu facta *notantur*. Multo magis igitur, haec regula mea de casu ipsi subiecto praedicata sic enunciari debuit, ut temporis nota in ipsis verbis, quibus conciperetur, esset conspicua. Nam ad ea pertinet, quae et tempore fiunt et sua natura tempori subsunt. Inde vero, regulam ipsam, si vel adeo de specie praedicata proponatur, in facto positam esse, concludere, nec aequum, nec licitum. Haec enim: esse patremfamilias; in pote-

ſtate habere: nullo prorſus modo ad *facta* referri poſſunt. At haec ſunt facta vere ſic dicenda: *mortuus eſt pater*; *deſiit militare filius*. Haec enim quoad *materiam* pariter atque *formam* ad tempus referri debent: illa vero quoad formam tantum, qua, quando effectum habere poſſint, oſtenditur.

Nam factum quod dicitur, ICtus debet doceri; non Ius.

Vera autem haec eſſe, quae ſic ratiocinando collegi, vel hinc poterit colligi, quod in omni Iuris ſpecie *factum*, quod dicitur, id continet, quod ICtus de Iure reſponſurus debet doceri, non id, quod Legum conſultus cognitum habet habeatque neceſſe eſt. Iam vero quid in hac mea cauſſa ICtus doceri debuerit, quid non debuerit, facile eſt ad diſtinguendum.

Regula vero formis ſuis adplicata eſt ratio Iuris.

Regula autem de caſu ſubiecto praedicata ſumit nomen *rationis*: quoniam eadem eſt cum regula genus conſtituente, generalis eſt et ipſa. Sic enim diſtinguere placet has voces, ut *ratio* ſit regula Iuris ipſa, ſed de caſu propoſito praedicata, cui, quia generalis eſt, ſpeciale, quod in facto reperitur eſſe, ſubiiciatur neceſſe eſt.

(Conſilium hactenus dictorum eos ſpectat, qui de regula l. 28. dubitaverint).

Quorſum haec, inquis? Quia ſcilicet dubitari poterat et dubitatum eſt, Iuris eſſe et rationem generalem conficere iunctim haec bina, quae ſic conſtitueram, momenta: a) *pater familias factus eſt*; *et*, b) *in poteſtate ſua habere coepit, quem ante non habebat*: quia exiſtimatum, haec non minus atque illa: *mortuus eſt pater*; *deſiit militare filius*: in facto conſiſtere. Quam dubitationem ut leuarem, utque plane nihil intermitterem, quod ad ſuſceptae tractationis fundamenta rite ponenda pertinere videretur, et haec hactenus ſcripſi, et, ut nexus utriusque rationis, qua ICti reſponſum h. l. confirmari oportuiſſe adſerui, magis declaretur, addo amplius ea, quae quamquam ad omnem Iuris doctrinam utilia, hic cum maxime ſunt neceſſaria.

Rationes reſponſo Iuris neceſſariae, proxima, remota quare nominentur.

Alteram igitur harum rationum, pro more loquendi ſcholae conſueto, appellavi *ſpecialem* et *proximam*; alteram *generalem* et *remotam*. Specialis illa generalis haec quare nominentur, id quidem per ſe adparet. *Proxima* autem illa dicitur propterea, quod, niſi priori loco nominanda in ipſo reſponſo, prius certe videnda et indaganda eſt in reſpondendo. Cum enim ICti reſponſum habere debeat et formam et materiam; multae autem ſint variaeque formae ſeu decreta Iuris: prius cognoſcenda eſt materiae natura, ut, quamnam Iuris formam in ſe recipiat, ſeu cui Iuris parti poſſit debeatve ſubiici, inde poſſit intelligi. Itaque nexus, quo hae binae rationes ſibi invicem ſunt iunctae, magis declarandi cauſſa illam inſuper appellare iuvat *materialem*; hanc *formalem*: ita, ut illa complectatur materiam, ex facti propoſiti natura; haec autem formam reſponſi, ex Iure depromendum. Ergo facti ſpecies propoſita praebet materiam; Ius formam reſponſi. Haec illi iungenda ut iuſta ſit, ſeu legibus conformis: illa huic ſubiicienda, ut effectum habeat.

Illa materialis, haec formalis dicenda, ut nexus utriusque pateat.

Universalia haec ſunt, et ad omnes omnino legitimae ſcientiae partes ſpectant: uſus tamen maxime conſpicuus et inſignis in Iure Civili quod circa mutua civium iura verſatur. In quo, rationem remotam, quam equidem formalem appellavi, *Tituli*; proximam, quam materialem nuncupo, *Modi* nomine venire: illam Iuris, hanc facti quaeſtionem eſſe, magis notum, quam forſitan hoc, uſum terminorum *Tituli Modique* unice pertinere ad ratiocinia, quae *a poſteriori* fieri dicuntur, quaeſtione ſcilicet ex perſona eius propoſita, qui ius aliquod ſibi eſſe adfirmat, cauſſaque ad Iudicem vel ICtum litis dirimendae gratia delata: ita, ut, quicquid nexus inter utramque rationem declarandi cauſſa hactenus philoſophatus ſum,

Uſus dictorum conſpicuus in Iure Civili,

cum receptis Tituli Modique notionibus adprime conveniat, eamque ob caussam sperare liceat, fore, ut haec qualiacunque ratiocinia, si vel apud multos laude, venia certe merita non destituantur; *praesertim cum sine philosophia caecutiat Iurisprudentia*, nec grammatica quidem Legum interpretatio, auxilio philosophiae destituta, recte procedat. Debet enim et Grammaticus et Philosophus esse Iuris Interpres. Quod ut uno saltem exemplo comprobem; diu multumque haesitatum est in constituendis iustis terminorum *Tituli Modi*que definitionibus, sine quibus tamen in omni Iure nihil quicquam potest intelligi; et BACCHOVIUS, si recte nemini, primus vidit, quod nunc, ni fallor, omnes norunt, *Titulum* esse Iuris, *Modum* autem facti quaestionem *).

et Lege Gallus

Ac hoc quidem iam nunc pluribus persequi et illustrare constitui propterea, quod verum Legis Gallus sensum nulla alia ratione aperiri et demonstrari posse sentiebam, nisi argumentum de postumis heredibus (Suis) systematico ordine exponerem, demonstrato discrimine pariter atque nexu inter materiam formamque huius rei, adeoque facto initio a regula generali ex hoc Tryphonini loco hausta atque deducta, monitisque, quae ad rem vel facere vel necessaria esse viderentur.

Ac *tali* quidem *consilio* nemo unquam Interpretum hunc locum persecutus est, ita ut plane frustra fecerit, qui me plagii commissi publice accusare non erubuit, siquidem inspecta statim inscriptione marginali ad p. 1. erroris, ne dicam, mendacii sui, famam meam sugillantis convinci debuit. Itaque per omnes paginas prioris libelli huic methodo sic penitus adhaesi, ut, quaecunque obvenirent quaestiones ex philosophiae principiis iudicandae, eas philosophice tractarem. Quod ut sic facerem, postulare partim videbatur ipsa rei natura, partim vero suadebat auctoritas Veterum ICtorum, ex quorum Libris Digesta conflata sunt, qui quidem multo philosophiae studio effecerunt, ut Summi in Iure viri et essent et haberentur. Ne tamen vel sic modum excederem, intra hos fines me continui, ut ea tantum monerem, quae ad rem vere pertinere viderentur. Haec autem, quae hactenus disserui, forsitan alias quoque profutura, ad meum argumentum cum maxime faciunt, cum regula illa generalis alia ratione neque recte constitui, neque defendi possit. Sed redeat oratio, unde digressa est.

---

*) Hoc tamen ipso, licet efficiat, ut ad verum aliquantum propius accedatur, plane nihil *finitur*, sed fons tantum indicatur, unde hauriendae sint iustae horum terminorum finitiones, hoc est, primae et geneticae: quas vel prorsus ignorari, vel parum recte teneri hoc luculentissimo esse potest indicio, quod in libris atque scholis nostris Modi adquisitionis tantum, non item, ut praeprimis fieri oporteret, Tituli dividantur in *Originarios et Derivativos*, ita, ut in singulis *Iuris* quaestionibus, parum deliberate et inconcinna plane methodo, in Modum habendi magis, quam in Titulum Iuris inquiratur, adeoque ad illum referantur ea, quae huic quam maxime propria esse ex iusta utriusque termini definitione, si teneretur, plus quam perspicuum fieri deberet. Atque in hoc ipso defectu caussam invenisse mihi videor, quare tot Iuris quaestiones (prae caeteris ea de postumis rumpentibus) adeo videantur impeditae, ut vel Viri alias bene gnari ac satis eruditi de iis ambigant; atque hinc Ius (*quatenus cognitum*) sit controversum. *Sic, qui* pacta successoria, aut *Testamenta* (*id quod vel nostra aetate, quis crediderit? usu venire solet*) *secundum Ius Naturae, absque omni Iuris Civilis ratione demtaque omni Legum Civilium functione valida* esse contendunt, ii penitus ignorent necesse est partim iustas *Iuris Naturae* pariter atque Tituli derivativi finitiones atque naturam, partim, quid ad adquisitionem derivativam requiratur. *unde non potest non* evenire, ut quaestiones ipsas male conceptas male intelligant et sic lapsi aliena immisceant, de quibus nemo sanus unquam potuit dubitare.

Responsi Iuris binae rationes convenire debent quantitate

Iam igitur istae binae rationes, seu quantum ad Ius Civile, Titulus et Modus convenire debent quantitate, ut tantum sit Titulo, quantum in Modo esse deprehenditur, non plus in Forma, quam in Materia responsi. Vel hinc intelligitur, in respondendo prius cognoscendam esse materiam, quam formam responsi exhibendi. Iam vero, ut dictis protinus adcommodem meum argumentum, huic Iuris formae: *Rumpitur testamentum, quoties testator, paterfamilias, in potestate sua habere coepit, quem ante non habebat*, duae insunt conditiones Iuris necessariae, considerandae quidem illae respectu ad testatorem habito, ob verba formae: *Rumpitur testamentum.* Quarum altera est *subiectiva*, seu in persona patris, altera *obiectiva*, seu in persona postumi rupturi necessaria atque conspicua. Non enim rumpitur testamentum; nisi a) illius, qui sit paterfamilias, qui, (quemadmodum prae caeteris elegantissime rem definivit in Szeleto Iuris Hommelius) si quos habeat liberos, eos habere possit habeatve in sua potestate: b) non autem rumpitur, nisi per eum, qui in potestatem eius venerit. Hanc ob caussam p. 9. lin. ult. formam continere dixi originem caussamque rumpendi internam, hoc est, eam, quae locum habeat in persona patris testatoris; modum autem nascendi agnascendique caussam rumpendi externam, in persona postumi rupturi necessariam, [sed non satis curate, ut ex his ipsis, magis tamen ex sequentibus adparet].

Formali vero insunt binae conditiones,

quae in hac caussa conficiunt formam rumpendi

Hae binae igitur conditiones, coniunctae, conficiunt formam rumpendi. Quae ut effectum habeant, requiritur, ut eas exsistere doceatur; hoc est, ut doceatur, a) patrem testatorem factum esse patremfamilias, b) postumum in eius potestatem venisse, vel, si testamenti tempore in lucem editus esset, statim venturum fuisse. Id quod confirmatum cernitur in hoc meo loco. Filiusfamilias enim proponitur fecisse testamentum de castrensi peculio, habens filium in patris sui potestate. Iam vero Iuris est, *morte patris* filiumfamilias a) sui iuris seu patremfamilias fieri *) b) simul vero nancisci potestatem in liberos, quos antea in potestate patris habuerit. Iam mortuus esse *dicitur* pater; ergo factus est testator paterfamilias, et filius sub eius recidit potestate. Exsistente igitur utraque conditione legitima locum iam sibi vindicat dispositio Iuris illa, ut rumpatur testamentum filii olim militis ob praeteritionem huius postumi. Sed obstabat, testamentum fuisse conditum de castrensi peculio iure ac more militari; quia scilicet militis testamentum ab hac regula excipitur: quod etiam Iuris est, ut adeo dictae conditiones haud exsistere videantur. Quae dubitatio ut removeretur, *facto* idoneo doceri debuit, hanc alteram Iuris dispositionem huc non esse referendam. Et docetur ex ipsa specie proposita. Testator enim desiisse dicitur militare: ut adeo militis beneficio non amplius frueretur, sed testamentum ipsius Iure paganorum, hoc est, secundum priorem illam Iuris regulam conferetur. Erat haec dubitatio ex persona testatoris ius singulare illius respiciens, quo a civili paganorum obligatione postumos in testamento heredes nominandi liberabatur: debebat igitur ex persona testatoris removeri, demonstrato facto, quo privilegium illud fuisset extinctum; ut adeo, cessante conditione contraria, prior illa Iuris regula locum obtineret. Unde intelligitur, rationes dubitandi pari modo removendas esse

quod docetur exemplo l. 28.

*) Haec bina enim Iure Romano sunt exacte aequalia, quia non vltima pars Civitatis Romanae haec est, ut ex Cive prognatus, simul atque solutus fuerit potestate patris sui, statim ac ipso Iure cum plena civitate etiam iura patrisfamilias, et cum his obligationes iisdem nexas adquireret.

ex facti propositi specie, sed, ut mihi quidem videtur, posteriore loco. Prius enim nominandum, cui obstent; deinde, quid obstare videatur: ut, hoc remoto, illud manere adpareat.

Leges enim incipiunt ab obligato, ut hic obligatio faciat titulum rumpendi;

Iam vero Leges formas constituentes, seu conditiones et caussas, quibus homo homini obligetur, initium faciunt ab eo, qui obligatur alteri: ita ut forma obligationis strictae sic dicenda, seu Titulus cernatur in eo, qui obligatur alteri. Proposita autem quaestione ad respondendum invertendus est ordo, quia quaestiones proponuntur vel proponendae sunt ex persona adquirentis, seu eius, qui alterum sibi obligatum esse dicit. Leges adeoque Ius docentes

ICti vero ab adquirente, ac Modo;

descendunt a conditionibus obligationum et ab ipsis obligationibus caussas adquirendi praebentibus: iudicantes autem et qui de Iure (sibi iamiam cognito) respondent, adscendere debent a iure, quod alter sibi esse dicit, ad obligationem alterius, huiusque conditiones, an observatae atque extiterint *). Si quis *ius* sibi adversus alterum quaesitum esse ait *facto*: prius videndum, factumne sit, quod factum esse dicitur; deinde, an Leges huius facti hunc effectum esse voluerint, ut ius inde nasceretur, hoc est, ut alter vere obligaretur. Nam licitum quidem factis iura adquirere; sed salvis caeterorum iuribus, speciatim autem eius, qui obligatus esse dicitur; adeoque ab hoc non aliter, nisi obligato.

et quare utrumque

---

*) Leve fortasse multis et paene commenticium hoc esse videbitur. Sed est, uti verissimum, sic gravissimum immo necessarium ad methodum Iuris docendi recte adornandam. Ad fingendum enim ac perficiendum Iurisconsultum, quali respublica eget, utraque methodus, sed subsequenti ordine adhibenda est, sic; ut *primo loco* Ius ordine plane systematico, hoc est, ut obligationes earumque conditiones legitimae ex ipsis humanae salutis et Iuris Publici fontibus haustae ac deductae doceantur, partim eae, quibus voluntas civium sic penitus adstricta est, ut, si contra fecerint, vel deliquisse censeantur, vel negotia inter ipsos celebrata nulla sint, partim eae, quae arbitrio contrahentium relictae sunt: *secundo* autem *loco*, ut quaestiones, quales in foro obvenire solent, propositae enucleentur, additis in utramque partem rationibus ex Iure a priori cognito depromendis, methodo concinna quidem, sed non, ut ibi, sic necessaria, ut arbitrio ac dexteritati doctoris nihil possit committi. Vel, ut brevi rem dicam, opus est, ut Ius et *a priori et a posteriori* cognoscatur, adeoque doceatur, si modo his scholae terminis iustas notiones iungimus: ut scilicet i b i a conditionibus obligationum rite deductis, *quae existere possint*, nisi vel solae totam huius doctrinae συστημα absolvant, initium saltem fiat; h i c autem *iura vere et actu competentia aut sic proposita* cum ipsorum conditionibus *vere existentibus*, quae in ipsis obligationibus consistunt, singulis iuribus respondentibus, hoc est, ut factorum species exhibeantur diiudicandae. Utraque methodus vel maxime necessaria, ac utraque coniuncta exsistit tandem in animis discentium ea Iurisprudentia, quae sit habitus Leges recte intellectas rite adplicandi. (Sic enim haec definitio enuncianda, non, ut vulgus loquitur, *habitus intelligendi Leges easque adplicandi*, quia *habitus intelligendi* absone dicitur, posterior vero pars Iurisprudentiae priori tamquam conditioni necessariae subest). Illa enim methodo adhibita (cui quidem interpretatio grammatica, inqua sola Cuiacius caeterique omnes eius similes excellunt, necessaria quadam ratione servit) Leges adeoque conditiones obligationum ex Legibus, et sic vicissim hae *recte intelliguntur*; hac autem illa cognitio in usum convertitur et habitus Legum adplicandarum conciliatur, discendo, iura singula *quare et in quantum* c o m p e t a n t.

Tale quid animo Imperatoris Iustiniani obversatum fuisse in concinnando Corpore Iuris Civilis ordinandoque Iuris discendi curriculo, dum Institutiones tironibus, Digesta et Codicem adultioribus adsignaret, non potest negari; compilatores autem Institutionum, quid sibi velint Elementa Iuris prima parum recte calluisse certissimis inde constat indicijs, quod, diversa licet Titulorum serie, singulos locos eadem fere methodo, quam in Digestorum opere, ibique recte, observatam videmus, pertractarent. Hinc factum, ut et in Libris et in scholis nostris natura, ratio ac differentia utriusque methodi sic prorsus ignoretur, ut potius plerique methodum Digestis propriam etiam in doctina Institutionum sequantur, paucis vero cum Summo Magistro Heineccio methodum Institutionibus naturalem ad Digesto-

Hinc est et sic intelligendum, quod in Iure dicitur, partes rei semper esse favorabiliores. Iura enim caeterorum inprimis autem eius, qui obligatus esse adfirmatur, faciunt legitimos eius, quod licet, fines atque terminos. Igitur in respondendo prius videndum, quid et an factum sit, quod proponitur; deinde, an licuerit. Ac nunc demum illud nomen Modi, hoc Tituli adeo proprie meretur, ut, me quidem auctore, haec vocabula ad disciplinam Iuris practicam atque forum delegare, in tradenda autem Iuris doctrina pro iisdem nomina formae et materiae usurpare consultius esse videatur.

Ut autem haec quoque in meam caussam convenire pateat; proposita cum facti specie quaestione: utrum testamentum rumperetur: prius videndum, an in potestatem testatoris venerit postumus rupturus; deinde an paterfamilias factus sit testator. In hoc enim conspicua est obligatio patris adversus postumum, quae, caussam hinc habens, cum iure ipsius in persona postumi eodem tempore oritur: in illo autem ius postumi quasi quaesitum. Igitur *patria potestas* quaesita, quam p. 20. l. ult. Iuris sui heredis caussam formalem appellavi atque primariam, facit, re ad ICtum vel iudicem delata, Titulum:

Adplicantur dicta caussae praesenti sic,

ut patria potestas sit Titulus et, venisse in potestatem, Modus rumpendi sic,

---

rum quoque disciplinam transferant. quod non minus falsum. Adque hinc accidit, ut multi, vel ipsi, quid et quare factu opus esset, ignari, cum idem Ius, eadem methodo, diverso licet titulorum ordine, ibi brevius tantum, hic diffusius, cuius rei nulla inveniri potest necessitas, tradi viderent, de conflando in unum corpus utroque Institutionum et Digestorum opere cogitarent. Neglecta autem sic methodo Iuris docendi *a priori* omnique doctrina ad ordinem actionum forensium, quae tamen praeter cognitionem *a posteriori* nihil efficere valet, revocato necessitatibus reipublicae parum sufficienter consulitur, et evenire solet; ut adeo, quod a Kantio, philosopho, (quemadmodum sectatores illius loquuntur,) omnium summo, auctoritate sua caeteros omnes conterente atque contundente, neque tamen, si verum dicere fas est, satis modesto ac sincero, nudis verbis factum legi, ICti incusentur, quod ignorent veram *eius, quod iustum est*, definitionem, quam tamen ipse censor severus, Kantius acutissimus, uti multa alia, quae non ignorare ipsius magnopere interesset, penitus ignorat. Idem vitium in Iuris Naturae doctrinam quoque immigravit, et effecit, ut adeo Summi in Iure pariter atque Philosophia Viri hic caecutiant, ac ut in principiis, sic in singulis partibus quaestionibusque aliquantum difficilioribus in tot diversas partes abeant; ut adeo ratio humana in eo, quod a nemine ullo modo ignorari, sed unanimi consensu firmiter teneri omnium quam maxime interest, a se ipsa tam misere dissentiat. Mixta enim utraque methodo neque discrimine inter id, quod et quare licitum sit, *antequam fiat*, et id, quod et quare defendi excusarive possit, *postquam factum est*, certis risque firmis regulis superstructo et curate observato non licet sperare, fore, ut Libri pariter atque doctores conspirent, sed evenire potius debet, ut multa dicantur esse Iuris Naturae, quae et morum praeceptis et sane rationis dictamini ex diametro sunt contraria. Distinctis autem iis, quae sua natura sunt diversissima, licet cognata et nexa, hoc est, 1) *regulis Iuris*, quas homo iustus in dirigendis suis ipsius actionibus *nondum susceptis* sequatur, hisque deductis ex *genuinis fontibus, naturam ducem sequendo*; (quos tamen ipsos Philosophiae Kantianae sectatores nimis strenui tamdiu ignorabunt, quamdiu cum magistro, in cuius Libris notionem principii frustra quaesivi, tantum abest, ut principium, doctrinae morum ab eo praestructum dicam, an absque fundamento praepositum? verum esse possit, sibi persuadent, persuasumque habere simulant, *rationem ipsam* tamquam fontem *in se continere leges, quas sequi debeat:* Ratio enim hic spectari tantum potest, tamquam vis intelligendi. Sic vero spectata nihil esse potest, nisi vis leges ex fontibus suis inveniendi, in quo etiam omnis legislatoriae facultatis et αὐτονομίας dignitas cernitur) 2) deinde vero *iis regulis*, quae normae sint iudicis *factis* hominum *iustum* pretium statuentis, unde sumat rationes, ex quibus haec facta defendi aut excusari possint: his, inquam, duplicis generis regulis probe distinctis omnia plana et certissima fieri equidem mea ipsius experientia satis edoctus certissime persuasus sum. Tantum ac tale est praesidium, quod Iurisprudentiae a veriore philosophia accedit.

hoc autem, *veniſſe* in patriam poteſtatem, quod eiusdem iuris cauſſam materialem eſſe dixi et ſecundariam; Modum rumpendi, licet non plenum. Ius enim rumpendi non competit, niſi adverſus eum, qui Suum heredem cui obligetur, habere potuerit habuerit-que; non competit, niſi illi, qui in eiusdem poteſtatem venerit. Vel hinc intelligitur, recte a me p. 9. et 10. diſtinctum eſſe inter formas et modos agnaſcendi: quo diſcrimine neglecto tituli modique rumpendi miſere miſcentur, ut adeo commiſtis, quae ſua natura ſunt diſcreta, imo vero ſibi invicem ſubordinata, in omni cauſſa nihil luminis adpareat. Forma enim agnaſcendi continet cauſſam obligandi, quae, accedente modo agnaſcendi, ad effectum perducitur, ut nunc demum vere ac plene obligetur pater filio, avus nepoti, poſtumis.

ut huic nihil deſit, ſi ille locum in venire debeat.

Ut porro forma rumpendi, ſic definita et intellecta, plenum effectum habeat, prorſus nihil deeſſe debet in modo, quo vis formae ſuſpendatur aut impediatur. Titulum enim et Modum ſimul adeſſe oportet *pure*, nulla re admixta, qua forma Iuris plenum effectum habere impediatur. Quodſi igitur (et hoc ad p. 9. dictum volo) poſtumus eodem, quo in familia et poteſtate patris aut avi eſſe coeperit, tempore ius ſui heredis ſeu primi gradus inter ſuos nacturus eſt; (ad hos enim ſolos officium patris, uti notum, ſpectat) ſtatim eſt in eo, ut teſtamentum rumpat, praeteritus. Habes hic poſtumum *vere* ſic dicendum genuino Iuris ſignificatu. Utraque enim conditio, quam neceſſariam eſſe dixi ad rumpendum, in hoc poſtumo eodem tempore exſiſtit, et plane nihil attinet, quocunque tandem modo in familiam teſtatoris venerit. arx enim huius rei in eo verſatur, ut ſic, ſeu, *his conditionibus ſimul exſiſtentibus* in familiam parentis venerit. Quod ſi vero a) patriae poteſtati prius ſubeſſe coeperit, ius

Hinc poſtumus vere

et quaſi talis

ſui heredis poſtea nacturus, vel ſi (ſive naturaliter ſive civiliter hoc ad effectum Iuris perinde eſt) b) prius naſcatur, in poteſtatem et primum in familia locum poſtea venturus: utrimque, altera licet rumpendi cauſa exſiſtat, effectus tamen ſuſpenditur usque ad id tempus, quo altera etiam conditio ad rumpendum neceſſaria exſiſtat, h. e. quo a) patriae poteſtati antea ſubiectus, primum tandem locum in familia occupaverit, vel b) antea natus tandem poteſtati ſubeſſe coeperit, nactus ſimul ius primi gradus inter ſuos.

Conditioni enim, quam obiectivam ſupra nominavi, haec bina inſunt, ut, qui ſuus heres recte et pleno Iuris effectu dici poſſit, is a) ſubſit patri, b) primo in famalia loco: et hanc ob cauſſam in regula generali, quam interpretando conſtitui ex mente Legis 28, ſcripſi haec verba: *primo loco:* uncinis incluſa. Habes ſic poſtumum *quaſi* talem. Iuſta enim et idonea haec ratio eſt ad diſtinguendum inter verum poſtumum et quaſi talem: ut ille ſit is, in quo et Titulus et Modus rumpendi eodem, quo (naſcitur, ſeu, ut dicatur, quod res eſt, ſiquidem nomen deſumtum ab eo, quod ut plurimum fit, quo) in familia eſſe coeperit, tempore, absque omni ullius impedimenti acceſſione adſit; hic autem is, in quo vel Modus, vel etiam ex parte Titulus ſuſpenſus haereat. Qua quidem in re, cum iam p. 9. otium mihi fecerim, nihil amplius addo. Monendum tamen, magni momenti, imo pretii eſſe hanc diſtinctionem inter poſtumos civiles et quaſi tales, quam (abſit iactationis invidia) equidem primus conſtitui, iuſta usus motusque ratione. Hauſta ſcilicet illa eſt ex forenſi verborum naſcendi agnaſcendique ſignificatu a proprio vel propterea diligenter ſeparando, quod ille ex hoc derivatur.

cum ratione differentiae,

quae maximi eſt momenti,

Ergo non cerebrina aut ficta eſt haec diſtinctio. Quibus quidem ſeparatis non potui non ad differentiam inter

sicut illa inter postumos quasi tales ac civiles.

postumos vere et quasi tales; deinde inter hos et civiles devolvi; iisdem vero confusis, ut vulgo postumi quasi tales et civiles perinde habentur, multa per omnem caussam oboriebatur in dividendo obscuritas, ambiguitas et difficultas: quam ut evitarem, discrimen hocce, ut feci, constituere debui, refragante licet Doctorum auctoritate. Quid enim? num postumum, qui in hac Tryphonini specie est, aut nepotem in filii locum succedentem perinde nominabis civilem, ac eum, qui adoptione fit suus heres? Sic autem haberes postumos civiles naturaliter natos et proprie. Nihilne interest discrimini, respectu ad filium habito, inter eum nepotem, qui vivo patre ex uxore filii nascitur, et eum, qui consentiente filio in locum nepotis adoptatur? Nonne vero id, quod interest, essentiam rei tangit, ut adeo appellationum quoque aequum discrimen statui debeat? Quorum postumorum prior cum vere nascatur, verbo proprie accepto; num eum civiliter natum dicere poteris filio heredem suum? At vero forensis verbi significatus sic formandus, ut a proprio non prorsus abhorreat. Miscent haec alii ac perinde habent. Quid hoc ad me? Iustas secutus rationes ab eorum auctoritate recessi, quia me tenebris, quibus totum de postumis rumpentibus argumentum adhuc premitur, aliter expedire non poteram, nisi distinctis, quae natura essent diversa. Ac ingenue fateor, me, si quid in hac caussa vidi, constituto hoc duplici discrimine longe clarius vidisse. Sed haec hactenus.

Ad p. 10.

Ex dictis nectitur correctio prioris libelli p. 10. de formis nascendi. Nam errratum fuit;

Iam vero quaedam superioribus congrua adiicio, ut me corrigam ipse in eo, quod p. 10. de numero formarum nascendi agnascendique curate finiendo scripsi: plura enim nunc video ibi esse vitiosa et minus recte scripta, nec definitioni quidem formae modique agnascendi plane convenientia. Primum enim lin. 4. pro verbis: *Quot igitur sunt modi, quibus natus invenitur suus heres, tot sunt etc.* dicendum erat: *Quo duplici modo postumus, natus, invenitur suus heres, tot sunt etc.*

Deinde, re accuratius cogitata, non tres, ut tum temporis scribebam, sed omnino aut quatuor utrimque esse apparet nascendi agnascendique formas in duas classes dispescendas, aut duas tantum, ita, ut singulae duplici modo exsistere et locum invenire possint. Datur enim omnino quarta nascendi forma; nepote scilicet nato 1) a) *vivo avo* b) *post testamentum patris sui*, 2) *deinde* a) *mortuo avo* b) in potestatem primumque in familia filii, patris sui, locum veniente. Casus autem Iulianeus aequali cum casu Cap. II. L. Velleae iure ac modo peculiarem constituit agnascendi formam, aut cum hoc, unam formam faciens, peculiaris modus est, quo haec forma exsistere possit.

ex caussa errandi

Caussa errandi fuit, quod tum temporis formas constituebam secundum Leges, ex quibus instituere licuit postumos nepotes, ipse mihi impar. Res enim ipsa monere debuisset, secundum hanc normam formas haud recte constitui. Harum Legum enim habenda quidem erat ratio, sed tamen non sic, ut formarum constituendarum normam facerent, uti fit in libris nostris, unde iste error meus manavit. Nam cum per has Leges hoc tantum inductum sit, ut instituere liceret postumos nepotes, ne rumperent praeteriti testamenta; antea per eosdem rupta fuisse, adeoque caussam rumpendi legitimam obtinuisse manifestum est. Igitur formae agnascendi pariter atque nascendi sic erant

definiendae ac constituendae, ut Titulus, hoc est, caussa rumpendi, et conspicuus esset et normam faceret. Sic autem casus Iulianeus pari cum caeteris iure censeri debuisset.

Ipse igitur me erroris eo lubentius arguo, quo magis ille error arcem rei tangere videtur, ita, ut multa inde enasci potuisset obscuritas et confusio. Cum enim ratiocinii laus et virtus in eo cernatur, ut, quae in examen vocentur, ea ad principii cuiusdam primi eiusdemque certi normam singula suis, ut logico verbo utar, praedicatis seu generibus recte ac legitime subiiciantur et sic sibi invicem nectantur: rem aliquam a suo genere exclusam alieno praedicato tribuere maximum est vitium. Tale quid a me commissum: ergo corrigendum. Quod me non frustra fecisse, sed cum aliqua utilitatis accessione, id quidem intelligetur ex Tabulis adpositis, quas addo, ut ratio, similitudo et diversitas formarum rumpendi oculis conspicua adpareat ac facile possit animo informari, utque tandem vel sic haec res misere habita in Libris nostris ad liquidum et certum perducatur.

Falsum denique est, quod eadem pagina 10. l. 10. legitur: *in formis nascendi modum cum caussa rumpendi eodem tempore* exsistere: quod non semper sic locum habet. Nam in iis, qui quasi nascuntur filio sui heredes, modum alio, itemque titulum rumpendi alio tempore exsistere, hosque postumos hactenus etiam cum iis, qui quasi agnascuntur avo, prorsus convenire, ex tabulis adpositis patescit, quas, quaeso consulas, eorum maxime caussa, quae nunc dicenda sequuntur.

Duplex Tabularum conceptus

Haec vero tabulae duplici modo animo informari possunt:

1) ut vel sint utrimque duae classes;
   a) eorum, qui *vere* et
   b) eorum, qui *quasi* nascuntur aut agnascuntur sui heredes (forensi horum verborum significatu, ita, ut, sive sint naturaliter sive civiliter nati ac in familia exsistentes, hoc nunc neque discrimen neque momentum faciat) *binas* singulae *formas* complexae:

2) vel ut sint utrimque *duae* tantum *formae*, *binis* singulae *modis* ex pari ratione exsistentes.

Quicunque autem ex his rem cogitandi modis magis placuerit: schemata proposita sic sunt ordinata, ut utrique conveniant. Mihi tamen posterior modus magis adridet, quia sic, quod proprie formam rumpendi facit, id hic vere ad formam agnascendi, ibi autem ad classis notionem (minus convenienter) refertur, et quia modorum singulorum diversitas non nisi propter institutionum solemnitatem et ex Iure certo licentiam testamentorumque sanctitatem attendenda, quoad caussam et formam rumpendi autem, tota quanta sit, perinde est. Praeterea res, sic animo informata, facilius potest intelligi. Nam Modus exsistit vel *pure*, hoc est, tota conditio rumpendi plene, ut forma (re, uti semper, ad id tempus relata, quo postumus in familia futurus sit) statim effectum suum habeat, vel *non pure*, ut forma, seu conditio, quae formae inest, pendeat, pendente altera, quae est in modo agnascendi atque rumpendi.

quorum posterior nunc convenientior

Igitur duas agnascendi formas esse statuo:

Ergo duae formae agnascendi,

1) eorum, qui a) mortuo filio b) vere *agnascuntur* SUI HEREDES c) et nascendo rumpunt testamentum, praeteriti; hoc est, eodem tempore, quo nascuntur, seu, quo in familia et primo inter suos loco (sive naturaliter id eveniat, sive civiliter) esse coeperunt: et

MATERIA VEL		NC	NOMINA LEGITIMA.			
FILIUS, natus,	A. mortuo avo (ante teſtamentum)	npit. HIC	poſtumus (*filius*)	1	*Iuris Antiqui.*	
				A.	(poſtumi vere tales)	
				2	*Velleianus I.*	
	B. vivo avo (ſed mortuo ante filium)			1	*Velleianus II.*	UTILES.
				B.	(poſtumi quaſi tales)	
				2	*Iulianeus.*	

MATER		ƷNC	NOMINA LEGITIMA.			
NEPOS, natus,	A. mortuo filio (poſt teſtamentum ante nativitatem nepotis)	1	poſtumus (*nepos*)	1	*Aquilianus.*	
				A.	(poſtumi vere tales)	
		2		2	*Velleianus I.*	
	B. vivo filio (ſed praemortuo poſt teſtamentum)	npit. HIC 1		1	*Velleianus II.*	
				B.	(poſtumi quaſi tales)	
		2		2	*Iulianeus.*	

I. DE FORMIS NASCENDI TABULA.

ad p. 19. ſeqq.

MATERIA VEL MODUS,			FORMA VEL TITULUS,		EFFECTUS RUMPENDI.		QUI CESSAT SIC. *HJNC*			NOMINA LEGITIMA.		
FILIUS, natus,	A. mortuo avo (ante teſtamentum)	1 post *mortem;* (patris)	vere	*naſcitur* patri SUUS HERES:	praeteritus, rumpit	naſcendo.	Inſtitutus, EX	A. 1 Iure Civ. Antiquo;	non rumpit. HIC	postumus (*filius*)	A. 1 *Iuris Antiqui.*	
		2 post *teſtamentum;*						A. 2 Legis Vell. C. I.			A. (postumi vere tales)	2 *Velleianus I.*
	B. vivo avo (ſed mortuo ante filium)	1 *ante* } teſtamentum;	quaſi			veniendo in primum locum.		B. 1 LegisVell. C. II. } *utiliter;*			B. (postumi quaſi tales)	1 *Velleianus II.* } UTILES.
		2 *poſt*						B. 2 Iul. ſent.				2 *Iulianeus.*

II. DE FORMIS AGNASCENDI TABULA.

MATERIA,			FORMA,		EFFECTUS RUMPENDI		QUI CESSAT SIC. *HJNC*			NOMINA LEGITIMA.		
NEPOS, natus,	A. mortuo filio (poſt teſtamentum ante nativitatem nepotis)	1 poſt *mortem;* (avi)	vere	*agnaſcitur* avo SUUS HERES:	praeteritus, rumpit	naſcendo.	Inſtitutus, EX	A. 1 Formula Galli; (ad Ius Ant.)	non rumpit. HIC	postumus (*nepos*)	A. 1 *Aquilianus.*	
		2 poſt *teſtamentum;*						A. 2 Legis Vell. C. I.			A. (postumi vere tales)	2 *Velleianus I.*
	B. vivo filio (ſed praemortuo poſt teſtamentum)	1 *ante* } teſtamentum;	quaſi			ſuccedendo in primum locum.		B. 1 Legis Vell. C. II.			B. (postumi quaſi tales)	1 *Velleianus II.*
		2 *poſt*						B. 2 Iuliani ſententia; (mente Legis, ſeu)				2 *Iulianeus.*

2) eorum, qui a) vivo filio b) quasi agnascuntur, c) et succedendo rumpunt; hoc est, non eo tempore, quo in potestate avi esse coeperunt, sed eo demum, quo in primum locum, filio ex potestate remoto, succedunt.

Qui igitur mortuo (post testamentum) filio nasciturus est nepos, is vere: qui vivo eodem; is quasi agnascitur avo Suus heres. Ille eodem, quo nascitur; hic eo demum tempore, quo succedit, rumpit testamentum, praeteritus. Sic ergo, me p. 9. in fine notionem voculae *quasi* recte expressisse, veraque esse, quae inde colliguntur, manifestum est; utilitas autem ex universa tractatione intelligi debet. *Vox* quasi, ibi aiebam, *notat ea, quae origine et caussa diversa, effectu sunt paria.*

Cum autem ius rumpendi, quatenus reapse competit, originem habeat a *facto*, quod modum facit quo forma seu causa rumpendi ad effectum perducitur, e. g. morte *filii* in iis, qui agnascuntur avo; *avi*, in iis, qui nascuntur filio: cum illa voce (originis) perspicuitatis gratia coniungi velim vocabula *materiae* atque *modi*; cum hac voce autem, (caussae) quae Titulum faciens ex Iure adeoque formalis est, haec *formae* ac *tituli* rumpendi, ut sic res magis ad doctrinae severitatem et ἀκριβειαν redigatur. Haec enim vocabula easdem quidem singula res denotant, sed diverso singula respectu, uti iam supra observavi.

Ita ut Varius, titulus sit pro modo rumpendi vario.

Quando igitur varium aliquid est in materia seu modo, variet necesse est Iuris forma, ut pendeat conditio rumpendi, quae huic inest, adeoque effectus eiusdem: ita tamen, ut hic, existente demum illa, peraeque sit idem, ut, postumo praeterito, rumpatur testamentum.

Eadem est per omnia momenta conditio eorum, qui *nascuntur* filio Sui heredes; ita ut facta mutatione levi eius, quod materiam conficit, adplicatio facile fieri possit, viam monstrante Tabula adscripta. Materiam rumpendi scripsi priori loco propterea, quod sic facillime iudicari potest, quomodo et in quantum in singulis casibus locus sit formae.

Itemque duae nascendi formae.

Duplici autem ratione res utrimque considerari potest, eodem utrimque effectu; ut initium cogitandi fiat vel a patre (avo) tamquam a persona principali, vel a postumo, cui pater (avus) obligatus tenetur. Equidem in praesenti rectius putavi hanc posteriorem rationem sequi, quoniam versamur in quaestionibus, quae ex persona postumorum rumpentium proponuntur. Ut igitur postumus, praeteritus, rumpat testamentum, 1) requiritur *forma* seu caussa Iuris: quam binas continere conditiones supra p. 13. init. notavi, *subiectivam* scilicet, et *obiectivam*, ut postumus, si statim nasceretur, in avi (patris) potestate certo sit futurus. Sed huic conditioni pars quaedam adhuc deest. Amplius enim requiritur, ut *sit* Suus heres *futurus* avo (patri). Qui ut sit: duo necessaria sunt copulative, a) ut, natus, subsit, b) ut primo loco subsit patriae potestati. Ergo 2) simul requiritur, ut locus Sui heredis sit vacuus, quem postumus, natus, possit occupare. Sed vacuus non fit, nisi *facto* aliquo, quo filius, nepoti postumo obstans, ex potestate primoque loco removeatur. Itaque haec res in *facto* posita esse cernitur, a quo effectus formae suspenditur. Hoc igitur materiam rei facit, quatenus fieri necesse est, et modum, quando *factum* esse proponitur. Ibi rem *a priori*; hic *a posteriori* consideramus. Ibi fit initium cogitandi ab avo (patre); hic a postumo.

Ex duplici tamen rei respectu utilior est posterior.

Hinc requiritur ut postumus a) in potestate

et b) suus heres futurus sit;

ergo, ut vacuus sit locus primas,

quod facti est:

quot modis hoc evenire potest tot modi rumpendi.

Quotuplici igitur modo filius exire potest ex manu et familia patris, tot sunt in singulis agnascendi formis casus rumpendi; quos enumerare operae pretium haud esse videtur; sufficit enim facto demonstrari, primum in familia avi, remoto filio, locum vacuum esse, quem subintrare nepos postumus possit: ex omnibus, qui esse possunt, unum qui ut plurimum usu venit, adscripsi in Tabula, ut esset exempli loco. Eadem ratione se habet mors avi in Tabula postumorum, qui nascuntur filio, uti facta comparatione patebit.

Hinc uberior explicatio postumorum nepotum vere.

Itaque quando postumo nepoti eo, quo nascitur, seu in familia avi existit, tempore nihil prorsus obstat, quo minus statim sit Suus heres avo, et in conditione rumpendi, *vere* agnasci dicendus est et *nascendo* rumpere. Iam vero, *mortuo filio* (post testamentum et) ante natum postumum hunc plane nihil moratur, quo minus occupet locum primum. Ergo *sic* titulus modusque rumpendi plene exsistunt *eodem tempore*, quo postumus coepit esse in familia.

et quasi talium

Quodsi autem nepote nato filius adhuc vivit in potestate; ille nanciscitur quidem spem primi loci olim obtinendi, conditionemque rumpendi, sed suspensam a morte filii futura; quae adeo non exsistit, nisi recedente ex potestate filio: quo remoto (quo modo id eveniat, id quidem perinde est; res est, ut removeatur) nunc demum nepos, succedens in primum locum, in eo est, ut, praeteritus, rumpat testamentum; hoc est, rumpit, non eo tempore, quo in familiam avi venit, sed eo, quo in primum succedit locum. Caeterum haec forma, quantum ad modum attinet, quo ad effectum perducitur, conspirat cum altera illa, cui in eadem Tabula iungitur. Quocunque enim utrimque modo filius exierit ex familia primoque loco, nepos, sicut ibi nascendo, sic hic succedendo obtinet ius Sui heredis.

ad nepotes testamenti tempore suos futuros non pertinens.

Nil dixi, quod ad hanc posteriorem tabulam, de nepotibus natis vel nascituris, filio testamenti tempore ex familia iamiam remoto, quoniam hi, cum, primo quippe loco constituti, eadem cum filio, non alia ratione sese habeant ad officium testantis ac testamentum condendum conditumve, in causa praesenti ad priorem tabulam sunt referendi. Nec enim doceri potest, nec rationes Iuris antiqui permittunt, ut statuamus, nepotes, qui essent filiorum loco, deterioris fuisse conditionis, quam filios ipsos. Nepos enim, natus filio post testamentum mortuo, non potuisset rumpere, (quod potuerit necesse est, cum Gallus eum institui posse induceret, et L. V. eum rumpere vetaret.) nisi sic natus ius Sui heredis habuisset; quod magis verum, filio ante testamentum defuncto. Quare nulla ratione potest admitti, quod cum HOTOMANNO alii de iure adcrescendi nepotibus dato somniantur. Sic enim non necessaria ac inutilis fuit Galli cautio. Quomodo enim rumpere potuisset nepos post mortem avi nasciturus, nisi idem, vivo avo natus, iure Sui heredis nancisci potuisset primo constitutus loco in familia. Nec c. 2. L. V. hoc admitti patitur, quoniam Lex, cum testamentis consultum vellet, non potest intelligi induxisse successionem nepotum, quae esset agnationis loco. Quodsi vero nepotes post testamentum nati sic succedebant, necessario consequitur, eosdem ante testamentum natos, si postea successerint, habuisse iura primi gradus. Quare nil obstat, quo minus *l. 4. D. b. t.* de his etiam nepotibus accipiamus, ut adeo hos etiam institui posse Prudentes ante Gallum induxerint propter eandem necessitatem, quoniam lex generatim loquitur postumum, qui suus heres futurus sit; praesertim cum in testamentis adeo

haec interpretatio admittatur, ut, si *l. 6. in f. de test. tut.* pater postumo dederit tutorem, caeteris quoque dedisse intelligatur. Hinc itaque insigniter fallitur VIGLIUS ZVICHEMUS ad *§. 3. I. de exh. lib. n. 8.* hos nepotes putans Aquiliana formula simul comprehendi: sic enim in ipsa adeo Galli verba impingit.

Hinc igitur observandum est cum BOËTIO EPONE *ad h. l. p 16.* de nepotibus rumpentibus non quaeri, nisi filius in potestate, vivus testamenti tempore, postea decesserit quod, minus licet necessarium videatur, perspicuitatis gratia in tabulis adieci.

Hactenus de formis agnascendi. Modus autem, in singulis formis varius, satis leviter adficitur tempore, quo postumus natus esse proponitur, post mortem, scilicet, aut post testamentum etc. Diligenter quidem hoc attendendum erat ICtis antiquis, ne contra Ius scriptum aliquid inducere viderentur: at vero postquam, lata Lege Vellea, facta fuit potestas, instituendi postumos, quicunque rupturi viderentur: quid iam nunc refert, utrum, qui vere agnascitur, post mortem, an post testamentum? et, qui quasi agnascitur, utrum is ante an post testamentum nascatur? Nam utrimque ille nascendo, hic succedendo Suus heres factus rumpit. Sic errando sapere didici. Ratio enim, propter quam p. 10. casum Iulianeum nuper exclusum volebam a formis agnascendi, nunc valet ad statuendum in tota hac causa tempori, quo nepos nascitur, verum pretium; ut inde appareat, hocce tempus in iudicio super quaestione huius generis haud facere momentum. In effingenda autem Tabula huius temporis ratio haberi debuit propter Leges, per quas instituere licuit postumos nepotes, ne rumperent praeteriti, ut casus Legum satis essent perspicui. Mutationes enim per Leges subinde factae silentio prorsus praetermitti haud debent.

In his varietas modi antiquis, non nobis attendenda.

Quae cum nunc ita sint constituta; Nomina postumorum nepotum, formis agnascendi, non vero casibus rumpendi adsignanda, sint haec: ut *duo* sint veri; *Aquilianus* et *Velleianus* I. *duo* quasi postumi; *Velleianus* II. et *Julianeus.*

Nomina postumorum nepotum convenientius constituta.

Haec de postumis nepotibus, quorum alii tempore testamenti Sui, neque tamen proprii, alii vero alieni sunt, seu potius mixti. Nunc quaedam de Suis et propriis, Tabulae prioris illustrandae gratia. Quae quidem ipsa ad similitudinem posterioris efformata est: ut fieri debuit. Forma est eadem, idem nexus formae cum materia, effectus peraeque idem; idem quoque vocabulorum *vere* et *quasi* conceptus eademque vis. Modus autem nascendi, a quo effectus formae suspenditur, diversus; plus etiam hic suspensum haeret in filiis quasi nascentibus, quam in nepotibus quasi agnascentibus. Ibi enim conditio pendebat a morte filii; hic pendet a morte avi, vel si quis alius est patriam potestatem in nepotibus amittendi modus. nam ex omnibus hic quoque exempli loco usitatissimum nominavi. Ceterum haec accedit diversitas, ut ibi, vivo filio, nihil desit nepoti, quo minus sit Suus heres avo, praeter primum in huius familia locum: hic autem, vivo avo, ne in familia quidem et potestate patris sui sit et esse possit postumus. Verumtamen cum conditio utrimque pendeat ab unico facto, licet diverso, non tardius hic, quam ibi, exsistit; ita ut exsistente utrimque hoc facto unico necessario omnia exaequentur, neque deterior sit filii, quam nepotis, quasi postumi, conditio. Alia quidem adesse videtur diversitas, quod, re ex persona postumi considerata, ibi pendeat conditio Suitatis subiectiva tantum, ut careat postumus primi loci commo-

a quibus filii postumi modo tantum rumpendi differunt.

dis; hic simul obiectiva, ut non subsit patris potestati. Sed partim haec diversitas eadem esse videtur cum priore, partim vix attendenda. Adest enim utrimque, quo postumus inpediatur esse Suus heres; utrimque versatur, Legibus sic ipsi prospicientibus, in conditione adquirendi ius Sui heredis; utrimque, exsistente hoc facto unico, quod quantitate idem est ac modum facit, a singulis tantum, quantum ipsis deest, adquiritur, ita ut nunc omnis Iuris diversitas evanescat.

Sed quaeritur, unde licuerit instituere filios quasi postumos?

Iam vero quaestio oritur, ex quibus Legibus instituere licuerit filios quasi postumos? Non ex Iure Antiquo. Nam per Responsa Prudentum, ut infra docebitur, neminem nisi postumum, qui, si testamenti tempore nasceretur, (sive fuerit filius, sive nepos mortuo filio) *certo* ac *statim* Suus heres futurus esset, instituere licitum. Idque propter aequitatem, ne pater, testaturus de re sua, quem heredem facere deberet, eum instituere prohiberetur. Sed aequitas haec non extendi debet latius, quam patet eiusdem

ratio, hoc est, conflictus obligationis legitimae et impedimenti ex Iure. Conflictus autem iste de praesenti concipiendus. Ergo cessat haec aequitatis ratio in filio quasi postumo, qui, testamenti tempore natus, Suus heres haud esset futurus. Quid ergo? Hunc in casum, quo Suus futurus esset, instituere prorsus non licuisse dicemus? Minime vero. Iure Antiquo quidem non licuit: hoc certum. id quod patet ex Cautione Aquilii in Lege nostra; qui nullam nisi hanc ob caussam Formulam suam concepit in id tempus, quo nepos postumus Suus heres futurus esse coepisset, ut, simul coepisset, statim se inveniret institutum et, institutus, non rumperet. At vero licitum esse debuit Iure Novo. Auctorem enim Legis Velleae omnibus in universum testatoribus consultum voluisse, ne ipsorum testamenta rumperentur, id vel ex artificio, quo in suo casu enucleando usus est Iulianus, manifestum est. Quamvis igitur hi casus *), sic concepti, *ut instituere licuerit* (quod Leges respicit, unde licuerit) in Iure nostro, quod equidem sciam,

*) Prior quidem eorum, qui quasi nascuntur, est in loco Tryphonini l. 28. h. t. Sed ICtus h. l. tantum rumpi testamentum respondet, et quare rumpatur; ne verbulum quidem hic legitur, an et unde licuerit eum instituere, ne rumperet. Caeterum de priore eorum, qui quasi nascuntur, hoc mihi notatum velim, ut ad analogiam eius, qui quasi agnascitur, forma priore, concipiatur, ne graviter errasse videar. Quemadmodum enim Lex Vellea non hoc induxit, ut nepos, testamenti tempore natus, quem pater praecederet, posset institui; (poterat enim antea, quia persona certa) sed hoc potius voluit, ut nepos, quocunque tandem modo, primo aut secundo loco, institutus (qua de re infra erit dicendum) non rumperet: eundem in modum ego hunc filium testamenti tempore natum non sic dico institui potuisse utiliter ex Lege Vellea, ut hoc nunc tandem permissum sit; sed Legem ad hanc speciem sic extendi volo, ut hic filius, institutus, non rumpat, factus patri suo heres Suus post testamentum conditum. Proprie enim nec ille nepos, nec hic filius dici possunt postumi, sed tantum ex mente Legis et Tabulae ad Legem conceptae: ut uterque hactenus tantum habeatur postumus, quatenus, praeteritus, rumpit, institutus, non rumpit. Dices forte, commenticium hoc esse, quia filius, modo instituatur, non possit non primo loco institui. Sed potest omnino secundo loco scribi heres seu substitui. Fac ergo hunc substitutum, deficere autem institutum, antequam ille fiat Suus heres, valebit nunc ex mente Legis Velleae testamentum, antea non valiturum ex eadem ratione, quare nepos vivo filio secundo loco scriptus, rumpere poterat, si ante mortem avi Suus heres factus esset. Accedit, quod eo ante instituto, quam suus fieret patri heres, postquam Suus factus esset, dubitatio suboriebatur, aliter patrem fuisse testaturum, si, hunc sibi Suum futurum cogitasset. Haec autem dubitatio uti semper, sic etiam in hac specie efficeret, ut rumperetur testamentum, nisi obstaret Lex Vellea, quia non institutus est tamquam Suus.

non occurrunt: tamen eos cum nepotibus, qui quasi agnascuntur, quantum ad institutionem licitam exaequare Legemque Velleam, propter rationis paritatem huc extendere nullus dubitavi: ut adeo alter eorum institui posset ex Cap. II. L. Vell. alter ex Iuliani sententia, seu ex mente Legis utiliter, hoc est, per benignam interpretationem in favorem testamentorum, qui et Aquilium et auctorem Legis Velleae movit.

qui potuerunt institui utiliter ex cap. II. L. V. et Iuliani sententia.

Si tibi fortasse, ne nominibus careant hi postumi, eos Velleianum II et Iulianeum, utiles appellare placuerit, per me quidem licebit.

Qualecunque tandem sit hoc, novum tamen, et ad perficiendum hoc argumentum necessarium, nec ab ullo Iuris Interprete notatum, quia fere omnes, neglecta, fundamentum licet faciat, materia de postumis propriis in verbis Legis Gallus penitus haerent.

Quantum quidem, ut hoc appendicis loco moneam, ad postumos nepotes attinet, Boetius Epo *in Comment. Test.* simili mecum modo quatuor agnascendi formas demonstrare sustinuit. Sed nimis scrupulosae sunt viri curae et res non rite deducta. Enumeratis enim XVIII relationibus, quibus nepotem se habere posse putat ad avum, tandem has quatuor duntaxat ad quaestionem de testamento per postumum rumpendo pertinere evincit, additis Legibus, ex quibus instituere licuerit rupturos. Rectum quidem utrumque. At vero hac via res nec declaratur, nec illustratur satis. Prima autem cura in tractando eiusmodi argumento haec esse debet, ut fundamenta recte et rite ponantur.

Ad p. 15. verbis: *Cuius necessitatis cum causa sit — — licet differant specie.* et p. 20. in f. et 21. verbis: *Quare utramque et Ramosii — potior est causa patris.*

Nectitur tractatio de relatione patriae potestatis ac Suitatis.

Iungenda superioribus sunt quaedam de mutua patriae potestatis iurisque Sui heredis ratione, ut, facta locorum excitatorum, quorum suo quisque loco ac ordine legitur, comparatione, uterque aliquid luminis accipiat. Utroque autem magis declarato, intelligetur, credo, notam suorum (id quod p. 24. adserui) si postumis convenire certum sit, sufficere, ut pro Suis habeantur.

Patria potestas, conditio Suitatis, duplicitER accepta;

Patriam igitur potestatem esse *causam conditionalem*, *sine qua* ius Sui heredis *non* possit competere, dixi p. 21. init. Hoc duplici potest accipi sensu: ut scilicet, a) idem ius non competat, nisi adversus eum, qui sit paterfamilias, b) ut eius potestati subesse sit necesse. In praesenti posterius magis spectatur, quia quaestio, an testamentum rumpatur, proponitur ex persona postumi. Est igitur patria potestas conditio necessaria, sine qua ius Sui heredis non potest competere, nisi ei, qui potestati subsit. Unde eam primariam esse caussam atque formalem sponte intelligitur. Primaria est, quia formalis; formalis, quia conditionalis. Nam forma iuris continet conditionem necessariam, quae et dignitate potior, et, quando exsistit, tempore prior est:

h. l. est conditio sine qua non

Iam vero p. 15. et 23. hanc conditionem facere dixi notam essentialem eiusdem rei, cuius sit conditio. Haec uberius explicanda, ut ratio inter conditionem et notam eiusdem rei appareat.

Quod igitur re a priori, hoc est, sic spectata, ut *futura sit*, ut *fieri* debeat, sic necessario requiritur, ut eo demto,

quae, re a posteriori spectata, facit

notam internam.

res ne concipi quidem, nedum exsistere possit, idem, re a posteriori, hoc est, sic considerata, ut *facta esse*, ut exsistere dicatur, facit eiusdem rei notam internam, essentialem et characteristicam, quam secuti non erramus in iudicando *de rebus gestis* vel exsistentibus, ex qua, factumne sit, quod fieri debuerit, (*quid autem fieri debuerit, id quidem ante scire oportet a priori cognitum, quam de rebus gestis recte iudicare valeamus*) intelligatur necesse est. Id quod adeo verum est, ut res non tantum sic possit, sed ut sic debeat concipi et cogitari.

quod illustratur exemplo Systematis,

E. g. Systematis haec est natura ac indoles, ut principiis, uti nostri logici loquuntur, vel, *si modo per rei naturam fieri possit*, unico principio (ex suis fontibus legitime derivato) omnia ad rem, quae agitur, spectantia sic subiiciantur, ac ordine continuo et perpetuo sic nectantur, ut singulorum quae scripta legantur, *et* verus intellectus *et* veritas ipsa unice pendeant ab ordine ac loco ipsis adsignato; ita, ut, si quid loco suo moveris, id, neque quid sibi velit, intelligere, nec an et quatenus verum sit, iudicare possis. In systemate singula singulis, omnia principio necessario ordine subesse oportet. Non enim quilibet rerum aut cogitatorum ordo secundum regulam aliquam efformatus hac appellatione dignus est, sed is tantum, qui ad principium certum eo quo dixi modo compositus est (eine *nach* dem Gesetz der Subordination geformte Reihe, in welcher dieses Gesetz *herrschend* ist). Haec ergo est conditio necessaria, haec forma systematis, *ut omnia ac singula necessario perpetuoque ordine consequantur; haec lex scripta philosophis, quicunque hoc nomen, hanc dignitatem ambiunt*, ut positis legitime fundamentis ipsi sibi constent, ut, quae dixerint, iis, quae principiorum loco esse voluerint, sint

consentanea. Hoc scilicet nomine Cicero *de Fin.* II. ac, meo quidem sensu, iuste reprehendit Epicurum. Quodsi igitur liber aliquis systematice scriptus venditatur; quae *lex* fuerat scribenti, eadem tibi iam nunc sit *nota certa* legenti, unde recte et citra erroris periculum iudicare possis, dignumne sit necne hoc nomine, quod legeris. Itaque iudicaturus de eiusmodi opere primum videre debet, utrum omnia ac singula ad rem pertinentia iuste et legitime consequantur, et sibi invicem respondeant, h. e. *effectumne sit, quod per rei naturam necessario fieri debuit.* Quodsi igitur, re sic ponderata, nota quidem convenire videatur, veritas autem non appereat, tunc vitium in ipsis principiis latere certum est.

et ad causam praesentem adplicatur.

Eadem est ratio inter conditionem et notam in causa praesenti; ita ut, re a priori spectata, hoc est, initio cogitandi facto a Legibus vel ab eo, quod per Leges aut fieri debeat, aut liceat, idem sit conditio, quod, quando factum proponitur a posteriori iudicandum, notam facit. Nunc enim videndum, factumne sit, quod fieri debuerit; seu utrum conditio extiterit: ut adeo nota, recte definita, sit conditio rei ad effectum perducta seu exsistens, aut sic spectata.

Ergo patria potestas semper nota Suitatis est; sed dupliciter convenire potest;

Secundum haec, quae iam dixi, locum p. 23. in f. sic corrigo, ut patria potestas, sive quaestio proponatur, nullumne sit testamentum, sive, an rumpatur, utrimque sit nota, qua ducti ad utramque quaestionem recte respondere valeamus. Quae nota quidem, cum contineat conditionem et eius, quod fieri debet, et eius, quod factum esse proponitur, hic dupliciter convenire potest, ut scilicet conditio Suitatis vel plene exsistat, vel pendeat, h. e. exsistat quidem, sed manca, plena olim futura. Utrimque haec conditio facit notam Suitatis vere competentis; ita

ut Suus heres etiam is sit habendus, in quo adhuc pendeat. Verba enim: *pendet conditio:* hoc sibi volunt, ut exsistere coeperit, ut ex aliqua saltem parte exsistat. Exsistit autem ex parte, quando postumus, in potestate, si statim nasceretur, certo futurus, est *in utero*; sic enim esse coepit in rerum natura, sic adeo coepit exsistere patris adversus eum obligatio naturalis. quae pendet, sicut conditio, quia, licet sperandum, fore, ut nascatur, incertum tamen est, an sit nasciturus.

Similiter conditio exsistit ex parte in postumis quasi talibus, quando nepos, natus, remoto ex potestate filio in primum locum in avi familia; aut quando filius, natus, avo decedente in patris potestatem *statim* ac *certo* est venturus: ita ut postumi, tam vere, quam quasi tales a natis non differant, nisi effectu, ut supra p. 19. observavi, hoc est, modo vario, quo vis conditionis suspenditur, quoque adimpleri debet.

ita ut liberi nati et nasciturí effectu tantum differant.

Itaque (hoc uno exemplo enim rem illustrare pergo, quia in caeteris facilis hinc est adplicatio, ut de singulis exponere non sit necesse) in filio nato plene exsistit conditio (et nota) Suitatis, plene patris obligatio; ergo, hoc praeterito, nullum est testamentum: ad nasciturum autem quod attinet, pendet haec conditio, adeoque patris obligatio; ut valere debeat testamentum, ita tamen, ut, nato postumo, h. e. exsistente conditione, quae pro nota est, mutata praesumatur testatoris voluntas ob enatam ipsius obligationem adversus postumum nunc natum, et testamentum rumpatur. Hactenus igitur nota, si modo eam convenire appareat, sufficit, ut postumus sit habeaturque Suus heres: adeoque nati et nascituri iura non differunt, nisi effectu. Ac haec verba p. 24. l. 1. verbis: *conspicua est*: addi velim. Hanc enim propter causam titulo nostro, quo de necessariis institutionibus agitur, copulantur *liberi* et *postumi*, ut utrique eadem ratione se habeant ad patris testantis officium.

Ad p. 30 – 35.

Adiicitur excursus de illicita antiquitus praeteritione Suorum heredum;

Cum in hoc: Suum heredem, nasciturum etiam, antiquo XII. T. Iure patrifamilias non licuisse praeterire: totius tractationis et eius, quod volo ac defendo cardo versetur, non sane possum hunc prioris libelli locum dimittere, quin quaedam confirmandae huius sententiae gratia adiiciam. Res autem tota redit ad intellectum Legis: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*: ad quam contrariae opinionis propugnatores uno velut ore, sed parum intelligenter provocant. Ac talis quidem vera debuit esse Legis litera, qualem exhibet CICERO *de Invent. II.* 50. addita voce *patrisfamilias* alibi omissa; non ea, quam *Nov.* 22. *cap.* 2. *l.* 120, *de V. S.* sistunt, quia certum est, solis civibus Romanis pro-

Cuius rei primum argumentum petitur ex L. XII. Tabb. ipsa recte intellecta,

priam esse voluisse Decemviros hanc potestatem: uti partim ex ipsa legis nostrae materia (nam tutorem, cuius dandi libera facultas illa simul conceditur, non potuisse dari, nisi a patrefamilias, id quidem per vulgus notum) partim vero hinc certissimum est, quod ne filiifamilias quidem *l. 6. pr. D. qui test. fac. p.* nec mulieres, *Cic. in Top. c. 4. et ad Divers. VII.* 21. nec materfamilias nisi auctore tutore per aes et libram testamentorum ius haberent. qua quidem in re cum IAC. GOTHOFREDI *in quatt. fontt. l. C.* et BALDUINI *ad LL. XII. Tabl. c.* 29. auctoritate nitar; neminem facile habebo dissentientem: ut adeo in praesenti non opus sit, rationes adferre, quare haec lex aliter passim reddita legatur, sufficiatque monuisse,

me eam huius rei rationem, quam p. 33. l. 3. scribebam esse, nunc ex parte improbare.

hoc est sic, ut sibi constit et caeteris LL. conspiret;

Haec igitur *Lex* sic accepta *sic debet intelligi, ut partim ipsa sibi, partim vero caeteris legum locis et heredem et postumum Suum loquentibus conspiret:* a qua norma non recedi oportere, et per se patet et exemplo est ipsa l. 120. d. V. S. (ad quam adeo temere provocatur): quae scilicet, enumerans iura civibus his verbis: *uti legassit, ita ius esto:* data, iuris Suum heredem praetereundi neutiquam meminit. Quare curiose nunc videndum, quousque pateat *latissima testandi potestas* illa, quam d. l. datam dicit per Decemviros. Nam utut fuerit latissima, naturalibus tamen, imo vero legitimis quibusdam limitibus finita esse debuit, ne eiusdem Iuris variae partes sibi invicem ipsae contradicere videantur. Et quamvis vox, *latissima*, materiam magis et ea, quae permitterentur, quam formam et modum, quo fieri deberent testamenta, spectare videatur; operae tamen pretium erit indagare, quo sensu de forma magis, quam de materia testamentorum accipi debeat.

ad quam regulam probatio rei nunc exigitur.

His praemissis, sic mihi licebit argumenta subducere. Quando leges Suum heredem tamquam personam loquuntur, hoc ipso simul ponunt quaedam eiusdem iura, sine quibus persona ne cogitari quidem possit; ac ponunt haec respectu eius, cuius intuitu Suum heredem nominant.

Iam vero Leges Xvirales ipsae nominant Suum heredem, qui Suus sit patrifamilias, verbis: *cui Suus heres nec escit.* Ergo vel sic ponunt ponantque necesse est, certum quoddam ius Sui heredis adversus patremfamilias in eiusdem familia atque pecunia. Id quod amplius ponunt, nominando non solum heredem Suum, tamquam eum, ad quem hereditas intestati primo gradu

venire debeat, sed eidem in patris viventis nec testati bonis aliquid iuris adsignando; ut haec ipsa lex, satis intellecta satis docet. Nam eum ex verbis: *uti legassit super tutela suae rei:* nomine S u a e r e i liberos in potestate, (sic hoc loco nominandos, quia, cum testandi facultas concederetur, patria potestas, cuius illa facultas non minima pars est, potissimum respici debebat) significari manifestum sit; cumque ex l. 53. pr. D. V. S. τὸ *ve* in *tutelave* copulative accipi debeat: ex verbis, *uti legassit super pecunia suae rei*; quibus ipsum patris testaturi patrimonium indicari dubium esse nequit, apparet; fuisse ex Lege Suo heredi in hoc ipso patris patrimonio ius quoddam dominii simile.

explicata l. 11. D. de lib. et post.

Atque haec fuisse videtur caussa, quare PAULUS *l. 11. h. t.* Sui heredis successionem dominii pristini continuationem magis, quam novam hereditatis adquisitionem nominet, et Suos *vivo* etiam *patre dominos existimari* putet q u o d a m m o d o, hoc est, (quod ex Pauli verbis consequitur) actu primo, ut logici loquuntur, ex legum voluntate veniendo in familiam; actu secundo, quo plene fiant domini, a patris arbitrio pendente: ut adeo in nomine *filiifamilias* terminatio *familias* idem denotet, quod sibi vult in nomine *patrisfamilias*, hoc est, ius civi Romano proprium in familia pariter ac in bonis, atque illa vox ad hanc se eadem habeat ratione, quo heredis ad heri nomen; siquidem pater herus maior, filius, herus minor salutabatur, Plaut. Asin. act. 2. sc. 2. v. 63.

et ibi voce quodammodo;

unde heredis nomen ab hero,

Nam verius mihi sentire videntur ii qui nomen heredis ab hero derivatum volunt, secundum antiquam scribendi rationem. id quod firmatur et adiuvatur partim verbis §. *ult. I. de hered. qual.* ubi veteres h e r e d e s pro d o m i n i s appellasse dicuntur: quod idem multis confirmavit exemplis GUILIELMUS

Fornerius lib. I. Select. c. 19. partim ex verbis *hereditas* et *exheredare*, quorum illud speciem dominii refert et notare videtur dominium a defuncto derivatum, hoc autem de iis duntaxat dicitur et dici potest, quibus ius aliquod in bonis testatori est quaesitum, quod iis maneat salvum, nisi a testatore eripiatur. quod ita verum, ut l. 132. V. O. extraneorum exheredationes ineptae dicantur esse, quia scilicet non necessariae, hoc est, quia extraneis nihil debetur, nihil quaesiti iuris est in bonis, quod adimi debeat.

et l. II. ad XII. Tabb. referenda.

Unde patet, Paulum d. l ius XII. Tabb. ipsum interpretari et Ius Antiquum sistere, nec est, quod textum cum Eman. Costa ad causam intestati tantum referamus. Nec obstat, quod vere dicitur, viventis hereditas nulla. Nam etsi vivens hereditatem non habeat, (quomodo enim habere possit *dominum bonorum a se derivatum in successorem?*) heredem tamen Suum habet, hoc est, legitimum successorem, in quem, ipso defuncto, iure derivetur rerum suarum dominium; adeoque Suus heres eadem ratione dicitur, qua in vita parentis dominus rerum existimatur. Ac vere, non ficte aut per aliquod orationis schema haec de liberis praedicari multis exemplis, pro suo more, eleganter ostendit Lucas van de Poll *de exhereditatione c. 5. et 6.* ad quem Lectorem remitto.

Nam vivus non hereditatem: Suum tamen heredem habet, secundum novas et veras verborum finitiones

ex quibus solvitur omnis rei ambiguitas,

Sic autem omnis, meo quidem sensu, dissolvetur huius rei ambiguitas et disceptatio, si has, quas attuli, hereditatis et heredis Sui finitiones, sequamur, observata secundum eas distinctione inter dominium in bonis familiae *actu primo* et *secundo* tali, hoc est, 1) spem ex legibus certam quaesitamque bona patris, hoc defuncto, iure pleno obtinendi absque facto novo, quo adquirere bona necesse sit — quam, tamquam ius dominii simile et verum liberorum fuisse dico — et ipsum bonorum dominium plenum liberamque de iis vel sic disponendi facultatem, ut illa spes, utut quaesita, fieret vana, — quod, tamquam dominium proprie tale, patris fuisse affirmo. Latet enim omnis difficultas non in re ipsa, sed in harum definitionum ac inde pendentis distinctionis ignoratione.

His enim distinctis statim apparet verum nec imaginarium fuisse ius liberorum in bonis patris viventis, et reale quidem, ut libri nostri loquuntur, non autem plenum dominium, sed ius duntaxat dominii simile, aliter plane finiendum, quam patris (cuius adeo res ipsi nominantur liberi) dominium quiritarium. Alias enim et huius iuris maiestas, ex legibus certissima, minuitur et *in l. 5. §. ult. D. commodati* impingitur, quae quando duos eiusdem rei dominos in solidum non esse posse dicit, de dominio materialiter et *notione* aequali intelligenda est.

Commixtis autem his una, quod patris pariter ac liberorum in bonis familiae fuisse dicitur, dominii finitione nulla prorsus superest ratio ac via sese expediendi hoc discrimine, et non potest non accidere, quod accidit Caimo d. l. p. 147. male reprobanti exheredationis necessariae rationem, quam Bartolus ad l. II. h. t esse dixerat Suitatem et ius aliquod liberorum certum in bonis patris.

defenso contra Caimum Bartolo.

Non recte quidem et plus aequo Bartolus et cum eo Ant. Faber. *Conject. lib. IX. c. 18. p. 221.* affirmaverat in eo, quod filium praeteritum excludere dixerit extraneum propterea, quod d. l. 5. duo domini in solidum esse non possint, quia sic non apparet ratio, quare nec extraneus excludat filium ex testamento, nec partes hereditatis fieri debeant, nec quare non liceret patri, quod sane licet, filium cum extraneo heredem scribere. Ratio potius, quare filius extraneum excludat, haec est,

quod ius filii ex lege quaesitum, cum prius sit tempore, maneat necesse est salvum, nisi fuerit eo, quo debuit, modo ademtum aut abscissum l. 9. §. 2. h. t. et, quod caussam testati et intestati in eadem successione Ius non patiatur concurrere.

Hoc tamen excepto, frustra et male taxat Caimus Bartolum. miscet enim ipse varias variarum rerum rationes: quare scilicet liberi, praeteriti, voluntatem parentis infirmarent, et ne infirmarent exheredari debuerint, et, quare filius, ne *nullum diceret* testamentum, *nominatim* exheredari debuerit: quarum illa duntaxat tota continetur Suitate quae sit omnibus liberis communis, haec autem ex parte tantum, tamquam in suo fonte et quoad genus. Sed hanc adeo totam in Suitate consistere recte potest defendi. Quemadmodum enim filius ob relationem, qua se habet ad familiam et cum hac ad rempublicam, eminet inter Suos, quia conservat familiam, unde filia exit; sic etiam Suitate est potior filia, quia filius: ita ut in hac Suitate, quae propria est filii, cernatur ratio, quare Prudentes interpretatione induxerint, filium nominatim exheredari debere, alias nullum fore testamentum. Agnoscit hoc ipse Caimus, rationem huius rei hanc reddens, quod filius et Suus heres esset, et filius. Haec autem verba, quid sibi volunt, nisi hoc, filium, quia sit filius, in familia inter Suos iure potiorem esse?

Deinde haec filii Suitas ipsa per se spectata non continet quidem rationem, quare testamentum mortuo filio, quem pater praeteriisset, non convalesceret: sed movit ea tamen Prudentes, ut inducerent, nullius momenti fore tale testamentum, nec ab initio valere; non autem corruere filia praeterita.

Quid ergo est causae, quare Bartolus sic statuens notam incurrat. Idem vero, quod Caimo, accidit etiam Viro acuto VAN DE POLL. Quid enim est, quod d. l. c. 6. SCHROTERUM erroris arguat, qui in suo *de Suitate* libello dominium liberorum in bonis paternis verum nec imaginarium esse statuit? Ergone imaginarium? Sic Viro videtur. Nam dominos appellare liberos putat κατα προληψιν, qua, cum merum sit orationis schema, efficitur, verum illud dominum haud fuisse. At vero sic ipse sibi contrarius est in eo, quod c. 5, n. 1. filios vere dominos appellari ostenderat, et Paulus d. l. 11. loquitur dominos *quodammodo*, quam vocem verum dominium, nec κατα προληψιν tale monstrare omnes de successione liberorum formulae loquendi legitimae comprobant.

et contra van de Poll Schrotero

Ex eodem fonte manavit error GALVANI *de usufr. c. 8. n. 12. in f.* patrem putantis, qui heredem suum haberet, nec alium instituere, nec filium exheredare potuisse. Male hic abutitur in rem suam d. l. 5. et l. 141. §. 1. de R. I. male intelligens Legem Xvirorum, quae licentiam cum faciat, non vetat, ac frustra provocans ad Solonis Legem, institutionem extranei, filiis existantibus, vetantem, quia sic dominii quiritarii in testando maiestas plane tollitur. Credere igitur debuit, patris atque liberorum dominium materialiter aequale eadem notione contineri. Ac talis quidem erroris evitandi parata est ratio in distinctione a me posita, ut vel sic, quantum ad bona familiae, unitas personarum, quae liberorum cum patre fuisse dicitur, verum sensum accipiat.

ac reprehenso Galvano.

Verum ergo fuit ius liberorum in bonis, sed aliud sensu, quam patris dominium: quod igitur liberis, patre vivente, nihil quicquam iuris in eius bonis fuisse dicitur, id de actu secundo tantum et sic intelligendum esse patet, ut patri libera de patrimonio disponendi liberosque, si vellet, iure, quod haberent in ipsius bonis, legitimo privandi potestas esset; ut adeo, si succe-

Igitur verum liberorum dominium in bonis patris actu primo non secundo

derent, ex voluntate parentis magis, quam ex lege se hereditatem nancisci existimare deberent.

Hoc unicum in praesenti mihi dari volo, fuisse liberis ex ipsa lege ius in bonis paternis dominii simile et veniendo in familiam quaesitum: est enim satis ad id, quod defendo; exheredationem h. e. ademtinom huius iuris quaesiti fuisse sic necessariam, ut, quia ius liberorum esset ex lege quaesitum, verbis expressis adimi debuerit, quoniam silentio ne fieri quidem potuerit.

quippe fundatum in L. XII. Tabb. ut expresse adimi deberet,

Quare, cum ius Sui heredis in ipsis XII. Tabb. Legibus, immo vero in hac ipsa, de qua nunc quaeritur, fundamentum habeat; latissima testandi potestas, quae a Decemviris data dicitur, quantum ad formam testamentorum (nam quoad materiam quam late patuerit, nunc dicere non attinet; praesertim cum d. l. 120. de V. S. omnes eius partes clare enumeret) in eo tantum potuit consistere, ut pater in familia et dominationem haberet, et esset αὐτονομος ac νομοθετης: ut adeo, cum successio secundum patris potius voluntatem (si modo certa fuerit), quam secundum Leges deferretur, Legibus civilibus successione, uti libuisset, derogare, ac heredi Suo ius per Leges ipsi destinatum et veniendo in potestatem quaesitum adimere posset. Quod sane sicut magnificum, sic latissimum est, quod patri dari potuerit; nihil tamen adimi poterat, nisi lege a patre dicta, hoc est *verbis; non silentio*, quo legibus nulla ratione derogari potest, et quod hactenus in testamentis nihil omnino valet.

et ademtio tantum licita et illimitata.

Ergo cum facultate coniuncta fuit adimendi obligatio

Igitur cum hac potestate patris legitima, utut latissima, — *uti legassit, ita ius esto* — de re sua libere legandi, (quod verbum h. l. uti notum κατ' ἐτυμον et latius acceptum, est legis modo ac vi disponere, ac heredis in-

institutionem non minus, quam legata relicta complectitur, Nov. 22. c. 2.) per rei naturam et necessario non potuit non esse coniuncta, si ea pater uti vellet, obligatio contrariam Legibus voluntatem expresse significandi in testamento, legis expressae vim habituro, adeoque heredem Suum iure ex legibus ipsi quaesito verbis praeceptivis privandi, ut eum exheredem esse iubeat, atque sic tandem contrarium legibus statuat. Quod ni fecerit (ac certe non facit is, qui silentio omittit Suum heredem) salva maneat necesse est Legum in hanc rem dispositio; salvum adeo dominium liberorum in bonis paternis quaesitum.

Iisdem ergo, non aliis quibusdam, conditionibus adstricta teneri debuit patris testantis voluntas, quibus partim omnes facultate legitima uti volentes. (ut ea nempe declarata mentis voluntate utantur, et ni sic usi fuerint, Iuris communis sanctio valeat,) partim autem Legumlatores ipsi tenentur, tum in universum, ut leges dicturi vetent vel iubeant, quam speciatim, ut iura singularia sancituri nominent, ad quos ea pertinere, vel iura constituta obrogaturi expressis verbis dicant, quid abrogatum, cuinam aliquid iuris ademtum velint. Necessarii per rei naturam sunt hi legis dicendae limites (si tamen limites appellare fas est) a quibus Xviri, *iura certa constituentes* nulla prorsus ratione patres testaturos liberare potuerunt, nisi, quod absonum, sancianado leges nihil omnino agere voluissent: et latissima patris Romani in testando potestas in eo tantum conspicua potuit esse, ut, praeter has iptas, nullis conditionibus esset adstrictus testaturus, a quibus nemo leges dicturus liber esse potest.

a qua nec Legislator liber esse possit,

quoniam hi limites per rei naturam sunt necessarii;

Neque adeo fas est, caussam intestati, quantum ad Suos, ab officio testantis ita separatam velle, ut nulla ab illa ad hoc valeat consequentia, ne sic quidem, ut testator rationem habere

debuerit Legum legitimam Suorum successionem constituentium. Ex his ipsis enim Legibus nascitur, sicut ius Suorum, sic obligatio patris testatoris, has leges, si eas valere nolit, abrogandi. Nam hinc quoque est, quod dicitur, testamenta esse Iuris Publici. Quia scilicet Leges istae rationem habebant publicam, debebat iis, et publice debebat derogari, adeoque testamenta legis vim habitura, legis modo erant sancienda necessario, verbis ad eos directis, quos Lex publica ad successionem vocaret, si pater eos exheredes esse vellet; ita ut Lex publica, non abrogata, valere deberet, et, quod dicitur, caussam testamenti esse potiorem, id non nisi de testamentis recte factis intelligi queat. Silentio autem non fit testamentum, nedum recte, quia Leges istae non abrogantur; praesertim cum post inventam de inofficioso testamento querelam nec haec quidem ademtio, utut legitima, procederet, ut testamentum valeret, nisi iusta adfuerit exheredandi caussa: ita ut *l. 10. D. de inoff.* cum talis quaestionis subortae iudicium esset penes iudices, favor testamenti non vinceret, nisi pars iudicantium dimidia iustam diceret esse caussam in testamento expressam. Talis autem

praesertim cum testando derogetur Legibus Publicis.

caussa nunquam potuit cadere in postumum. Accedit, quod Legislator, constituens ordinem successionis legitimum, vocare possit proximiores quoscunque, incertos aeque ac certos, quoniam deficiente herede incerto, e. g. postumo non nato, non deest certus, qui illius loco nacturus sit hereditatem. At secus hoc se habet in testatore successorem sibi singularem, non autem ordinem successionis in ipsius bona statuente.

Pater igitur, facultate testandi ipsi concessa usurus Legesque Sui heredis iura constituentes in bonis intestati abrogaturus, has necessario debuit, (nec enim aliter poterat) expressa lege ad personam heredis Sui directa abrogare, seu hunc exheredare. quod cum per rei naturam aliter fieri non possit, nisi expressa voluntate, continere quoque videtur rationem, quare testamentum, Suo herede praeterito, ab initio nullum haberetur, quasi lege de bonis non sic dicta, ut Ius commune abrogatum videri posset. Neque sic potestas legandi, cum plane libera esset exheredatio, et verbis tantum fieri oporteret, ullo modo coangustata dici potest *). Uti solummodo debuit pater facultate ipsi

Hinc, exclusa praeteritione, exheredandi necessitas

*) Non potest, inquam, quoniam liberi poterant exheredari sine caussa; facultas autem legandi nullo plane modo limitatur, libera exheredandi facultate quae illi tamquam pars inesse dicitur; siquidem limitatio tunc demum exsisteret, si a legibus definitae fuissent caussae certae, ex quibus exheredatio procederet. Cum autem inducta de laeso officio querela libera patrum νομοθεσία adeo coarctata sit, ut partim spes valide testandi, nulla quippe caussa in postumum cadente, prorsus evanescerent, partim vero ne tuto quidem testarentur, adiecta licet, quae adiici debuit, exheredationi liberorum natorum caussa, quoniam penes iudices erat arbitrari, iustane videatur, necne, caussa adscripta, ut exitum habere posset testatoris voluntas: vix ac vix quidem credibile est, hanc querelam per Prudentes inductam fuisse, quos haud difficulter probari potest nec voluisse nec potuisse hoc sibi sumere, ut respondendo iura civium everterent, nec certas quidem testatorum voluntates valere sinerent, quas alioquin, si modo nulla subnasceretur incertitudinis praesumtio, sustinuisse deprehenduntur; praesertim cum ne Praetor quidem, cuius tanta fuit in emendando ac evertendo iure audacia, quanta ICtorum subtilitas et religio in servando Iuris rigore, succurreret, data contra tabulas bonorum possessione l. 8. pr. D. de b. p. c. t. exheredatis sine caussa vel sine iusta caussa. Sic enim intelligi debet d. l. quoniam in arbitrio exheredati dicitur esse, si velit querela experiri; nam ne sustulit quidem Praetor discrimen exheredationis nominatim et inter caeteros faciendae §. 3. verbis. Sed Praetor. l. de exh. lib. Cui accedit hoc, quod nec ex c. 3. Novellae 115 liberis nominatim quidem, sed absque caussae adiectione, exheredatis competat querela nullitatis, sed inofficiosi te-

data eo, quo necesse erat, modo, ut constaret, hoc iuris, quod dixerit, eum esse voluisse. Alias enim, si silentio patris eandem vim ab ipsa Lege inditam dicimus, in temeritatis imo vero absurditatis notam incurrent Decemviri, qui sic statuentes nihil omnino egerint. Unde patet, facultatem praetereundi heredem Suum ne fieri quidem potuisse patri, tantum abest, ut illi hac ipsa Lege, eo modo ipsa sibi contraria, data fuisse intelligatur, quod nullo prorsus testimonio confirmari potest.

Hinc a iure occidendi, vendendi liberos ad ius eosdem praetereundi *silentio* tum, cum pater novum ius in familia de bonis sancit, abrogata lege civili, absurdissima est (cui tanquam fundamento penitus inhaerent huius iuris fautores) consequentia, numquam admittenda aut ferenda. Nam singulae patriae potestatis partes, tamquam in facto positae, testimoniis doceri debent, ut sciatur, quis ambitus singularum, quive termini fuerint. Accedit, quod, etsi patri liberos omnibus omnino iuribus ipsorum, (sola ingenuitate excepta, quia venditi et manumissi non fiebant libertini, sed existimabantur ingenui) privare liceret; facto tamen opus fuit, quo singulis eos iuribus privaret, ita, ut nisi pater tali facto iure suo in liberos uteretur, his nihil quicquam iuris, neque plus, quam ex facto patris constaret, illis ademtum censeri posset. Silentio autem nihil adimi poterat adeoque nihil adimebatur eorum, quae liberis, licet a patris voluntate suspensa, veniendo in familiam essent quaesita; praesertim cum certo iudicio fieri deberet remotio liberorum a successione parentum legitima l. 18. pr. D. de b. p. c. t. quod sic religiose servarunt antiqui, ut filius sub conditione exheredatus acciperet contra tabulas bonorum possessionem. Silentio autem non inest certum iudicium. Accedit, quod certissima sit Iuris antiqui regula l. 19. D. h. t. exheredationes non esse adiuvandos, licet institutiones benigne accipiantur ita, ut, si testator aliquem heredem scripserit in semisse non dato coherede, as totus sit in semisse, filius autem a parte bonorum exheredatus non a tota hereditate repulsus videatur.

Quae cum ita sint, ex dictis hoc meo iure tamquam certum colligere et statuere sustineo, *Iure XII. Tabl. Suum heredem praeterire non solum non licuisse patri, sed ne licitum quidem esse potuisse.* Id quod de nascituris pariter ac de natis

una conclusione collecta

---

stamenti, quoniam textus graecus habet verba, ἀναγερεσθαι τὴν διαθήκην, aut similia rescissionem notantia, atque hoc etiam Iure, sicut antea, praeteritio materna sit pro exheredatione, inofficiosi querela impugnanda.

Quare verius tribui videtur origo huius querelae Legi Glitiae cuius memoria l. 4. D. de inoff. servata est. Non enim obstat, quod, nisi Prudentibus tribuatur, non dici possit, quo demum modo sec. l. 120. D. de V. S. per hos coangustata fuerit libera testandi potestas. Cum enim h. l. Prudentum interpretationi opponatur auctoritas Legum et Iura constituentium (quibus verbis aequitas Praetoria notari videtur), ut adeo per illam non possit intelligi Ius novum constitutum; coarctatio facultatis testandi inducta per Prudentes descendit (ad quam omnino redit) sicut omnis interpretatio legitima, ex mente Legum, qua continetur; ut adeo Prudentes haud coangustaverint potestatem, quae ex Legibus vere competeret, sed eam duntaxat, quae competere videbatur forte imperitioribus, mentem Legum parum perspicientibus. Hoc autem notatum, velim, sibi putent ii, qui facultatem liberos praetereundi ex XII. Tabb. descendentem somniantur, ne intellecta quidem huius Legis litera, ad quam temere satis et incaute provocant. Haec enim in praesenti efficere videtur id, quod volo, ut querela officii laesi non possit inducta credi per interpretationem Prudentum, quoniam tantum abest, ut ex mente Legum copi possit, testamentum, liberis exheredatis quidem, sed non adiecta caussa, rescindi debere, ut potius hac ratione ipsa Lex de libera testandi facultate lata penitus subvertatu

valere et utrisque (licet per interpretationem Prudentum, tamen ex mente Legum) ad querelam nullitatis profuisse superiore libello comprobare sic adlaboravi, ut certissimi Iuris esse videri debeat; praesertim, cum de hoc non dubitetur, cumque adeo in Iure potior est quodammodo filiae postumae conditio, quam natae, imo adeo postumi potior, quam nati hactenus, ut tempore CICERONIS *de Orat. I.* 38. incertum adhuc esset, utrum, filio praeterito, testamentum fieret nullum, per postumum autem rumpi nemo dubitaret.

explicato simul Ciceronis loco

Cuius rei ratio haec esse videtur, quod, nato postumo, cuius parens in testamento non meminisset, certum esset, eum de hoc Suo herede non cogitasse, de quo, si eum naturum scivisset aut speraisset, cogitaturus fuisse praesumi debebat, et ex naturali effectu et ob legis iussum: quod autem, filio praeterito, incertum plane esset, utrum de eo cogitaverit pater, necne, quem sibi heredem esse non ignoraret.

hactenus contrarium non confirmante

Hinc autem neutiquam licet colligere praeteritionis licentiam vel propterea, quod tum temporis adhuc dubitabatur, nullumne esset testamentum, praeterito filio (hoc ad finem p. 31. dictum volo). Nam primo casus testamentorum ruptorum ante ista tempora propter militiae faciendae frequentiam multo frequentiores esse debuerunt, quam casus filiorum praeteritorum, cuius adeo rei primum exemplum evenisse videtur hoc ipso Ciceronis tempore, quoniam illi casus evenire possunt vel in summa morum bonitate qua homines ducti naturalem adversus genitos adfectum sequi solent, hi casus autem morum pravitatem ponunt, vel in parentibus, vel in liberis, vel in utrisque. Deinde rationes, quare (iure Sui heredis, ut non potuit esse, non incognito) postumus rumperet, ex parte

saltem, faciliores sunt ad cognoscendum ex ipsa Lege, quam quidem eae, propter quas, filio praeterito, nullum fieri deberet testamentum: quae non intelligentur, nisi mente legis penitus percepta.

Iam cum hominum vulgarium negotiis suis intentorum non sit, investigare mentem Legum, nisi praesenti necessitate agantur, inde, praesertim in tanta Legum Xviralium brevitate usu venire debuit, ut multae Iuris scripti adplicationes ignorarentur propter casuum inopiam, ad quos Ius extendi deberet, sententia Legum, licet haec forte ignoraretur, nihilominus comprehensos. Hinc casu novo obveniente, qualis est hic filii praeteriti, non potuit non dubitari, nullumne esset testamentum, ita ut res deferenda esset ad Prudentes, qui mentem Legum cognitam habebant vel habere credebantur. Cum autem talis dubitatio ignorantiae, non legum incertitudini debeat originem, nulla plane ratione hinc licet concludere, leges de tali casu non providisse, sed solerti potius interpretatione indaganda est ipsa mens legis concernentis casum incerti Iuris.

Ergo hic Ciceronis locus nequaquam obstat sententiae meae, querelam nullitatis filio ac postumo, praeteritis, competentem fundamentum habere in ipsis XII. Tabl. legibus; praesertim cum lubens largiar, nomen forte ac formulam querelae a magistratibus vel ICtis adinventam fuisse. Accedit quod in specie a Cicerone d. l. commemorata singularis quaedam reperiatur dubitandi ratio, ob quam res ad Centumviros esset deferenda. Cum enim proponatur filius, militia reversus, *lege* egisse in hereditatem patris, qui ipsum praeteriisset; testamentum videtur fuisse conditum eo tempore, quo filius militaret extra domum potestatemque patris constitutus. Cuius rei investigandae gratia queri oportuit in universum de *iure civili*, *possetne ex*

praesertim ob singularem rei rationem

hoc (infirmato teſtamento) *paternorum bonorum heres eſſe filius, quem pater neque heredem nec exheredem ſcripſiſſet?* qua quaeſtione diremta deveniri demum potuit ad hanc: poſſetne in caſu praeſenti?

Taxatus Spannochius ob male intellectam Legem Atticam

Igitur pugnare quidem nolim cum SPANNOCHIO, verumne ſit, quod *in libro ſingulari ad L. Gallus part. 4. n. 32.* adſerit, noſtram XII. Tabb. Legem ſumtam fuiſſe ex Legibus Solonis de hac re ſic diſponentis: *Cui voluerit quis bona ſua dandi (niſi filios habeat) ius eſto:* licet ipſe ſibi quodammodo contradicat, quando part. 4. n. 15. hoc idem dicit licuiſſe Romanis ante XII. Tabb. (id quod Livii locus quem excitat, Lib. I. c. 34. factum ſingulare, non ius certum et uſitatum docens, parum comprobat): vehementer tamen falli dico Virum in eo, quod dicit, praetereundi filios facultatem, ademtam a Solone, datam fuiſſe a Decemviris, omiſſa ſcilicet in Lege noſtra illa adiectione, *niſi filios habeat.* Ob oculos enim habuit mancam noſtrae legis literam: quam ſi plene inveſtigaſſet, hanc eandem, quam Legi Solonis ineſſe putat, limitationem, hoc eſt, ius Sui heredis Legem Xvirorum exprimere intellexiſſet, aliis licet verbis, loquendo pecuniam Suae rei, de qua ex arbitrio legandi facit patri poteſtatem. Accedit, quod mentem Legis Atticae ac praeſertim iſtius adiectionis male ceperit, qua ſecundum PETITUM *ad Legg. Attic. tit. 6.* non tam facultas ademta eſt praetereundi filios ſilentio, quam potius teſtandi poteſtas ipſa ei, qui filios haberet. Unde, ſi tandem verum eſt, (quod exquirere alienum eſt a meo propoſito) Legem noſtram ex legibus Solonis ſumtam eſſe, nihil cogitur, praeter hoc unicum; Decemviros, omiſſa adiectione illa, liberam dediſſe teſtandi facultatem patribus, ſi vel adeo liberos haberent: neutiquam hoc, quod liberos exheredare non fuerit neceſſe, ita ut antiquitus vel patris praeteritio habita fuerit et haberi potuerit pro exheredatione valida. Fruſtra igitur hinc infert Spannochius, quod ex his Legibus habita tantum fuerit ratio Suorum in cauſſa inteſtati, non autem in cauſſa teſtati. Nam lex noſtra pertinet ad teſtamentorum ſolemnitates.

quodque hinc male infert, rationem ſuorum habitam tantum fuiſſe in ſucceſſione legitima.

Quare nullius plane momenti mihi videtur eſſe hoc qualecunque Viri commentum, haud magnopere adiutum eo, quod tam in Iure, quam apud Prudentes maior fuerit favor teſtamentorum, quam liberorum. Hoc enim verum licet eſſe concedam quoad partem potiorem, tamen de teſtamentis recte factis tantummodo valere poteſt, quae ex mente noſtrae legis, uti docui, recte facta haud poſſunt cenſeri, herede Suo praeterito. Dico autem verum illud non eſſe, niſi quoad partem potiorem. Nam contra favorem teſtamentorum, uti cum Hotomanno contra Cuiacium HEINECCIUS ſtatuit. *Ant. Iur. Rom. II, 18, 5.* Prudentes adinvenerunt querelam inofficioſi teſtamenti, qua liberis iniuſte exheredatis ſuccurrerent, quaque inventa vere dici poteſt coanguſtata eſſe per Prudentes patrum in teſtando licentia: unde patet, Prudentes interdum magis faviſſe cauſſae liberorum, quam teſtamentis; auctori certe huius querelae, quisquis ille fuerit, tale teſtamentum, utut recte factum, Legibus adverſari viſum eſſe, ita ut exitum, quem ut habeant ſupremae hominum voluntates publice intereſſe dicit *l. 5. D. quemad. teſt. ap.* habere non poſſet. nec enim novum, in Iure plus tribui ſucceſſionibus legitimis, quam teſtamentariis.

Nam Leges teſtamentis recte tantum factis plus favent quam liberis.

Nec magis moveor *l. 12. pr. D. de bon. libert.* qua ſilentio et *l. 9. C. de teſt. mil.* qua tacite *exheredare* dicitur miles. Licet enim utraque dictio ſignificatu conveniat partim cum praeteritione, utrimque tamen hoc teſtamento militis tribuitur, non pagani,

Neque obſtat. l. 12. D. de bon. libert.

cui ne filiam quidem (pro qua, verbis legis licet comprehensa, ratio tamen naturalis tantum militabat) sic tacite exheredare licuit ex mente Legis secundum Prudentum placita *pr. l. de exher. lib.* ut per oblivionem credi posset praeterita, tantum abest, ut filium ex ratione Iuris Civilis heredem Suum sic praeterire licitum potuerit esse pagano.

Ergo verum non est, Prudentes induxisse exheredationis necessitatem;

Hinc tandem nulla ratione accedere possum ad sententiam eorum, qui per Prudentes inductum esse statuunt, ut testamenta per liberos praeteritos infirmarentur, ut adeo per horum demum auctoritatem invaluerit huius solemnitatis necessitas, antea incognita; et nullus dubito, quin tam *pr. l. de exhered.* ubi varius praeteritionis effectus, *Antiquitati observatus*, ac §. 5. ubi hoc *vetustas introduxisse dicitur*, quam cum *l. 7. l. 30. D. h. t.* hanc eandem necessitatem exprimentem, quantum ad orignem rei atque fundamentum, ad Ius XII. Tabb. referam.

Nam prius quod attinet, Spannochio hoc d. l. part. 4. n. 53. et 11. 4. defendenti idem respondeo, quod ipse loco priori fatetur, de hac re nihil quicquam certi constare, ut ad meras coniecturas easque parum tenentes sit confugiendum. In quo sane peior est sic statuentium conditio, quam eorum, qui in veriori Legis intellectu et Theophili auctoritate aliquod saltem praesidium satis firmum reperiunt.

Quoad posterius autem in praecedentibus rationem idoneam attulisse puto, quare, secundum regulam p. 35. hac de re scriptam, Vox *vetustas* in illo loco, (ex parte saltem) de Decemviris ipsis intelligi debeat, nec verum est, quod CAIMUS *ad L. Gallus in varr. Lucubratt.* adserit *vetustatem* d. I. t. § 5. opponi Iuri XII. Tabb. Manifesta enim nota voculae *sed*, praecedentia respicientis, Iustinianus ibi opponit *Vetustati* Ius a se ipso introductum, post haec

dicens, *se in caussa testamentorum* eandem sequi rationem, quam Decemviri *in caussa testatorum* spectaverint.

Nihil ergo agit Caimus temere contradicendo THEOPHILO et CUIACIO *ad l. 15. D. de inoff. test. in quaest. Pap.* huius solemnitatis originem Decemviris tribuentibus. Hoc autem, uti debet, sumto, nil obstat, quo minus *d. l. 30.* sic accipiatur, nec video, quare CONRADI ad h. l. p. 7. Iacobum Constantinaeum h. l. sic intelligentem, quod haec intellectu facillima turbaverit, accusare possit.

cuius fundamentum rectius tribuitur XII. Tabb.

Verum enim vero cum huius solemnitatis necessitatem (nam ipsa quidem exheredandi solemnitas vel ante XII. Tabb. non incognita fuit, cuius rei exemplum legitur in Plutarchi Coriolano c. 7. notante BALDUINO ad LL. XII. Tabb. c. 20. vers. *sane*) tempore XII. Tab. in vulgus cognitam fuisse pariter probari haud possit; hoc quicquid est, difficultatis solvi ac perfici puto facili et aequa distinctione inter 1) originem iuris, quo liberis praeteritis patris testamentum infirmare liceret, ac, unde enasceretur, eos exheredandi necessitas, et 2) pervulgatam utriusque cognitionem, quousque scilicet illud ius liberis diversi sexus competeret, et quomodo exheredari recte possent deberentve, quin etiam remediorum Iuris, quibus liberi praeteriti uterentur ad infirmandum testamentum: quae nisi sedulo distinguantur, nulla ratione sopiri posse videtur haec controversia.

distincta origine iuris liberorum, et vulgari eiusdem cognitione;

Quare, si vel Spannochio caeterisque huius sectae interpretibus benigne concedam, tempore XII. Tabb. incognitam fuisse hanc liberos exheredandi necessitatem, non tamen sic concedo, ut origo eiusdem non sit ex Legibus ipsis, sed auctoritati Prudentum debeatur. Amplius concedo, uti debeo, per Prudentes interpretatione in-

ita ut haec non illa Prudentibus tribui concedatur;

ventum ac iuris cogniti esse coepisse, quantum et quale esset liberorum diversi sexus et gradus ius respectu testamenti paterni, adeoque *per filium* duntaxat, praeteritum, hoc *nullum dici*, non per *filiam* vel plane praeteritam, sed hanc *iure adcrescendi gaudere*; *Suis ad portionem virilem, extraneis ad dimidiam; postumam, sicut masculum, rumpere*: deinde, *filium in potestate, et postumos utriusque sexus nominatim exheredari debere*; *filiam* autem *inter caeteros exheredatam adiecto legato* hoc contentam esse debuisse: haec varia ex variis, quae non sunt huius loci, diversisque rationibus, quibus secundum civitatis instituta liberi se haberent ad civitatem ipsam ac familiam officiumque patris, per Prudentes interpretatione inducta esse ac pervulgata, lubens concedo; at non sic concedo, ut hoc, quod induxere, fundamentum et originem haud habeat in LL. XII. Tabb. sed plane de novo contra Ius constitutum sit introductum.

converso argumento secus sentientium contra ipsos.

Quodsi enim verum est, quod Spanochius ipse fatetur ac fateri debuit, tum ex Legibus tum apud Prudentes caussam patris ac testamentorum potiorem fuisse caussa liberorum; qua tandem ratione credibile sit, tantam fuisse primis statim post XII. Tabb. temporibus, Prudentum auctoritatem, ut nemine refragante, Ius civitatis scriptum, hoc est, iura civium charissima evertere, ac in hac caussa efficere potuerint, ut iura liberorum in bonis paternis potiora essent ipsis patris iuribus? quomodo hoc eosdem fecisse credi possit, qui teste *l. 10. D. de inoff. test.* alioquin iuribus patrum tantopere faverent? quomodo, si tam inciviliter de Iure respondissent, Ius ab iis introductum nomen *Iuris Civilis*, quod laudis plenum est, obtinuisset? Nulla ratione hoc potest concedi, atque AURELIUM GALVANUM *in diss. de usufr. c. 8. n. 15.* exheredationem ex hoc fonte derivantem, LUCAS VAN DE POLL *Lib. de exhed.*

c. 7. §. 2. et 3. optimo iure et sic reprehendit, ut, falsam esse hanc multorum opinionem, nemo Iuris antiqui aliquantum gnarus dubitare possit. Parum autem dignum Legum Interprete, de re tali, quae testimoniis doceri debet, cum Balduino et Heinneccio nihil adferre, praeter hoc: *postea inductum.*

Ergo dicendum: *ius liberorum praeteritorum infirmandi testamenta patrum* (nam filia quoque sic infirmabat, ut suprema patris voluntas non eum quem ipse iussisset, exitum haberet); *adeoque obligationem patris eos, si heredes esse nollet, exheredandi, originem et fundamentum habere in ipso XII. Tabb. Iure;* hoc est, nisi in verbis, (id quod probari nequit) certe in sententia Legum; ita ut liberi, si infirmata patris voluntate succederent, adiuti licet beneficio Prudentum, ex Lege tamen ipsa succedere intelligerentur. Nam ex Lege, (quod sic expresse dicitur in loco CICERONIS *de Orat. lib. I. c. 38.*) is quoque succedere dicendus est, qui ex mente Legis hereditatem adipiscitur, licet per interpretationem Prudentum — hac enim sola continetur et absolvitur Media Iurisprudentia per Prudentes inducta, ut Alexander Galvanus ad L. Gallus c. 6. eiusque filius, Aurelius, *de usufr. c. 6.* prae caeteris perelegante demonstrarunt.

Itaque non licuit praeterire suos heredes.

Ac hoc quidem, per Ulpianum *tit. 2. §. legitimi* et *l. 13. D. de legitima tutela* confirmatum, cummaxime mihi velim notatum. Sic enim conficitur, quod defendo: EX *XII. Tabb. Iure*, quamvis, non licere, ignoratum fuerit, *non licuisse praeterire Suos heredes.*

Atque cum mihi hoc unice velim dari: sane non est, quod multis verbis inquiram in caussas, quare exheredandi liberos necessitas, si fuit, incognita fuerit. Nec magis est, cur investigare studeam, utrum hoc patrumfamilias

circa liberorum institutionem arbitrium iam ante Decemviros usu cognitum, an vero per hos demum, quod MELCHIOR de VALENTIA *Lib. 3. tract. Illust. tr. 3. c. 2. n. 14.* defendit, inventum fuerit; deinde, verumne sit, quod ait IUSTINIANUS *Nov. 22. c. 2. Legem* XII. *Tabb omnium vetustissimam fuisse*; utrum denique *l. 120. de V. S.* qua *Lege XII. Tabb. testamenta confirmari* dicuntur, Ius Civile ante Decemviros usurpatum, an vero Ius naturale respiciat: haec, inquam, memor propositi, in medio relinquo, aliis excutienda.

Subnectitur Excursus, quo corrigitur error de sacris privatis, tamquam fonte obligationis patris adversus liberos.

Appendicis loco notandus mihi venit error p. 32. a me commissus, quem, propter librorum inopiam, sicut eum imbiberam, sic h. l. secutus sum: civilem nempe patris adversus liberos obligationem, eos saltem nominandi in testamento, esse ex Lege; *Sacra privata perpetua sunto.* Constitutam Lege sacrorum in familia directionem ac perpetuitatem audiebam esse fundamentum et patriae potestatis et iuris testandi pariter atque succedendi in bona paterna, his sacris sic subnexa ac velut subordinata, ut ad eum illa pertinuerint, ad quem onus sacrorum continuandorum transiisset, propterea quod hoc scilicet onus subiisset; deinde ut is heres suus intelligatur fuisse, qui ex Lege in Sacra succederet; ut denique testari sit, transferre sacra.

Igitur praeterea, quod de sacrorum istorum natura ac indole, eorumque ad caetera familiae iura et ad civitatem habitu non sic constet in libris nostris, ut mentem huius legis satis adiequi possimus; quodque lex ipsa duplici simul sensu accipi debeat, ut scilicet in perpetuum quilibet civis sacra habeat sibi propria, et, ut sacra haberi coepta perpetuo conserventur; unde, cum utrumque, testimoniis quippe certum, admitti debeat, tamquam in facto positum, duplex apparet fuisse consilium legis auctori: his, inquam, iuxta habitis dico; *talem iurium familiae ac successionis in bona nexum cum sacris*, ut illa ab his, tamquam a conditione necessaria, penderent, *nullo prorsus modo posse doceri; sed contra iuribus familiae (per se* competentibus) *sacra fuisse adiuncta*; ut quisquis esset in familia, is simul particeps esset et esse deberet sacrorum; *in successionibus autem sacra bonis fuisse subiuncta*, ut eorum continuandorum obligatio eius esset, ad quem hereditas, vel maxima eiusdem pars, quocunqe demum titulo, pervenisset.

Iura familiae non suspensa a sacrorum communione,

Nam, *ad prius* quod attinet, praeterea, quod in toto Iure nostro illius connexitatis pecuniae cum sacris nec vola nec vestigium occurrat; Leges XII. Tabb. ipsae, successiones tam testatorum, quam intestatorum ordinantes, *familiam* loquuntur, *pecuniam*, non sacra. Ergo testari non est transferre sacra, sed bona: et heres non tam in illa, sed primario in haec succedit, maxime legitimus.

Deinde cum ex Lege omnes liberi primi gradus, diversi licet sexus, vocarentur ad intestati successionem; cumque pater, si vellet, omnes instituere posset; sacrorum autem onus, si tamen onus fuit, tamquam individuum ad unum duntaxat transiret: hinc neque Suorum iura, neque patris testantis officium sacris tamquam fundamento niti, manifeste intelligitur.

Porro quamvis testamentis calatis interventus pontificis sacrorum caussa esset necessarius, non magis tamen fuit, quam in caeteris huiusmodi negotiis, sacrorum caussa non celebratis, velut in adrogatione: ac si vel quis cum Heinneccio *Ant. Iur. Rom. II*, 10 5. statuere dubitet, hunc testandi ritum statim post latas XII. Tabb. Leges exolevisse; tamen testamentis per aes et libram postea usitari coeptis, quibus familia vendebatur, ne necessariam quidem usqiam legimus fuisse pontificis auctoritatem, ut potius propterea fortasse inventa videantur, ut haec non esset necessaria. Sed fac fuisse: emtio tamen venditio familiae fuit negotium principale, quod celebrabatur; notione autem *familiae* nusquam continentur sacra, et absurde diceretur, *sacra vendere*.

Accedit, quod feminae sui iuris factae, sacra propria licet non habenti, non fuerit prohibitum testari per aes et libram, si id faceret auctore tutore, Vlp. XX, 15. et adhuc sub iudice lis est, num testando interdicta fuerit, quae in manum convenisset. nam satis perfunctorie, quin imo absone dici videtur, quod circumfertur: uxorem domum deductam marito fuisse loco filiae. Ergo testari non est transferre sacra, sed bona.

Porro, femina sicut masculus, heres scribi poterat ante Legem Voconiam, ac post eam quoque ex Lege XII. Tabb. et filiae succedebant aequali cum filiis iure in bona patris intestati, et postuma, sicut masculus, rumpebat, imo filia per oblivionem praeterita iure adcrescendi suam hereditatis portionem obtinebat. Ergo heres non est successor in sacra, sed in bona: adeoque ius sacrorum privatorum, neque fundamentum neque conditio est iuris testandi aut succedendi, aut omnino cuiusdam iuris in familia. Nam cum patri liceret, filium exheredare (quod sane est a dominio et successione in bona excludere) non autem manumittere, hoc est, caeteris familiae iuribus exuere, nisi volentem: hinc manifeste patet, filium qui, exheredatus, non esset exclusus a sacris, institutum non tam ad sacra conservanda, quam potius ad bona vocatum existimari debere.

Itaque (quod erat *posterius*) *adnexa fuere sacra caeteris familiae iuribus ac velut coordinata iamquam aequalis cum caeteris pars universi iuris quiritium.* Et primum quidem in patre sic, ut, qui sui iuris factus simulque cum plena civitate, sicut caeteras huius partes, sic etiam ius sacrorum consecutus, familiam habere cuperet, et hanc ob caussam vxorem ducturus esset, prius curare deberet, ut sacra sibi propria haberet, quibus et uxorem et liberos obstringeret; ita ut, tamquam eiusdem iuris civitatis partes aequales et indivisas cum Deorum Penatum cui praeesset, cultu et civile dominium in bonis et dominationem in familia, hoc est, potestatem in uxorem et liberos haberet, non nunc demum, sed potentia statim eo, quo sui iuris fieret, ac cum iure sacrorum eodem tempore quaesitam, essetque sicut rex, sic sacerdos familiae; non autem sic, ut his caeteris civitatis partibus non uteretur, nisi propterea, quod sacris domesticis praeesset. Deinde haec adnexa erant iuribus familiae in caeteris personis sic, ut uxor, domum deducta, *simul*, sicut in consortium omnis vitae potestatemque mariti, sic in divini humanique iuris communionem veniret; ut liberi, *simul*, et in potestatem venirent, et sacrorum pariter participes ac Suitatis fierent compotes: ut adeo utrisque et uxori et liberis, licet caetera familiae iura absque sacrorum communione haud possent adquiri, non tamen propter hanc, sed cum ea coordinate ac indivisim competerent, propter rationem, qua ipsa se familia ad civitatem habebat; ob quam adeo et sacra et quicquid ea tan-

sed sacra fuere adnexa iuribus familiae

in patrefamilias,

in uxore

in liberis

gere videretur, inspectioni pontificum erant obnoxia.

Ergo propter perpetuitatem sacrorum pater non obligatur liberis

Falsum ex his esse patet, quod nuper d. l. scribebam, in perpetuitate sacrorum privatorum latere civilem patris testantis adversus liberos obligationem: cuius quippe fundamentum potius quaerendum in lege naturali, Iure civili, pro liberorum diversi sexus et gradus ad familiam, deinde ad rempublicam relatione varia, varie confirmata; et hinc in iure liberorum veniendo in familiam velut quaesito. Ac hoc quidem magis apparebit, probato eo, quod sacra pecuniae ea, qua dixi ratione, essent subnexa.

teste Cicerone.

Huius autem rei (praeter loca a WILDVOGELIO *in Electis Iuris Civ. p. 27 seqq.* collecta, quae videsis) testis locupletissimus est CICERO de Legg. II. 19. qui: *Perpetua sint sacra; hoc* inquit, *uno posito iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patris sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit*: ac deinceps enumeratis quinque gradibus eorum, ad quos, secundum Ius pontificium, sacrorum servandorum cura ex ordine pertineret, (hoc quidem secundum maiorem bonorum partem concepto quam aliquis ceperit, ut adeo sacra bonis, non autem bona sacris intelligantur fuisse adiuncta) haec habet: Sacra cum pecunia, pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt. Quae verba rem, quam nunc defendo, sic luculentissime demonstrant, ut nulla amplius ratione dubitari de ea possit. Quamvis enim hicce Ciceronis locus non ita sit clarus, ut omnia, quae de sacris privatis scitu necessaria forent, inde percipiantur: hoc tamen apparet, in successionibus sacra pecuniae fuisse subiuncta, tamquam accessio quaedam ex Lege necessaria; ut adeo eorum servandorum curam successionum caussam haud fuisse satis luculenter intelligatur; tantum abest, ut eorum communio aut directio fuerit velut conditio, sine qua nemini aliquid iuris in familia esse potuerit. Hoc instituto, ut essent perpetua, exsistere quidem coepit aliqua sacrorum atque successionis utriusque relatio: ac in testamentis quidem habenda et habita fuit eorum ratio detestando *simul* sacra, ut sic rem recte enunciat BALDUINUS ad LL. XII. Tabb. c. 29: sed sic tantum, ut pater, de *re sua* testaturus, de sacris conservandis *simul* esset sollicitus; non sic, ut prima vel potior cura testaturi circa horum perpetuitatem occupata esse debuerit. Quin potius ex hoc Ciceronis loco elucescere videtur, patresfamilias, postquam testamenta per aes et libram usitari coepta essent, curam sacrorum conservandorum impune neglexisse in testando; ut adeo, haud imminuta testandi licentia, sacris prospicere, ne interirent, pontificis esset, maiore bonorum quam quis cepisset, parte pro norma utentis in adsignatione sacrorum.

Alterum argumentum illicitae praeteritionis sumitur ex inscriptione tituli nostri.

Ac hoc quidem erat primum, quod adferre placuit pro tuenda mea sententia: ex ipsa Lege XII Tabb. necessarium fuisse, ut paterfamilias, Suum heredem, quem instituere aut non vellet aut non posset, expressa voluntate sua exheredaret. Cuius rei *secundarium* quoddam argumentum petitur ex ipsa huius tituli, sub quo noster Scaevolae textus comprehensus legitur, inscriptione, eiusque scopo et ratione, qua differt a sequenti, *de heredibus instituendis*, ad intellectum Legis Gallus diligenter notanda. Agitur scilicet hoc posteriori titulo de institutione a) communi, b) exheredationi contraria (quippe eorum, quibus et quatenus nihil debetur, ut eorum rationem habere non debeat

Differentia huius tituli et sequentis de hered. inst.

testator) c) quae fit et qua fit testamentum, d) quaque, cum sit merae facultatis, largimur patrimonium, qua adeo e) heredi consulitur: illo autem nostro titulo agitur a) de institutione singulari, certas duntaxat personas spectante, b) ab exheredatione non separanda, c) quae fieri debet, ut testamentum valeat factum, et, d) cum sit necessitatis ex Legis praecepto, e) consulit testamento, ne factum infirmetur.

h. t. datur inter aeque necessaria optio, ut a pari procedat exheredatio cum institutione:

Haec differentia, etiam in Institutionibus pariter ac in Codice observata, ad intellectum textus nostri est utilissima. Cum enim titulus noster agat de necessaria testamentorum solemnitate, qua neglecta, patris suprema voluntas valere nequeat; ex inscriptione patet, in toto titulo adeoque in textu nostro, quicquid de instituendo dicatur, id ipsum simul intelligendum esse de exheredando: ita ut, cum sic a pari procedat exheredatio cum institutione, cumque particula *vel* det optionem testatori inter necessaria; testamentum, modo alterutrum fecerit testator, recte factum videri et valere debeat, licet alterutrum fieri sit necessitatis.

Patet hoc idem amplius ex toto titulo *l. de exh. lib. et tit. C. de lib. et post. exh. l. 30. l. 28. pr. D. h. t.* §. *1. I. de exh. lib.* quin adeo ex ipso textu nostro §. 10. ubi filius in speciebus Scaevolae ex Galli formula conceptis ex aliqua saltem parte institui *propterea* dicitur debere, *quod* frustra exheredetur post mortem suam: qui adeo, nisi *frustra* id fieret, valide posset exheredari. Nec aliter intelligenda videtur Lex Vellea, quam sic, ut eos quoque rumpere vetet, qui fuerint exheredati, secundum §. 11. textus nostri, voce *similiter et l. 2. C. de liberis praet. l. 2. §. 1. D. de iniusto.*

in quo sibi contrarius est Spannochius,

Eleganter hoc adnotavit Spannochius d. l. *part. 3. et 12. n. 3.* sed totus sibi contrarius. Nam etsi *part. 13.* verbum *exheredare* ad eos tantum et recte referat, qui, ab intestato vocati, infirment testamentum *omissi*, exheredationemque definiat esse ademtionem hereditatis *aliquo iure debitae*; triplicem tamen dari statuit exheredationis modum (legitimum nempe): *nominatim, inter caeteros* et *eum, qui lateat in omissione*: ac sic quidem statuit, ut huius tituli solemnitati posteriori modo non minus satisfieri putet, quam prioribus. Deinde vero part. 14. adiectionem in rubrica, *vel preteritis*, quam, cum absit a libris Florentinis, alii Codices addant, ab his non male addi, et, si verbum, *praeteritis*, abesset, id supponi debere, satis audacter adfirmat.

et erroris arguitur

Haec omnia pessime nec sine contradictione proferuntur. Nam praeterea, quod, si legatur: *vel praeteritis*: hoc *vel* posterius, ut ipse vidit Spannochius, non idem, sed aliud monstrat, quam prius, contra naturam divisionis, secundum quam in praesenti haec etiam adiectio cum caeteris divisionis membris ad testatoris electionem referri deberet, quodque verbum *praeteritis* male respondeat verbis *instituendis*, *exheredandis*, necessitatem monstrantibus: his, inquam, neglectis, hoc, quod vult Spannochius, sumto, solemnitas omnis huius tituli prorsus evanescit, ut plane videri debeat otiosus et nullius momenti, Quodsi enim lex ipsa ex omissione liberorum in testamento (non praeteritionem, quae eadem est cum omissione, sed, tacitam exheredationem ita colligit, ut patri concedat arbitrium liberos omittendi, nec eum officium laesisse, sed recte potius testatum et testamentum ipsius valere censeat, liberis licet omissis; quid, quaeso, necessarius est, aut quid sibi vult totus hicce titulus? Nulla enim adest et adesse potest liberos nominandi necessitas, quos impune praetereundi datur licentia tam ampla, (ut ex mente legum) ex ipso silentio colligi debeat

eo, quod sic huius tituli necessitas evanescit.

exheredatio. Utcunque enim testatus fuerit pater, liberis silentio vel plane praeteritis, recte testatus esse censebitur, ut testamentum valeat.

Accedit, quod silentii *per se* ne possit quidem esse talis coniectura, ut praeteritio fit pro exheredatione tacita; ea quidem, quae fit ademtio hereditatis *debitae* iis, qui, omissi, infirment testamentum: quae, si debetur, ademtione licita, expresse adimenda est; aut, si silentio recte adimitur, non debetur, certe non tam arcto Iuris vinculo, ut testamentum infirmari possit, adeoque non iis, qui rumpunt praeteriti. Hanc talem coniecturam ne testamenti quidem per postumum rupti patitur ratio, latens in eo, quod secundum leges praesumatur mutata patris testatoris voluntas, agnato Suo herede.

Ergo tantum abest, ut leges ex silentio patris colligant exheredationem postumi (nedum nati) tacitam et validam, ut potius ibi patrem, si scivisset, nasciturum sibi heredem, aliter et habita postumi ratione testaturum fuisse praesumant, filio autem praeterito nulliter testatum censeant; utrumque eam ob caussam, quod pater silentio Legibus adeoque suae circa Suos heredes obligationi, ex qua est huius tituli solemnitas, non videatur satisfecisse: quod tamen, si valido testamento, praeterire liceret Suos, ita videri deberet, ut nullius plane momenti totus hic esset titulus ac vana Prudentum cura et cautio in testamentorum securitate penitus occupata. Praeterea sic statuens impingit in constantem Iuris regulam: exheredationes non esse adiuvandas l. 19. D. h. t. Quomodo enim hae magis possint adiuvari, quam tributa silentio, respectu liberorum, eadem potestate, quam proprie verba tantum expressa habere possint?

Apparet igitur, frustra et contradictorie hoc, quicquid est, proferri totumque adeo nihil valere, ut salvis rationibus quibus in fine prioris libelli usus sum pro hac re adferenda, maneat salva, quam defendo mihique dari volo, liberos instituendi vel exheredandi necessitas.

Secundarium tamen hoc est argumentum.

Sed tamen, aliquid licet ponderis habere videatur, secundarium est hoc qualecunque argumentum, nec *per se* ad probandum id, quod volo, satis idoneum. Posset enim aliquis obiicere, et nostrum, et caeteros Institutionum Codicisque titulos huius argumenti non referre Ius ipsum XII Tabb. sed iura post ea tempora consecuta ac inducta. quod cum ex parte verissimum sit, sane non haberem, quod illum ad partes meas traherem. Demonstrata autem ex ipsa Legis Decemviralis sententia patris obligatione, Suorum habendi in testamento rationem, non potuit non licere, titulum nostrum, quantum ad rei fundamentum ac originem attinet, ad ipsos Decemviros referre, ut vel sic appareret necessitas exheredandi eum, quem pater instituere nollet.

Quare in priori subsistendum

Cum autem nihil velim praeter hoc: ius liberorum praeteritorum infirmandi patris testamentum originem atque caussam habere in ipsis XII Tabb. Legibus; cumque in oriunda hinc patris obligatione, nisi adversus, certe circa liberos, tamquam in fundamento huius rei adquiescam, concedens, varios testamenta infirmandi modos a Prudentibus inventa fuisse: facile supersedeo, quae aliena est a proposito, investigatione rationum, quibus moti Prudentes varios hosce modos induxerint; praesertim cum praeter coniecturas nihil in hac re possit adferri, quod testimoniis sit certum. Generatim quidem licet adfirmare, Suitatis ratione necessario habenda motos esse Prudentes, ut testamenta, liberis praeteritis, eum, quem pater testatus voluisset, exitum habere non paterentur; sed, quare

cum iusta limitatione, quoniam Prudentum rationes de modis exheredandi ignorantur.

varios infirmandi modos adinvenerint, id quidem ignoro cum ignarissimis. Quamvis enim, posita, quam pono, Suitatis ratione a patre necessario habenda, probabili ratione dici et admitti possit, postumos utriusque sexus nominatim fuisse exheredandos propterea, quod non possent exheredari *inter caeteros* (quae vox natos tantum liberos complectitur, quibus aliquid debetur vere); filiam autem neptemve, quae esset filiae loco, inter caeteros, adiecto legato, exheredatam hoc contentam esse debuisse, nec adeo plane praeteritam testamentum nullum dixisse, propterea, quod ei naturali tantum ratione aliquid deberetur, ita ut potior videri deberet caussa patris et favor testamenti; nulla tamen adferri potest ratio, extra omnem dubitationem posita, quare Prudentes filium vel nepotem filii loco nominatim exheredandum censuerint, nec, plane praeteritum, portionem ipsi debitam iure adcrescendi, sicut filiam, habere voluerint, sed potius, ni sic exheredatus esset, nullum fore testamentum existimaverint. Tentavit id genus aliquid Montesquutius in Libro, quem *de Legum ferendarum natura, indole habituque ad rempublicam* conscripsit (*Esprit des loix*) *Lib. XXVII.* (sed sic, ut pro fine, quem sibi proposuerat adsequendum, rem vel altius prosequi potuisset): derivatis legitimae successionis ordine pariter ac testamentorum solemnitatibus a divisione agrorum per Romulum facta, per Numam confirmata, et per Servium Tullium restaurata, secundum quam singularum familiarum singulae essent manerentque portiones in perpetuum: ex qua ratione satis probabili colligit concludendo, Legem XII. Tabb. de libera patrumfamilias in testando facultate latam statui publico minime consentaneam fuisse, et a Solonis sapientia mirum quantum discrepasse. Sed haec missa facere possum, meo quippe consilio parum necessaria, et lapsum tantum dico Virum in eo, quod testamenti, filio praeterito, nullius, filia vero praeterita, validi hanc esse rationem opinetur, quod avus non hic, sed ibi iniuriam inferret nepoti, legitimo heredi patris sui; quasi vero avus plus debuerit nepoti, vivo filio, quam huic ipsi, ut in huius iuribus ratio rei non deberet quaeri, et quasi filia, testamento licet valido, non abstulisset scripto heredi suam portionem.

quas nec adsecutus est Montesquutius.

Sed levia cum haec sint, in praesenti hoc, quod est ad totam tractationem gravissimum, (quodque per Prudentes ante Gallum inductum fuisse non minus concedo), quam maxime mihi notatum volo, licet fortasse satis notum sit: excepta filia nata et nepte filiae loco, heredem suum, sive heredem eum vellet pater, sive exheredem, nominandum fuisse in testamento eodem gradu, quo esset in familia, et iure inter Suos in bonis familiae; adeoque in casum Suitatis et tamquam Suum; ita ut institutioni filii aut nepotis, qui nondum essent Sui ac primo in familia loco, adiici deberet mentio casus quo Sui heredes futuri essent, quae poterat omitti in iis, qui essent primo in potestate loco, quoniam his nominatim institutis pro testatore militabat praesumtio, ipsum de iis cogitasse, quos cum nominaret, non poterat ignorare esse suos heredes. *id quod* in successione nepotum in locum parentum *de nepte non minus verum* esse, quam de nepote testatur *l. 13. de iniusto*, verbis: *ita et neporem neptemve*: de qua re paucis deinceps.

Probe notandum: heredem suum in casum Suitatis et tamquam Suum instituisse:

quod in successione de nepte aeque verum esse ac de nepote probatur l. 13. de Iniusto.

Huic rei, ut alia taceam, praeter locum classicum d. l. 13. argumento est ipsius Legis Velleae caput alterum, quo, secundum §. 13. textus nostri, succedentes in locum liberorum *verantur rumpere*, ita ut verba Legis §. 14. ob-

Probatur illud ex c. 2. L. V.

via, cum manifeste sint manca, nisi ad exemplum WINKLERI *in diss. ad Leg. l. V. p. 44.* sic tamen expleri debeant, ut nepotes in casu Legis *rumpere videntur.* Nam quemadmodum ex *l. 10. §. 2. de test. tut.* constat, propositam fuisse Legis auctori testamentorum conservationem; sic hoc unice capite secundo spectatum ei fuisse patet ex §. 15. h. l. verbis: *non permittit instituí, sed vetat rumpi*: adeoque haec verba: *in locum suorum sui heredes succedunto:* haud debent existimari dispositionem Legi propositam continere, quoniam in casu Legis successio nepotum, testamenti tempore natorum in potestate, ad quos c. 2. pertinet, iuxta §. *15. h. l.* verbis: *lex non permittit instituí, sed vetat rumpere institutos:* est Iuris antiqui *l. 1, §. 4. D. de Suis et leg.* ut adeo verba *l. 34. C. de inoff. test*: ex Lege Vellea: cum ANT. FABRO *L. IX. Coniect. c. 18.* intelligi debeant: *permutente L. V.* aut *sine impedimento L. V.*

in quo recte sentit Ant. Faber,

male Ferretus,

Nam inane est, quod cum aliis existimat FERRETUS *ad h. l. in pr. n. 7.* quod nepotes vivo filio et avo nati nunquam potuerint una cum filio heredes instituí propterea, quod cum recasuri in filii potestatem huic adquisituri fuissent hereditatem ipsis delatam, inanis fuisset talis institutio. Hoc, inquam, inane est. Cum enim in favorem dominorum ac patrum introducta sit testamenti factio cum personis incertis; multo magis procedere debuit institutio certorum, per quos, cum vel ipsi capere possent ex testamento, voluntas testantis non posset non exitum habere certum, quantumvis aliis adquirerent. Sic autem duntaxat testari patres oportebat, ut, quod fieri voluissent, statim exitum habere posset: hoc enim sibi vult animi certitudo in testando desiderata a Legibus.

Cuiacius,

Et lapsus sane videtur in hoc CUIACIUS cum Alciato, iuste notatus eo nomine ab ANT. FABRO d. l. Sic enim Lex Vellea, quae *§. 6. h. l* multos rumpendi casus abstulisse dicitur, nihil quicquam novi haberet. Non magis verum, quod idem Cuiacius ad *§. 13. h. l.* cum Viglio Zvichemo ad §. 3. I. de exh. lib. existimat: Legis V. c. 2. simul inductum esse, ut nepotes rumperent, succedentes in locum Suorum, praeteriti, aut VALLIUS *ad h. l (in Ottonis T. h. T. I. p. 414)* quod Lex hos nepotes nominari voluerit et de novo instituí permiserit: nam hoc quoque Iuris fuit antea; Lex autem unice voluit mederi rumpendi periculo cui ob Iuris antiqui rigorem testamenta essent obnoxia, ac absurdum, dicere, Legem uno eodemque loco nova liberis iura tribuere, et eorundem iura minuere, proposito sic ei fine duplici et contrario.

Vallius,

Eodem modo, sed gravius errat HOTOMANN in praemonitis ad h. l. Opp. T. II. nepotis, inquiens, nullam omnino haberi posse rationem in testando. Nam ridiculum est, de nepote nato quaerere: num ut Suus, an ut alienus instituí possit? quia, cum haec res spectet testamenti solemnitatem, sufficit instituí personam certam. Deinde, si nepos non potuit instituí propterea, quod recasurus erat in potestatem filii, cum quo iudicio familiae herciscundae partes facere non posset; consequeretur hinc, ne filiumfamilias quidem cum patre potuisse instituí. quod cum falsissimum sit: vere obstant huic opinioni *l. 26. et l. 36. D. de adq. hered*: quia constat, testamenti factionem fuisse cum filiisfamilias, futuris etiam, licet patribus adquirerent. Quid ergo impedire poterat nepotum institutionem, praesertim cum rumperent ante L. V. praeteriti? Ergone hi quoque nec instituí poterant, nec praeteriri? Nam plane commenticium est, quod hi nepotes, quos L. V. vetat rumpere, iure adcrescendi partem bonorum habuerint.

Hotomanus

Neque rem acu tetigit WINKLERUS d. l. p. 40. Legem providisse pu-

Winklerus

tans, ut nepotes cum filiis simul instituerentur. Nec enim hoc egit Velleius; qui confirmare tantum voluit testamenta *l. 10. §. 2. de test. tut*; *confirmare* autem est, *impedire*, *quominus rumpantur*, quod idem *l. 28. de vulg. l. 12. D. de his, qui test. f. p.* efficere dicitur Lex Cornelia. Sed egerit adeo: ob secundariam tamen hoc egit, et subordinatam aliquam rationem, quia, propter iura Suorum heredum, testamentis non poterat prospicere, nisi in eum casum, quo nepotes, successuri, essent nominati, vel quia dicendum erat, iura liberorum, quae indirecte minuebantur, intacta ac integra relinqui. Si ergo voluit monere testatores, ut nominarent hosce nepotes in testamento; hoc voluit propterea, quod factu necessarium esset iis, qui beneficio Legis uti vellent: nec tamen hoc proprie egit.

et Goveanus: Tota denique errant via ANTONIUS GOVEANUS *Comment. prior. ad h. l.* §. 34. et I. FRANC. VAN BYEMONT *diss. de liberis et postumis Lugd. Bat.* 1739. *p.* 41. praescribi h. e. tantum existimantes testatoribus, quomodo instituant tales nepotes, eosque moneri, ut sic facerent. Lex enim non cavet; et obstant verba Scaevolae §. 15. h. l. *non permittit institui.* Neque credendum est huic, ead. p. Legem voluisse, dicenti, ut talis nepos in casum successionis et suitatis institueretur, et sic institutus aut exheredatus non rumperet. Ad hoc enim Lex nova non erat necessaria, quia, cum in natis, quos omni Iure instituere licitum, multo magis procedere deberet Galli cautio, testator, hac formula nominans nepotes, Legibus satisfecisse putandus erat, ut non posset rumpi testamentum, si talem nepotem, usus Galli formula, in hunc suitatis casum instituisset aut exheredasset, et post. L. V. sec. l. 13. de Iniusto, hoc unicum requiritur, ut talis nepos instituatur, sicut *filius*, *nominatim.*

Quare, (ut in praesenti rem brevi dicam, uberior enim huius quaestionis tractatio in alium locum differenda) cum verior omnino sit sententia existimantium, et necessarium fuisse, et aliquid novi induxisse utrumque L. V. caput: haec posterioris partis necessitas, et novum, quod induxerit, colligenda videntur esse ex ipso legis tenore. Iam vero sec. §. 13. h. l. verbis: *nec succedens rumpat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus*, et §. 15. verbis: *vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum est, quod succedit:* iuncta *l. 3. §. 1. de Iniusto:* Lex vetat rumpere nepotem succedentem, si sit instituturus aut exheredatus *nominatim;* addito hoc ex Legis mente et d. l. 3. §. 2. *quovis modo* (quod alii non observarunt); ut sufficeret, nominatim utrumque fieri, quia lex non distinguit, sed verbis utitur generalibus: praeteritos autem vel inter caeteros exheredatos nec haec quidem Lex vetat rumpere, quia, salva Iuris antiqui ratione salvisque Suorum iuribus, ne poterat quidem his casibus prospicere. Ergo antea Iuris fuerit necesse est, ut nepotes succedendo rumperent, non solum, si praeteritos se aut inter caeteros exheredatos, sed adeo, si se nominatos quidem invenirent, sed non in casum Suitatis et tamquam Suos heredes, aut, uti *l. 13. de iniusto* loquitur, sicut filios. Nepotibus enim sic institutis aut exheredatis vel ante L. V. non poterat permitti, ut rumperent, quia sic antiqui Iuris rigori satisfactum: ita uti nullo prorsus Iuris colore impugnare possent liberi, sic instituti, parentis voluntatem, atque hactenus nec necessaria fuisset Velleii provisio, nec, si hoc providisset, novum Ius induxisset. id quod luculentissime adparet ex verbis §. 15. h. l. *nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erit.*

cuius sententia vera aperitur nova ratione.

collectis necessitate et novo quod c. 2. habet, ex Legis tenore.

ante quam Iuris, ut nepotes instituti, sed non in casum Suitatis, rumperent;

quod non adverterunt Schultingius et Winklerus,

Atque hic unicus casus excipiendus erat SCHVLTINGIO *ad Caii* Inst. p. 63. et WINKLERO *d. l. p.* 46, 47. caeterea recte statuenti cum ANT. FABRO Coni. Lib. IX. c. 18. praesertim cum idem suadeat cautio Galli, ad nepotes, uti dixi, vivo patre et testamenti tempore natos a potiori adcommodanda: in qua particula, *tunc*, extremitatis nota, non solum hoc efficit, ut postumus se, simul ac natus fuerit, institutum, sed etiam hoc, ut se, simul atque Suus heres extiterit, in casum suitatis inveniat institutum (quod posterius item a nemine visum). Alias enim postumus: natus, excipere posset contra testamentum, dubium esse, utrum pater de ipso, tanquam de suo herede, cogitaverit; quae dubitatio cum fundamentum testamenti rupti conficiat, removeatur necesse est adiecta vocula, *tunc*, qua recte institui posse postumos nepotes Gallus induxit. Talibus autem nepotibus alio, quam hoc unico modo, institutis, licet nominatim, locum sibi vindicabat testamenti rumpendi ratio, hoc est, praesumta voluntatis mutatio; cuius praesumtionis origo, cum ipsa sit Iuris, in Iure quaerenda, adeoque in iuribus Sui heredis et in obligatione patris testantis circa Suum.

licet consequatur ex formula Galli;

Cum enim de rupto testamento non quaeri posset, nisi liberis lege agentibus in hereditatem, hoc est, eo tantum casu, quo ipsis, licet institutis, pars bonorum per testamentum decederet: nepotibus alio, quam unico illo modo, nominatis, non poterat non suboriri suspicio, parentem aliter testaturum, hisque suis heredibus melius prospecturum fuisse, si de casu, quo Sui futuri essent, cogitasset; et ex tabulis, eum hunc casum ob oculos habuisse, non constabat; de quo tamen, ut testamentum vi legis abrogantis valeret, certissime debebat exinde constare. hoc enim sibi vult illud *nominatim*, ut absque ulla dubitatione certum esset, patrem eum velle heredem esse, ad

et ex voce nominatim de postumis usurpata.

quem in Legibus haec vox dirigitur. Necessarium ergo videri debebat esse, ut rumperetur testamentum, nepotibus in casum Suitatis non institutis.

Multo magis idem iudicari debuit, his nepotibus exheredatis quidem, sed non in eundem eventum. Sic enim existimari poterat, imo debebat, avum nepotes exheredasse propterea, quod illis, in familiam patris sui venturis ipso defuncto, satis prospectum putasset, quorum rationem habiturus fuisse praesumi debebat, si cogitasset de casu, quo nepotes, ipso mortuo, sui iuris futuri essent. Necessarium ergo, testamentum rumpi. Atque in hac praesumtione, verbis testamenti non remota, consistere rationem testamenti rupti per postumos, in casum Suitatis non institutos, comprobat auctoritas Iustiniani *pr. I. de exh. lib.* ex antiquitate referentis: filiam non recte fuisse exheredatam, sed oblivione praeteriri visam esse, nisi adiectum ei fuisset legatum. Ergo, si per oblivionem praeterita videbatur, infirmabat testamentum, auferendo heredi scripto portionem legitimam.

Igitur in hoc necessaria fuit Legis Velleae provisio testamentis, (quae ab ICtis rigori Iuris adstrictis non poterant non rupta dici), ut non rumperentur in casu successionis per nepotes, nominatos in tabulis inter heredes, licet non in casum suitatis, modo fuerint nominati. Hoc unice novum, quod induxit Velleius, qui vel hac Legis parte, sublatis multis rumpendi casibus, effecit, licet per indirectum, ut iura Suorum minuerentur, aucta patrum in testando libertate, per procuratam testamentis securitatem qua antea caruissent; ita ut nunc, cum, nepotibus nominatim exheredatis, testamenta videri deberent iure facta, horum favor excelleret, exclusa per Legem illa Iuris antiqui praesumtione, utque ex his etiam appareat, hoc non nisi de testamentis recte factis praedi-

Ergo, in quo necessaria Velleii provisio,

idem Iuris fuit antea,

dicari posse. Veram autem esse hanc c. 2. L. V. interpretationem manifeste adparet *ex l. 6. §. 1. de her. inst.* ubi, cum sec. l. 4. pr. eod. filius sub conditione non possit institui, nisi tali, quae in ipsius sit potestate, nepotes Lege Vellea rumpere vetiti sub omni conditione institui posse dicuntur *ersi redigantur ad filii conditionem*, ut sc. tum non rumperent. (Sic einm h. l. accipienda).

ut suus heres ut suus exheredari aut institui debuerit.

Quae si ita sunt, ut sunt, maneat necesse est certum hoc, quod volo: ante L. V. Iuris fuisse, ut, quicunque heres Suus vel nunc esset (excepta filia nata et nepte filiae loco) vel futurus esset, is eodem, quo esset in familia parentis loco et gradu, adeoque in casum suitatis et tamquam suus, imo sub tali conditione quae esset in ipsius potestate, nominari debuerit in testamento sic, ut ex tabulis certissime constaret, parentem, quicquid de eo iuris esse voluerit, id de eodem tamquam de Suo voluisse.

Ac in hoc par utriusque, nepotis atque neptis conditio;

Quam maxime vero hic adnotandum, quod paucis probatum eo: *sicut in caeteris*, sic etiam in his casibus parem fuisse, quantum ad caussam et effectum rumpendi, neptis et nepotis conditionem, non attenta sexus differentia.

quod probatur 1) ex §. 14. h. l.

Patet hoc 1) ex verbis L. V. §. 14. h. l. *si quis ex suis heredibus suus esse desierit*, liberi eius (non adiecta distinctione inter mares et feminas) *in locum suorum* sui heredes *succedunto*; quae, cum finem Legislatoris non exprimant, neque tamen otiose scripta putari debeant, (siquidem verbum *succedere* significatu Iuris accipitur pro *nancisci sui heredis iura* vivo parente) hoc sibi velle videntur, ut integra et salva maneant, quae olim fuissent, iura primi in familia parentum loci, nepotibus utriusque sexus, si eum successione occupassent. Cum igitur Lex nova non

distinguat, sed integrum relinquat Ius antiquum: nec nostrum est distinguere.

2) ex l. 13. de Iniusto

2) Amplius hoc apparet ex l. 13. de Iniusto, quae litera convenit cum §. 2. I. de exh. lib. et ad verbum desumta est ex Caio, quamque L. V. c. 2. complecti recte dicit VIGLIUS ZVICHEMUS *Comment. in X. Tit. testament. Inst.* Hoc enim toto loco iuxta ponuntur nepos atque neptis sic, ut aequalis sit utriusque caussa, ut, vel ex L. V. utrique, nisi nominatim fuerint exheredati, agnatione rumpant, tamquam praeteriti.

3) ex l. 3. eod.

3) Argumento est locus Ulpiani *l. 3. de Iniusto*; quo postumos per virilem sexum descendentes nominatim exhedandos esse dicit, non observata sexus differentia circa modum exheredandi, sed addita potius §. 5. explicatione vocis *nominatim* hac: *quicunque mihi nascetur*, aut *ex Seia venter exheres esto*: qua sexus discrimen plane reiicitur; id quod §. 1. I. de exh. lib. explicite confirmatur.

Ex his facile colligitur, ante L. V. quae, non hoc agens, ut liberis aliquid iuris tribueret, imminuta nempe rumpendi licentia, nihilominus nepotes utriusque sexus nominatim exheredari vellet, neptis pariter atque nepotis idem utriusque et aequale ius fuisse, ut rumperent, nisi ex tabulis constaret, eos in casum suitatis et tamquam suos institutos esse aut exheredatos.

et exemplo est formula Galli

Et exemplo est formula Galli qui, quicquid circa testamentorum securitatem cavit, id propter necessitatis rationem cavisse putandus est, neptis autem mentionem non minus iniiciendam esse censet, quam nepotis.

quoniam eadem rupti testamenti ratio in his etiam obtinet.

Nec aliter fieri potuit, cum in his postumis utriusque sexus testamenti rupti ratio non minus obtineat, quam in forma rumpendi Iuris antiqui, aut in postumis Aquilianis, aut Velleianis ex capite Legis primo, mutatae scilicet voluntatis praesumtio. quae cum excludi deberet verbis testamenti, non excludi poterat, nisi neptis pariter atque

nepos, ante L. V. in casum Suitatis, post L. V. nominatim exheredaretur, Ponitur, et ante, et post L. V. in singulis postumorum speciebus aequale ius utriusque sexus infirmandi testamenta, propter aequalem eandemque in utroque Iuris rationem per L. V. haud immutatam. Nec magis fieri poterat, ut haec neptis in eum casum, quo filiae loco futura esset, exheredari posset, nisi *nominatim*, quae vox quomodo accipienda sit, intelligitur ex formula Galli, ad cuius exemplum caeterae exheredandi formulae effingendae sunt: sic nempe, ut filia aut neptis postuma designetur, adiecta illius temporis mentione, quo sua heres esset futura, nomine licet proprio, quod forte haberet, non expresso. Sic autem non poterat intelligi designata, si inter caeteros esset exheredata. Ergo rigor Iuris antiqui, observandus, ne forte testamentum rumperetur, in praesenti redit huc, ut nominatim heredes aut exheredes scriberentur postumi, quicunque, Sui heredes futuri; atque τὸ nominatim hactenus consistit in facta mentione casus, quo sui heredes essent futuri.

Hinc fallitur van de Poll

Quae cum ita sint, vehementer fallitur VAN DE POLL cum Boëtio Epone ad h. l. p. 31. d. l. c. 12. falsissima proferens violenta Legum interpretatione. Leges enim a me excitatae reprobant distinctionem, quam ponit, inter modum nepotes atque neptes exheredandi, et ferri plane nequit, τὸ *nominatim* in d. l. 13. alio, ut putat, de nepte sensu accipi, quam de nepote. Deinde plus quam falsissimum est, quod d. c. §. 3. dicit, filiam postumam (hoc est nondum natam) exheredari potuisse inter caeteros; quae vox natos duntaxat complectitur, quos sibi heredes legitimos fore testator vel scivit vel scivisse saltem praesumi potest: frustra provocans ad §. 1. I. de exh. lib. Nam ibi verba: *sed feminini quidem sexus etc.*

ut de filiabus etiam postumis accipiantur; non patiuntur verba §. 2. eod. *Ne ergo — nominatim* etc. *ita ex nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare*: ubi manifeste patet, repetendum esse ex anterioribus τὸ *nominatim*, quod repeti postulat tum rei natura, tum *d. l. 3. pr. et §. 5. de iniusto*, tum cautio Galli, qui neptis non minus quam nepotis, distinctis hominibus, meminerat, et sic utrosque institui cavit. Quod cum non animadverteret VINNIUS h. t. §. 2. n. 3. et Vinnius in eundem delapsus est errorem, ut diceret: neptem cum filio comparari in exheredatione, quod ad necessitatem, at non in qualitate aut modo exheredandi, atque sic proferret contraria: dixerat enim initio, plus h. §. tribui nepti natae, quam filiae. quod, si verum est, adficiat necesse est modum exheredandi, ut non idem esse possit in utraque. Quo pacto autem, aequali in filio atque nepote necessitate, hoc est, rei fundamento, diversus esse possit modus, qui ipse descendit ex illa necessitate, cui tali modo satisfaciendum est? Male tanem reprehendit van de Poll Vinnium propterea, quod postumam nondum natam non plus habuisse iuris, quam neptem iam natam adfirmaverat; quod sane verissimum, si addatur, in pari caussa et eo casu, quo neptis filiae loco futura sit, et in conditione rumpendi. Probatur enim hoc ex §. 2. *l. 3 de Iniusto*, verbis: *idem in postumo*: quae quo minus ad liberos sexus etiam feminini trahantur, nil obstat, ut scilicet neptis postuma vel quasi eodem, non meliore iure utatur, quam filia nondum nata.

male tamen taxatus ab illo.

In universum enim notandum male haberi Leges ab iis, (quorum haud paucos deprehendo, mirifice enim mixta et confusa leguntur in libris, quae hic distincta dedi), qui neglecta Iuris et rationum varietate, diversa componunt, e. g. filiam *natam*, et neptem *postumam*, deinde nepotem aut neptem

Ne sic erreturi, distinguí oportet diversa.

eo casu, quo sunt, et eo, quo non sunt futuri sui heredes; eos denique, qui tempore testamenti primo sunt in familia loco, et eos, qui praeceduntur, sperantes se aliquando primum locum fore nacturos: quae curiose distinguenda sunt omnia in hac tota causa, qua de testamentis recte et caute faciendis quaeritur, ne rumpantur; adeoque de varia testantis circa liberos diversi sexus et gradus obligatione: quae, si eadem est, eundem, si diversa, diversum quoque efficiat necesse est modum legitimum testamento prospiciendi, ne infirmetur.

respectu testamenti recte faciendi;

Quare comparari et licet et oportet filium et nepotem filii loco, filiam et neptem filiae gradu constitutam; utrosque vel natos vel nascituros: quorum quippe par est peraeque conditio et relatio ad patris officium, adeoque ad necessarias testamenti solemnitates, hinc oriundas, propter aequales in singulis rationes.

His probe distinctis statim apparebit, sexus differentiam, quod ad modum exheredandi huiusque caussam, attendi in institutione liberorum *tempore testamenti* (hoc enim inspiciendum, quia quaeritur, quomodo recte fiat, habita liberorum ratione) a) natorum et b) primi gradus, sive filii fuerint, filiaeve, sive nepotes neptesve; non autem attendi eam in liberis a) nondum natis, aut b) natis quidem, sed ulteriore gradu constitutis.

sic patet, sexus differentiam attendi in suis heredibus natis,

non in nascituris aut suis futuris.

Sic igitur ex rationum, ab uno licet fonte promanantium, diversitate, comparando aequalia, distinguendo diversa, intelligetur, opinor, pari ratione sese habuisse ad testamentum et recte et caute faciendum, 1) filium cum nepote filii loco constituto, 2) filiam cum nepte, filiae gradu occupato, 3) omnes omnino postumos cuiuscunque sexus et formae, 4) nepotes cum neptibus, qui quaeve a parentibus et quatenus ab iis praecederentur: ita, ut isti, propter metum nullitatis, nominatim, hoc est, tamquam Sui et Filii, hoc magis, quam proprio ipsorum nomine expresso; istae vero, propter ius adcrescendi, legato saltem iis tamquam Filiabus adscripto; illi deinceps, ob periculum rumpendi, omnes omnino nominatim, seu designato casu, quo Sui et in conditione rumpendi essent futuri, exheredari deberent; hi denique, qua tales, qui praecederentur, salvo testamento, prorsus omitti possent, exulante vel hic sexus differentia.

Ergo diversissimae naturae sunt quaestiones, de nepte, quae praecedi-tur, qua tali, praeterita, et de nepte in eum casum omissa, quo Sua heres olim esset futura; itemque de nepote in utroque casu: et frustra componuntur nepos neptisve, postumi, cum filio filiave, natis; quod non potest non turbare, quae sunt intellectu facillima, si bene distinguantur. Quodsi enim quis dixerit, neptis, postumae, meliorem fuisse conditionem, quam filiae natae; equidem dabo casum, quo ex opposito idem eveniet, ut filia postuma utatur meliore iure, quam neptis nata, si haec sit filiae loco. Verum utrumque: at nihil adfert utilitatis et

Hinc differunt neptis qua talis et neptis sua heres futura

impedit rei intellectum, quia utrimque diversae subsunt rationes.

His autem investigatis, compositisque iis, quae singulis aequaliter subesse reperiuntur, omnia fiunt clara, et praeter caetera hoc etiam efficitur, uti probatum dedi: postumos cuiuscunque sexus et formae, ut rumpere prohiberentur, ante Legem Velleam expresso Suitatis casu; post L. V. saltem nominatim exheredari debuisse.

Haec si bene et distincte tenuisset FRANC. VAN BYEMONT *d. l.* §. 4. *p.* 15 non errasset cum HOTOMANNO *in praemonitis ad h. l.* sic, ut diceret, nepotes neptesve, praeteritos, si, patre ipsorum ante avi mortem ex patria potestate subducto, avo Sui heredis extitissent, nihilo tamen secius idem duntaxat cum filiabus praeteritis ius adcrescendi habuisse. quod frivole dictum et plus quam falsissimum, legum quippe verbis adeo contrarium, quoniam nec ullo quidem testimonio doceri potest, nepotis, occupato per eum primo in familia loco, deteriorem fuisse conditionem ac rationem ad avum, quam filiorum ad patrem, et quoniam, hoc sumto, testamenta nullo casu rumpi potuissent, et plane superflua fuisset, et Galli cautio, et Vellei cura, et Iuliani interpretatio.

et de hac frustra sommiatur Hotomannius adcrescendi negato iure rumpendi.

Huic autem quaestioni volui ac debui diutius immorari propterea, quod in tota hac caussa velut principatum tenet; ut, hac una non satis pertractata, difficilis admodum et inconstans futura fuisset universi argumenti demonstratio. Cum vero nec ipse quidem mihi parcam, sed, quicquid erratum deprehendo, ingenue fatear, hac re excusandus saltem videbor iis, qui me aliorum sententias aequo audacius reprehendisse existimaverint. Nihil enim curare soleo, praeter id, quod verum mihi videatur; nihil tribuens auctoritati, ne summorum quidem Virorum. Sed nunc pergendum.

Nunc continuatur ipsius argumenti tractatio ea, qua nuper substitit, parte.

Pergitur nunc

His praemissis ad propositum venio, et, qua subsiti parte, ea nunc pergo.

Postquam igitur in priori libello, demonstrata de postumis rumpentibus regula generali, distinctisque, quotquot esse videbantur, postumorum generibus, Suum heredem, *postumum aeque ac natum*, utrumque eodem Iuris sensu Suum appellari, sic comprobare studui, ut in mutuam ac reciprocam patriae potestatis et Iuris Sui heredis relationem et nexum inquirerem; tandem, monstrante viam quaestione de caussa testamenti per postumam rupti, contra communem Doctorum fere omnium opinionem hoc efficere adlaboravi: PER Ius XII. Tabb. praeterire heredem (adeoque postumum) Suum nequaquam licuisse. de quo, an perfecerim, esto iudicium penes Viros Iuris Antiqui non ignaros. Quoniam vero in quaestionibus huius generis mutationum subinde factarum quam maxime haberi debet ratio: esto hoc, si, quod volui, perfecisse videar peritis, Primum in historia de postumis testamenta rumpentibus; caetera ex ordine tractationis subsequentur.

absoluto eo, quod primum in historia de postumis facit momentum; neque tamen totum.

Nam sicut non praeterire licuit postumum suum;

Dico autem, *praeterire* non licuisse *postumum Suum:* non dico, *eum institui* debuisse. Quamvis enim hae binae loquendi formae convenire sensu ac idem valere videantur; licitum tamen ex aequalibus consilio scribentis magis adcommodatam seligere. Iam vero, cum, ut statim dicetur, ne postumum quidem proprie talem instituere licuerit; haec bina: *praeterire non licuit*: *instituere non licuit*; quem sistere volebam, conflictum obligationis ex Legibus cum prohibitione Legum circa idem obiectum (licet non expresse declarata, ex natura tamen solemnitatum Iuris Antiqui descendente) clare et pure demonstrant: haec autem: *instituere debuit: instituere non licuit:* praeterea, quam evitare debui, contradictionem habere videntur.

(quod explicatur sic, ut Ius antiquum sibi non contrarium esse pateat)

Accedit, quod istae binae locutiones sui similes videantur tantum esse ac idem valere, non valeant vere: quia conflictus cuius memini, non est, ut cum schola loquar, totalis, sed partialis. Qui enim postumum Suum praeterire prohibetur, is de hoc Legem dicere iubetur. quae cum per illimitatam patrumfamilias in testando potestatem duplici modo dici potuerit, instituendo vel exheredando Suum: Ius Antiquum hanc partem neque sibi contrarium fuisse, neque incongrua praecepisse satis luculenter apparet. Cui enim postumum (proprie talem atque) Suum instituere non liceret, is tamen eundem recte et absque omni testamenti discrimine exheredare poterat, quia prohibitae institutionis ratio, quod scilicet postumus persona esset incerta, ad exheredandi licentiam non potest extendi (id quod deinceps pluribus persequar), postumusque, licet nomine careat, satis, si exheredetur, possit designari verbis: *si quid mihi post mortem meam nascetur liberorum, exheres esto.*

Per hunc autem Iuris rigorem, cum postumum instituere nequaquam lice-

ret, pater testaturus de re sua duplici obnoxius erat discrimini, ac in alterutrum non poterat non impingere; unde anceps omnino ipsius debuit esse consilium: ut scilicet, postumo praeterito, testamentum suum in periculum rumpendi adduceret; eodem vero exheredato, sciens volensque, contra amorem naturalem ageret, ei debitum, ad quem prae caeteris omnibus officium pietatis pertineret. id quod viro honesto non potest non infame videri: ac visum esse Romanis testatur hoc, quod cum primum postumi exheredati exemplum obveniret, *Val. Max. VII. 7. 2.* maligne censeretur iudicasse parens de sanguine suo *l. 4. D. de inoff.* ita ut induceretur querela inofficiosi testamenti. quae, cum post haec tempora semper esset salva postumis exheredatis *l. 6: D. de inoff.* effecit, ut pater nulla paene ratione prospicere posset voluntatis suae securitati, ut adeo hanc etiam ob caussam L. V. quam maxime esset necessaria.

Sic igitur Ius Civile Antiquum, (ipsum quidem sibi non contrarium,) permittens id, quod a natura et moribus viri honesti prorsus abhorret, vetabat id, quod ad effugiendum tale discrimen unice esset necessarium; versabaturque adeo in conflictu cum affectu naturali gignentium adversus genitos, qui nascituros non minus quam natos prosequitur. Cui vitio Iuris cum esset medendum: vides hic fundamentum aequitatis, qua moti Prudentes induxerunt, ut Suum postumum (proprie talem) instituere liceret, de qua re deinceps pluribus.

Itaque PER Ius XII. Tabb. nec instituere quidem licuit patrifamilas postumum, ne eo quidem casu, si certum esset, eum, si statim nasceretur, Suum heredem futurum esse.

sic nec instituere quidem licitum fuit eundem: quod probatur

Quod haud multa eget probatione, quia exceptis, RAMOSIO in Comment ad h. l. c. 2. § 5. seqq. (Thes Meerm. T. VIII.) et iis, quos ibi laudat, omnes omnino Iuris Interpretes in eo consentiunt, Prudentum demum responsis inductum esse, ut postumum Suum ac proprie talem instituendi esset potestas. nam dissensus eorum, qui hanc factam patribus per Prudentes facultatem ad postumos vivo testatore nascituros extendunt, (quamquam, ut infra docebitur, male) huc nec spectat, nec si spectaret, refragatur. Ergo non dico: EX XII. Tabb. esse, quod postumum tam Suum, quam alienum instituere haud liceret. Nam Legem, qua haec facultas ademta fuerit, non extare, sed adeo nunquam extitisse mihi quidem propterea, quod de forma testamentorum nec praeceperunt Decemviri, nec opus habuerunt praecipere *), sic certissime persuasum est, ut contra LAEL. TAURELLUM *ad*

reiecta Ramosii sententia

*) Gravissimum tamen huius rei argumentum hoc est, quod Prudentes, per quos licita esse coepit postumi Sui institutio (quod certissimi Iuris est, ut adeo pessime sentiant, qui cum Cuiacio ad Vlp. Tit. 22. §. 19. errorem suum ad l. nostram agnoscente, vel hanc permissionem ad XII. Tabb. relatam volunt) non potuissent eam permittere, si lege aliqua fuisset vetita. Quare merito ac recte cum aliis CHARONDAS lib. 1. verisim. c. 15. reiicit auctoritatem Theophili pr. I. de bon. poss. prohibitam alieni postumi institutionem ad XII. T. referentis. Hinc enim, cum hac in re certissima sit Prudentum auctoritas, colligi deberet, Decemviros expresse de forma testamentorum praecepisse, ac eodem Iure vetitam quoque fuisse postumi Sui institutionem: ut adeo hunc institui Prudentes contra Ius Scriptum permiserint. quod nec unquam fecerunt, nec potuerunt: praesertim cum ipse Praetor, longe licet audacior, non dare potuerit bonorum possessionem ei, qui Lege aliqua hereditate interdiceretur, l. 12. §. 1. D. de bon. poss. quam tamen §. 1. I. eod. dare dicitur postumo alieno.

b. l. (in Ottonis Th. T. IV. p. 1604.) plane adſentiar CONRADIO *in diſſ. ad b. l. p.* 5. tali quidem Lege opus fuiſſe neganti; quod tamen addita ratione probare aut explicare, uti debuiſſet, negligit, nec officio contradictoris ſatisfacit. Nam BOETII EPONIS ſententia: Leges Solonis et Lycurgi, quibus permiſſum, ut poſtumum Suum inſtituere liceret, in XII. Tabb. fuiſſe receptas: exiſtimantis, reiecta propterea, quod de hac re prorſus nihil conſtet in Libris noſtris, Ramoſium, qui, veterum Interpretum errorem ſecutus, a Iure quo perſonae incertae ab inſtitutionibus arcebantur, poſtumum ſuum excipiendum eſſe adſerit, iuſte quidem reprehendit; at non recte et ſic refutat, ut Viri opinio intelligeretur eſſe falſa: quod et neceſſarium et facile fuiſſet ad efficiendum.

Neque tamen ex XII. Tabb. eſſe eam prohibitionem exiſtimatur cum Conradio

non recte refutante Ramoſium,

Nam rem vel leviter intuenti hoc ſtatim eſſe debet perſpicuum, Ramoſium, quas excitat, leges iniqua interpretatione in ſuam opinionem ſic detorquere, ut, ubi tandem cunque *Ius Civile*, *Antiquos* etc. poſtumorum iuribus favere legerit, ibi Ius XII. Tabb. conſtanter et per excellentiam intelligi adfirmet, nulla prorſus ratione, quam nec adferre potuiſſet, reddita, quare leges iſtae ſic potius debeant intelligi, quantumvis *ex L.* 2. §. *his legibus* 5. *D. de O. I.* certum ſit, IUS CIVILE per excellentiam eam Iuris Antiqui partem appellari, quae ſubinde per Reſponſa Prudentum invaluit. Sed tamen hac ſola ratione, qua reprobationis cauſſa Conradi d. l. p. 6. utitur, error Ramoſii non convincitur, cum, uti recte probavit WINKLERUS *diſſ. ad Legem Iun. Vell.* IURIS CIVILIS appellatione (ad cuius analogiam caeterae huius generis voces revocari debent), Ius etiam XII. Tabb. inſigniatur (exempla huius rei videſis in Godofredi quatuor fontibus I. C. p. 43.): ut adeo in ſingulis locis, ubi *Iuris Civilis* etc. fit mentio, ſemper dici oporteat (uti in ſuperiori ſpecimine p. 32. monui, tradita ſimul regula hac in re ſequenda), utrum Ius XII. Tabb. an Prudentum auctoritas et quare alterutrum intelligi debeat; quia negantis pariter atque aientis, nulla prorſus eſt ad probandum auctoritas, niſi re quam quisque prae ſe fert, rationibus idoneis confirmata. Alioquin verendum, ne opinionem Ramoſianae contrariam: τὸ *Ius Civile* ubique indicare Prudentum auctoritatem: cui Noſtros tantum non omnes favere video, temere amplectamur.

Ergo dicere debuiſſet Conradi, quare in loco Ulpiani T. XXII. §. 19. quo ſe, ut Ramoſio contradicat, ait moveri, et ubi poſtumi Sui poſt mortem naſciturí *ex Iure Civili* inſtitui dicuntur, Prudentum potius auctoritas, quam Ius XII. Tabb. intelligi deberet. Facile autem animadvertere potuiſſet, Ramoſio, ut alibi notavi, errandi cauſſam hanc fuiſſe, quod miſcuerit (quae a plurimis miſceri video, nulla circa leges excitatas obſervata diſtinctione) quaeſtiones, vel propterea diverſas, quod altera ex altera ſic pendet, ut, niſi de priore conſtet; poſteriori in hac cauſſa ne locus quidem relinquatur: utrum nempe naſcituri pro natis, et, ſi, nati, Sui futuri ſint, pro Suis haberi debeant? et: an eos inſtituere licuerit? quae quidem quaeſtiones adeo diverſae ſunt, ut (quod tamen ſibi perſuaſum tenet Ramoſius, male concludens ex eo, quod ſecundum XII. Tabb. naſcituri pro natis habeantur, inſtitutionem eorum ſuſtineri) nulla ratione ab illa, ſit licet certiſſimi Iuris, ad hanc valeat conſequentia, tantum abeſt, ut ambae perinde haberi poſſint.

cui, quae cauſſa errandi fuerit, traditur,

Quid enim, quaeſo, referret teſtatoris, teſtamentum ſuum ſalvaturi, utrum poſtumum inſtituere ſibi liceat, necne, niſi eundem impune poſſet praeterire?

et refutatur diſtinguendo cauſſas teſtati ac iuſ teſtati:

Deinde prior illa quaeſtio tota pertinet ad iura poſtumorum, quibus,

ut nascituri habeantur pro natis hic;

quantum ad hereditatem paternam, satis prospectum, cum ab ipsa lege vocentur ad successionem intestati, cumque in toto Iure caussa liberorum potior sit favore testamenti, quod parum recte factum reperitur, et hic non excellat, nisi recte testatus fuerit pater, aut in re dubia *l.* 10. *D. inoff.* (alias plus tribuitur successionibus ab intestato, quam ex testamento *l. pen. D. de Suis et legit*): ut adeo, cum, quod in Iure dicitur, nascituros pro natis haberi, id, quod ad caussam praesentem, alio quam hoc sensu accipi debere, vix possit comprobari, nulla prorsus subsit ratio, quare respectu postumi Sui, nisi hoc idem, tamquam in facto positum, aliunde doceatur, recedamus a regula Iuris: *incertam personam* (qualis tamen est quilibet postumus proprie talis, Sus etiam) *heredem scribi non posse*: quod tamen Ramosius defendit, conclusione qua utitur, inique superstructa super eodem iure postumorum; quasi vero illorum commodis hoc solo, quod instituantur, aliquid accederet, cum contra, patre sic volente, decedere iis possit, imo per testamentum non possit non decedere, nec hic totus titulus valeret etiam ad exheredandum. Alias enim, si testator postumo aequali cum Legibus ratione prospectum cuperet: quid ei opus omnino esset testamento? aut quare opus, testamento, ne forte corruat, tantopere prospicere?

neutiquam ibi:

Haec autem posterior quaestio spectat legitimas testamentorum solemnitates, ex iuribus postumorum partim enatas, adeoque licentiam testantium, his ipsis iuribus magis, quam civis Romani libertas pateretur, limitatam: aequitatis autem ratio (quam nec intelligit quidem Ramosius, unde sit, aut qualis) neutiquam habere potest hanc vim, ut rem in facto positam, hoc est, Legem XII. Tabb. quae postumorum institutionem permiserit, fingere liceat; praesertim cum talis fictio (qua sane

facillimum est ad famam Interpretis Legum evadere, si accedat audacia) a bono sensu prorsus abhorreat, quis, si ea concedatur, Ius XII Tabb. ipsum sibi misere contradixisse efficitur, liberato scilicet eo, cui facultatem de re sua legandi dedisset, a necessariis legis dicendae conditionibus, hoc certe volentibus, ut legis dictae dispositio, quod ad personam quoque, ad quam pertineat, sit certa ac finita; qualis tamen non est ea, quae personam incertam iubet esse heredem.

rectius explicatis legibus huc detortis,

Iam vero *l.* 3. §. *utique* 9. *l.* 6. *in f.* cum *l.* 7. *D. l.* 4. *C. de Suis et legit.* plane nihil, praeter legitimam postumorum successionem loquuntur. qua de re, quod equidem sciam, nec ex iis quidem aliquis unquam dubitavit, qui heredem Suum antiquitus praeteriri potuisse contendunt. Quid vero inde ad institutionum solemnitatem? Nec alium intellectum habent *l.* 7. *l. pen. de statu hom. l.* 30. §. 1. *de adq her. l.* 153. *de V. S.* quam ut de legitimis nascituorum iuribus accipiantur.

Hinc apparet, uti recte viderunt Cujacius *in Comment. ad h. l.* et Altamiranus *ad h. l.* saniorem il. dd. intellectum secuti, nascituros non semper haberi pro natis; sed tantum, quod ad successionem legitimam, hactenus etiam, ut, praeteriti, rumpant, non autem respectu facultatis eosdem instituendi. quae, cum institutio, quatenus testatoris interest, testamentum salvum fore, non possit non nocere postumorum commodis, aliunde debet doceri de singulis institutionum formis. Ac hoc ipsum quidem agitur in tota hac tractatione, plane superflua, si iusta esset Ramosii conclusio, ut nascituri, qui, sui futuri, pro natis habeantur, hanc ob caussam institui potuissent. Deinde debuisset Ramosius docere, in d. l. Ulpiani per *Ius Civile* XII. Tabb. et *l.* 3. *si pars hered. pet. per Antiquos* Decemviros intelligi oportere.

quod ne potuit quidem, cum sententia contraria facile queat confirmari. Mitto nunc fictionem Ramosii et a Conradio d. l. et a me supra notatam, qua agnationem postumi sic quidem sustineri affirmat, ut nasciturus non solum pro nato, sed adeo, quia in potestate morientis fuisse fingeretur, pro suo haberetur. Quid enim? Si vel adeo Ius nostrum hanc fictionem non penitus ignorare concederem: num inde, sustineri postumi institutionem recte concludetur? Minime vero; sed hoc tantum, eum haberi, (aequali, non meliori iure cum liberis natis, argumento l. 3. §. 2. de iniusto) pro legitimo herede: ut adeo frustra fingatur haec fictio; praesertim cum ipsa Lex XII. Tabb. postumum Suum loquatur, citra omnem fictionem, designato tantum tempore, intra quod natus pro partu legitimo haberi debeat, cumque ipse sibi contrarius sit istius fictionis inventor. Nam, si vera sunt, quae d. l. c. 2, §. 9. adserit: in Suis heredibus non desiderari testamenti factionem, nisi tempore delatae hereditatis, adeoque in successione testamentaria tempore mortis: et: ius Sui heredis (postumis igitur pariter ac natis competens) supplere defectum personae: quae si vera sunt, (et sunto interea); quid, quaeso opus est fictione ad efficiendum, ut valeat postumi institutio ab initio, cum vel sic non sustineretur, nisi a morte testatoris usque ad nativitatem postumi? At vero nunc non de hoc, sed de illo potissimum quaeritur, ut valuerit institutio *ab initio*, quia totus noster titulus pertinet ad solemnitates testamenti et recte et caute faciendi, ne infirmetur.

et explosa eiusdem fictione

Tandem, postquam errorem ex errore nexerat, postumos nimirum, cum pro natis habeantur, quod, uti dixi, inique extendit, non haberi pro incertis (Iure XII. Tabb. de hoc enim solo res nunc agitur); quod aeque falsum, cum illud manifeste successionem legitimam *postumi*, hoc instituendi facultatem *patri* necessariam spectet, ita ut ab uno ad alterum neutiquam valeat conclusio, nec illo vel adeo rite probato, hoc inde pro certo haberi possit: postquam igitur sic errando erraverat, idem ille Ramosius *L. 4. D. h. t.* loco ad hanc rem classico, quem optimae notae Interpretes ad hunc unum omnes ad Prudentum responsa referunt, misere abutitur, quia scilicet ipsius opinioni adversari videbatur; nil scilicet ibi quaeri nobis persuasurus, praeter hoc: possitne postumum is instituere, qui uxorem nondum duxisset? probatione in circulum decurrente, sumtoque, ut legis auctoritatem effugeret, pro certo, cuius probatio ipsi incumbebat: ita ut hoc monuisse sufficiat ad refutandam hanece legis interpretationem. praesertim cum per totam nostrae Legis tractationem Virum quidem stupendae lectionis cognoscas, bonum autem Interpretem, qui casta audacia procedens nihil ingenio indulgeat, nihil suae ipsius auctoritati, omnia certis argumentis et rationibus tribuat, plane desideres. Tot enim, in his certe Viri commentariis, animadvertere licet audaciae non ferendae documenta, ut plane non videam, quare inter Nostrates nonnulli Iuris elegantioris Aristarchi, nisi Virum ipsum, certe has Viri vigilias tantis laudibus extollant, nisi forte hi eodem scriptorum exterorum amore ferantur, quo plurimos nostrûm adversus Belgicos Iuris Interpretes recentiores, quantum quantum a laude antiquiorum distent, adfectatos esse video.

ac pessima l. 4. h. t. interpretatione,

Itaque, missa nunc ea ratione qua in rem suam male et intempestive utitur Ramosius (iniquum nempe esse, instituere non posse ac praeteritionis poenam subire), ex disputatis hoc, credo, erit manifestum: argumenta ab illo Viro huius suae opinionis confirmandae caussa collata neque tenere, neque sibi invicem consentanea, totum autem

tandem certissimo argumento pateat error Ramosii

illud, quod defendit, plane commenticium ac male fictum esse. Cuius quidem rei argumentum firmissimum, meo quidem sensu, hoc est, quod sumto eo: Lege XII. Tabb. permissam fuisse liberorum *nascturorum* (sic enim dico, quia rationes istae Ramosii, quotquot attulit, sicut generales sunt, sic utrique postumorum generi conveniunt) institutionem; quod inquam, hoc sumto, nulla prorsus ratio inveniri possit, quare Gallus Aquilius, Vir tantae Prudentiae et Auctoritatis, qui ignorare non potuit, testamentum rumpi, Suus heres sive vivo, sive mortuo testatore nascatur, cum proponenda sua formula id ageret, ut testamentis consuleret, ne agnatione postumorum rumperentur, eam de his duntaxat conceperit, qui post mortem testatoris essent nasciturí; nulla deinde ratio, quare Scaevola, hanc Galli formulam interpretaturus, nullos casus ei subiecerit, nisi hos, quibus postumus, institutus, post mortem parentis nasceretur; nulla denique ratio, quare Legis Velleae caput primum necessarium fuerit, aut, quid sibi voluerit: nisi forte quis, supplendae huius opinionis causa, adfirmare audeat; Lege XII. Tabb. eorum duntaxat institutionem permissam fuisse, qui proprie nominentur postumi, quod multo minus potest comprobari, siquidem alienissimum ab istarum Legum generaliter, quantum id fieri potuerit, disponentium, simplicitate. Nam Lex, quae X. mensium meminit, unice pertinet ad definitionem partus legitimi, ut nulla ratione huc trahi possit.

Manet ergo, non licuisse postumum instituere

Quare, profligata eo, quo fieri potuit, modo hac opinione, maneat necesse est contraria eaque verior sententia: Iure XII. Tabb. non permissam fuisse postumorum Suorum institutionem: quae partim Legum auctoritate non plane destituitur, partim optimorum Interpretum consensu fere communi munitur, nam etsi illud in Iure

nostro, quantum equidem scio, disertis verbis non legatur, necessaria tamen conclusione, uti deinceps videbimus, ex l. 4. h. t. consequitur.

Satisfaciendum tamen in hoc. Winklero

Prius tamen, quam dimittere possum hanc quaestionem, paucis satisfaciendum esse video WINKLERO, *in diss.* I. *ad L. I. V. p.* 21, 22. hanc eandem cum Duareno et Ramosio sententiam, licet modeste et dubitanter, maxime propterea defendenti, quod inconstantiae notam incurrere Decemviros existimet, si, quem institui aut exheredari voluissent, eundem institui vetuissent. Putat igitur, eos postumum duntaxat alienum institui noluisse, his ductus rationibus: 1) quod nullo legum scriptorumve loco prohibita legatur omnium omnino postumorum institutio; 2) quod §. 25, 26. *I. de Leg.* inter personas incertas postumus Suus non nominetur, (relata ibi voce *antea* ad XII. Tabb.) 3) quod *pr. I. de bon. poss.* de alieno tantum postumo loquatur; 4) quod §. 1. *I. de exh. lib.* verba: *postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari*: de Legg. XII. Tabb. accipienda sint.

Verum enim vero cum, quantum quidem in libris nostris constat, Decemviri de forma testamentorum nihil expresse praeceperint, sed, constituendo mutua patris testaturi liberorumque iura, hoc tantum effecerint, ut horum in testando habenda esset ratio; cum adeo non dici possit aliqua probabilitate, eos vetuisse personarum incertarum et permisisse postumorum institutionem; facile liberantur ab inconstantiae suspicione per liberam quam patribus dederunt, potestatem, liberos *vel* instituendi, *vel* exheredandi; ita ut, cum alterutrum duntaxat fieri deberet, postumorum institutione licet non permissa, eorum tamen exheredatio semper licita debuerit esse, quippe quae, iisdem cum institutione difficultatibus haud implicita, ad postumos quoque

a) liberatis Decemuiris ab inconstantiae viti»

recte dirigitur, sint licet personae incertae.

Deinde nullius plane momenti est id, quod Duarenus ad refellendam opinionem existimantium: Decemviros, cum incertas personas instituí vetarent inter has absque inconstantia non potuisse non referre postumos suos: adfert, dicens, illos ab hac regula paullum recessisse ob arctissimam inter testatorem et Suos heredes coniunctionem. Nam praeterea, quod Duarenus hoc modo sibi sumit id, quod doceri debuisset (regulam nempe de personis incertis non instituendis originem debere Decemviris) in arctissima patris liberorumque coniunctione nulla reperitur ratio, quare postumi sui (cum quibus, dum sperantur, nulla potest esse coniunctio vera) ab hac regula excíperentur, quia propter datam patri optionem inter necessaria, exheredari poterant, et quia, quod testantibus indulgetur, id parum recte refertur ad favorem suorum (in successione legitima, rupto etiam testamento, magis conspicuum), cui per testamentum non potest non detrahi.

b) explicatis iustius α) §. 1. I. de exh. lib.

Quare (ad 4.) excitata §. 1. I. de exhr. lib. verba, si vel adeo concedamus Winklero, ea ad XII. Tabb. referri posse (quod ex contextu, ut dicit, haud apparet, quia verba §. 5. eod. *sed haec vetustas introducebat*, Ius universum monstrant, quod ante Iustinianum obtinuit), plane nihil valent ad probandum hoc, quod debent, quoniam patri testanti concedunt electionem inter ea, quae non sunt, nisi alternatim necessaria, exceptio autem a regula dicta non poterat invenire locum, nisi sola institutione duntaxat iuncta, aut exheredatione pari cum hac modo impossibili.

(reiecto silentio scriptorum)

Deinde (ad 1.) silentio legum scriptorumve nulla prorsus inest vis ad probandum id, quod obtinuisse dicitur; praesertim cum, ut in caussa praesenti,

sententia contraria rationibus haud contemnendis possit defendi.

Porro (ad 2.) ex eo, quod §. 25, β) §. 25, 26. 26. I. de leg. inter personas incertas quibus legari non posset, postumus suus non connumeratur, recte quidem colligi videtur, eidem valide legari potuisse; sed verum non est, quod Winklerus ex contextu patere putat, vocules *olim*, *antea* Ius XII. Tabb. monstrare, nec satis iusta est conclusio a legandi licentia (nisi haec ipsa sic concludendi licentia, tamquam in facto posita, doceatur) ad institutionem licitam, quia non eadem est peraeque utriusque natura. Accedit quod, cum secundum has ipsas §§. in legando pariter ac in instituendo certum debuerit esse, quantum ad personam cui aliquid relinqueretur, testantis iudicium, libertas (id quod summam habet probabilitatem) postumo suo legandi post ea demum tempora obtinuisse videtur, quibus eundem instituendi facta fuisset potestas. hac enim concessa procedere debuit a potiori legandi licentia, ut legata suis postumis relicta valerent. Sic autem probatio Winkleri in circulum decurrit: eo scilicet, quod ab probandum infertur, pendente ex illo ipso, quod probari deberet. Idem dicendum (ad 3.) de pr. I. de bon. poss. ex quo γ) pr. I. de bon. poss. nempe nihil cogi potest praeter hoc: postumo suo, ut datam sibi hereditatem adquireret, non opus fuisse beneficio Praetoris, sed testamentum valuisse Iure Civili, quo nomine, quando Iuri Honorario opponitur, iunctim indicantur et Leges et Ius per Prudentum interpretationem inventum, ita ut neutrum, excluso altero, debeat intelligi.

Cum igitur vel haec argumenta parum teneant, non potest sane Winkleri auctoritas obstare sententiae, quam equidem defendo.

Gravius autem negotium facessere II. Spanochio et Charondae et maioris momenti esse, imo dicta

penitus labefactare videtur id, quod cum Spannochio ad h. l. part. 15. TORNIELLUS ad h. l. magna cum insolentia, cui abunde satisfecit Boëtius Epo ad h. l. p. 25 seqq. LUDOVICUS CHARONDAS *lib. 1. verisim. c. 15.* et alii defendunt: vel alieni postumi institutionem nulla unquam lege fuisse prohibitam. quod, cum sic defendatur, ut hunc postumum instituere licitum fuisse dicatur, efficit necessario, ut postumi sui institutio multo magis fuerit permissa omni tempore. Sed haec opinio, uti statim patebit, est falsissima, si quid magis, et a) argumenta, quotquot pro ea tuenda adferuntur, mala ac distorta legum interpretatione nituntur, hoc est tali, b) quae aliis Iuris nostri locis ex adverso est contraria.

licitam postumi alieni institutionem defendentibus,

Nam concedi quidem debet, illam institutionem expresse nulla lege fuisse prohibitam, quia sic *sec. 12. D. de bon. poss.* Praetor non dare potuisset bonorum possessionem, quam dare dicitur §. *1. 1. eod.* postumo alieno, heredi instituto. Sed hinc neutiquam recte concluditur, eam institutionem fuisse liberam: quoniam, quod per legem non interdicitur, quo minus fiat, idem tamen potest non licere propter naturam et formam negotii celebrandi solemnem. Cum igitur haec res pertineat ad formam testamentorum necessariam, quae, Decemviri licet plane nihil de ea praeceperint, non potuit non obtinere; nulla ratione Lex: *paterfamilias uti legassit*: huc debuit trahi, quia secundum veriorem illius, quem dedimus, intellectum, verba: *uti legassit*: tantum abest, ut efficiant incertae personae, qualis, tamen est quilibet postumus, institutionem licitam, sinantque incertam esse supremam patris voluntatem, legis licet vim habituram, ut potius hoc necessario postulent, certam eam esse debere, hoc est, directam ad certam personam, quae heres esse iubeatur: ut adeo ea, quae supra contra Ramosium hac de re disputavi, huc debeant a potiori referri, nec haec Legis interpretatio, quam Duarenus etiam ac Laelius Taurellus habent, ullo modo possit admitti.

quae licet non prohibita expresse,

neque tamen licita ob formam testamenti

postulantem certam personam instituti.

Deinde tripliciter in hoc peccatur circa textum *l. 7. et 26. D. de statu hom.* qui cum *l. 30. §. 1. de adq. her.* agens de postumis suis et de favore liberorum (in successione legitima maxime conspicuo) cui facto testamento detrahitur, minime potest referri ad institutionum licentiam, hoc est, ad favorem testantium, iuribus liberorum oppositum adeo, ut ne possit quidem attendi, nisi in testamentis recte factis, formam legis (abrogantis) vere referentibus. Esto igitur (non obstante l. 24. pr. D. de leg. I.) postumus, qui in utero est, in rerum natura *sec. l. 7. D. de suis et leg.* alienus etiam, de quo tamen omnes hi loci non loquuntur, habeaturque pro nato, vel sic, ut, institutus, mittatur in possessionem: non tamen sic habetur et haberi potest pro nato in favorem testamenti, ut sit persona certa, quae possit institui, quave instituta certum sit testantis consilium eo tempore, quo sit testamentum. de hoc enim solo nunc quaeritur. Igitur non absque gravi oscitantia Spannochius ad stabiliendam hanc suam opinionem provocat *ad l. 1. §. ult. si pars ber. per.* loquentem unice de postumo succedente ex Iure Praetorio, et ad id quod cum Ulpiano plures post Gallum Iuris auctores dixere, instituendum esse postumum Suum. Hunc enim non simpliciter institui voluerunt, sed *aut* institui, *aut* exheredari: neque tamen, si vel adeo non data fuisset electio, ex institutione suorum necessaria et permissa colligi posset alienum postumum instituendi licentia.

Hinc male torquent illi a) l. 7. et 26. de statu hom.

Male porro in hanc rem detorquetur *l. 62. pr. de hered. inst.* ubi verba: *in tempus capiendae hereditatis instituti*

b) l. 62. pr. de hered. inst.

posse *heredem* benevolentiae est: manifeste ostendunt, per quam illud posse invaluerit, benignam Prudentum interpretationem, oppositam eam, quem ponit, Iuris rigori, quo ne incapaces quidem, certae licet essent personae, institui possent, quia, cum incertum esset, num heres scriptus capax hereditatis olim futurus sit, necne, ne sic quidem certum videbatur esse testantis iudicium: unde adparet, in hoc ipso consistere rigorem illum Iuris, a quo, concessa licet latissima testandi potestate, haud immunes esse potuerunt testaturi, apud Romanos, formularum quibus negotia publica et civilia conciperentur, tenacissimos: adeoque patet, eos, qui hanc rationem reddunt, quare postumos instituere non licuerit, quod hereditatis datio non potuerit in tempus differri, recte quidem sentire, rem autem parum recte enunciare. Ergo, cum haec lex de persona certa, sed incapaci loquatur, non licitum esse potest, eam ad institutionem postumorum ac personarum plane incertarum extendere, et, si liceret, nihil inde cogeretur, praeter hoc, per Prudentes obtinuisse, ut postumi recte instituerenrentur; id quod de Suis tantum aliunde posset doceri, non de alienis: ut adeo sic nihil agatur et insulsa sit Spannochii conclusio, hoc, quia ratio illa supponat, ante Iustinianum licuisse, semper fuisse licitum. Frustra igitur sugillat idem ille rationem huius rei a Goveano et Hotomanno allatam: *quia* sc. *postumus* videretur esse persona incerta: et, cui ea innititur, auctoritatem Ulpiani, dicens, nunquam obstitisse hanc incertitudinem postumo, quo minus institueretur, neque sic accipi debere verba Ulpiani: *certum esse debere testantis consilium.* quod tamen non potest esse certum, nisi dirigatur ad personam certam, cui hereditas detur. At vero hoc ipsum cum multis non perspicit ille, nec intelligit, quid sibi velint haec Ulpiani verba. nam pessime torquet §. *26. I. de legat.* et ibi Theophilum: *postumus*, inquientem, *similis est personae incertae*: manifeste enim hactenus eius est similis secundum textum, ut ei legari non possit.

(et Goveani hac de re rationem)

Quae cum ita sint; nullum huic rei praesidium inveniri potest in §. *28. I. de leg.* verbis: *postumus autem alienus et antea institui poterat et nunc potest.* quorum pars prior, nisi ad Ius Praetorium eam referendam esse monstrari posset, haud tamen hoc docet, quod hinc adfirmatur: per ipsas XII. Tabb. licitum fuisse postumorum alienorum institutionem. Sed debet prius dici adeo, ut posterius (quae plurimorum est sententia) nulla fere ratione possit admitti.

c) §. 28. I. de legatis (cum novo intellectu)

non referendam ad XII. Tabb. quia obstant

Nam, quo minus, ut recte sentit cum aliis Boetius Epo *ad h. l. p.* 20. d. §. de Iure Civili ante L. V. accipiatur, obstat 1) §. *26. I. eod.* quia a Legatis licite dandis ad hereditatis dationem, quoad personas, hactenus valet conclusio sec. §. *24. eod.* ut, cui non possit legari, idem quoque nequeat heres institui: necessaria sc. pariter ad utrumque testamenti factione. 2) Magis obstat §. *27. I. eod.* cuius verba satis clare demonstrant; per Iustinianum demum permissum esse postumi alieni institutionem: ut adeo verba §. *1. I. de bon. poss*: *postumum alienum Iure Civili non incognitum fuisse*: non possint intelligi de licita eiusdem institutione ex Lege aut Prudentum responsis; vel, si de his intelligatur d. §. non habet postumum alienum, sed eum, qui tamquam suus instituatur, licet tempore testamenti sit alienus. quod patet ex addita, quae simul est exempli loco, limitatione, lumen accipiente ex *l. 27. D. h. t.* Hinc enim apparet: permissa semel postumi Sui institutione, adeo dilatatam fuisse a Prudentibus facultatem postumum talem instituendi, ut nec necessarium quidem esset, conceptum esse eum, qui institueretur, nec iamiam uxorem esse (eius, qui uxorem

§. 26. I. eod.

§. 27. I. eod.

nondum haberet), ex qua nasceretur postumus, sed esse posse; ita ut sufficeret, talem postumum, tempore licet testamenti alienum, institui potuisse tamquam suum et filium, et sec. *l. 6. f. D. de suis et legit.* conceptum fuisse mortis tempore. Alias autem non valebat institutio; non solum, quia turpis videbatur, sed etiam, quia sic postumus instituebatur alienus, ut alienus, qui non posset esse Suus *).

Nulla igitur ratione d. §. 28. referri potest ad Ius XII. Tabb. Refragatur enim 3) *d. §. 1. I. de bon. poss.* quae et verum d. §. 28. sensum aperit, et rationem tradit, quare ex Iure Civili postumi institutio non procederet; quoniam nempe postumus non poterat adire hereditatem, si facti testamenti tempore ipsi delata fuisset. unde colligi datur: hactenus certum esse debuisse testantis consilium, ut talem heredem nominaret, qui, si testator statim vita decederet, adire atque capere posset hereditatem. Demus itaque Spannochio, quod est verissimum; eandem incertitudinis rationem aeque convenire in postumum Suum: nec tamen hinc quod ille vult, efficitur; alienum, quia suus posset, non minus recte institui potuisse. Exulat enim in alieno, quae Prudentes movit, moveritque necesse est, aequitatis ratio, oriunda, et conspicua in aliqua Iuris necessitate, qua testamentum patris, praeterito postumo, quem nec instituere, nec exheredem velle posset, in periculum rumpendi adducebatur: cui rationi eiusque caussae sic penitus adhaerere intelligunter ICti, ut adeo post L. V. dubitaretur, num postumus in specie Iuliani recte dici posset institutus, hoc est, sic, ut non rumperet.

§. 1. I. de bon. poss.

Neque magis adiuvatur haec opinio l. 25. §. 1. D. h. t. ubi (per benignam interpretationem) valere dicitur testamentum propterea, quod neptis ex filia eadem die ante factum testamentum enixa sit: ut adeo verba testatoris ad pronepotem iam natum, qui tempore testamenti capax esset hereditatis, seu persona certa, directa invenirentur, licet ad nasciturum directa viderentur; quia cum rure enixa proponeretur neptis, excusabilis erat testatoris ignorantia. Non ergo valere dicitur testamentum, instituto postumo alieno; sed potius propterea, quod pronepos, tamquam postumus licet institutus, tempore testamenti facti iamiam natus esset, et certa persona: ut, utilitatis caussa, opinio testatoris falsa quidem, sed excusabilis, cedere deberet veritati, nec nocere posset testamento. Sic enim intelligenda species huius legis valde singularis, cum Cuiacio, rem licet verbis non satis aptis eloquente.

d) l. 25. §. 1. D. h. t.

Nam allucinari videtur Ant. Faber *Coni. lib. IX. c. 2*: intellectu loci perverso, rationem dubitandi in eo ponens, quod natus iam fuisset pronepos, heres institutus; rationem dubitandi autem cum Accursio et Bartolo in hoc, quod inspecta testatoris voluntate et ex probabili eius errore pro nato haberi debeat, qui eadem die paulo ante testamentum natus sit. Sic enim spectaretur error testatoris, nec valeret testamentum, ut saltim beneficio Praetoris sustineretur: de quo non loquitur Paulus, cum iure testatum dicat esse, et locus sit ex libris Responsorum. Ac manifeste verba voculam *sed si* consequentia continent rationem decidendi, sicut praecedentia rationem dubitandi.

(quam male tractat Faber

*) Novus est hic d. §. intellectus, qui, si non displiceat, luminis aliquid adfert huic toti argumento. Sic autem dilatatam fuisse postumi Sui instituendi facultatem probabile videtur ob cautionem Galli, qui, nisi hoc fuisset permissum, frustra formulam invenisset de instituendo postumo, tempore testamenti alieno, sed tempore mortis suo futuro. Permissum igitur per Prudentes, ut alienus institueretur, in casum Suitatis et tamquam suus.

Valet ergo testamentum, quia institutio directa reperitur ad personam certam; praesertim cum error testatoris sit excusabilis: nec opus est somniari bonorum possessionem secundum tabulas, qua sustineri dicit Faber testamentum, quia sustinetur Iure Civili. Quare nec admitti potest ALTAMIRANI sententia *ad h. l. §.* 19. valere testamentum putantis, quod conditio, *si nascatur*, quae institutioni postumi inesset, pro impleta haberi deberet, eo nato. Nam hoc quoque redit ad beneficium Praetoris; de quo Paulus non loquitur: et alia est Praetoris, alia Prudentum aequitas; qua h. l. testamentum adiuvatur, ut iure factum videatur.

et Altamiranus)

Nec magis opus est ad hanc bon. poss. s. t. alieno postumo datam confugere in *l. 16. pr. D. qui test. f. p.* cum Altamirano ad h. l. §. 15. Nam neque verborum series, nec inscriptio legis, nec §. 4. I. *de ber. qual.* verbis: *Et ideo furiosus:* patiuntur, ut vocem, *alienus*, de postumo quoque dictam accipiamus: ut adeo hic pariter atque suus indicetur, verbo sc. postumus absolute et simpliciter posito. Referendus enim est locus secundum inscriptionem ad Ius Civile; adeoque quod de postumo dicitur, de suo tantum intelligendum; ut adeo futilis sit ratio HOTOMANNI ad h. l. textum de suo postumo propterea non accipi debere putantis, quod institutio eiusdem licita in vulgus nota fuerit: id quod neque Pomponium h. l. neque Iustinianum d. §. movere poterat, quo minus postumum commemorarent. Deinde nihil plane est, quod idem putat, locutionem veterem: *testamenti factionem habere cum testatore:* non convenire in postumos suos. Convenit enim in eos, sicut in liberos nátos, qui sunt in potestate; quia circa institutiones unitas personarum non observatur, et testamenti factionem h. l. et d. §. I. habere dicuntur ii, qui, licet ipsi testari non possint, ex alieno testamento vel ipsi capere, vel alii adquirere possint. Accedit peculiaris ratio expressa *l.* 31. *pr. D. de her. inst.* et explicata *l.* 82. §. 2 verbis: *Et ideo de leg.* II. quare servus alienus (absque libertate) institui potuerit, *quia testamenti factio cum servis introducta est ex persona dominorum*, per aliquam fictionem libertatis d. l. 82, ob quam servus pro incerta persona non habeatur propter favorem domini: ut adeo legatum ex persona servi, qui persona vere non est, vires accipiat, spectetur tamen capacitas domini. Vel hanc ob caussam in d. l. 16. vox, *alienus*, non trahi potest ad vocem *postumus*. Servus alienus recte instituitur, tamquam persona certa, quia domino adquirit, quod ipsi testamento datum est: postumus sibi adquirit. In servo alieno, qui saltem est homo certus, adest quaedam aequitatis ratio quae locum faciat fictioni, ut in utilitatem domini putetur esse persona certa: in postumo alieno, qui, nondum editus, ne homo quidem est, nulla prorsus adest Iuris aliqua necessitas aut utilitas, unde oriatur aequitatis ratio, quare institui possit. Igitur, cum caeterorum, qui d. l. 16. ut et d. §. 4. I. nominantur, institutio procedat ex Iure Civili, postumus quoque intelligi debet is, qui eodem Iure recte instituitur: nec licitum, quia non necessarium, quod ad hunc, loca citata ad Ius Praetorium referre, ut alienum etiam postumum in mente habuisse existimetur ICtus, cuius institutionem Praetor sustineat.

c) l. 16. pr. D. qui test. fac. poss.

(quae male habita ab Hotomanno;

ob peculiarem rei rationem,

Quare nec obest, quod *l.* 64. *D. de ber. inst.* servus postumi instituí posse dicitur, quoniam intelligi debet postumus is, qui possit ipse institui ex Iure Civili; praesertim cum etiam servus hereditatis iacentis institui posset, quoniam hereditas iacens creditur esse Domina et locum defuncti obtinet *l.* 52. *D. de ber. inst.* si modo cum defuncto fuerit testamenti factio.

[unde non obstat l. 64. D. de her. inst.]

novo intellectu explicatur)

Si quis autem hunc textum de postumo alieno necessario intelligi debere statuat; huic respondeo, sic non intelligi posse, nisi eum, qui non sit postumus respectu patris sui, sed eum institui potuisse ob eandem rationem, quare servorum alienorum institutio obtinuit, in textu expressam, quoniam nempe adquirebant patri: ut adeo talis institutio in favorem patris *introducta* vires accipiat ex persona patris, sicut servi institutio ex persona domini. In praesenti vero sermo est de postumo sibi adquirente, ac de institutione ex persona postumi, (qui sit postumus respectu patris sui) vires accipiente. Ad hanc autem textus l. 16. nulla ratione potest trahi propter §. 27. *l. de leg.* auctoritatem *).

f) l. pen. D. de leg. I.

Tantum denique abest, ut dicta sententia possit confirmari ex *l. pen D. de leg. I.* quae multos male habuit, ut potius illi videatur obstare. Nam ibi verba Pauli (Interpretis): *a fratris postumo fideicommissum dari potest etc* sequentibus: *et obtinuit Galli sententia etc* sic iuncta debent accipi: *postquam obtinuit*, ut alieni quoque postumi (sicut sui; quod erat Iuris certi) heredes fierent nobis legitimi. Hoc enim postquam indubitati Iuris visum est, procedere debuit, ut a fratris postumo (qui vere est alienus) licet ei legari non posset, fideicomissum tamen relinqui posset: quia fideicommissis, cum legatis, ut bene notavit CLAUDIUS CHIFLETIUS *de iure Codic. lib 2. c. 5.* (Th. Ott T. V. p. 792.) haec etiam, quae est in textu, intercedit differentia, ut in fideicommisso (secus ac in legato) nuda spectetur voluntas testatoris. quod sufficit, ut postumus etiam, heres legitimus existens, fideicommisso gravari

possit, *l. 1. §. 6. D. de leg. III.* cessante nimirum hic omni Iuris solemnitate.

Hinc igitur colligi debet; vel tempore Pauli in legatis nudam voluntatem nec spectatam nec satis, sed necessarium fuisse, ut persona cui legati nomine aliquid relinqui posset, esset certa: ut adeo h. l. non obstet auctoritati §. 26. I. de leg. et legatum alieno postumo relictum ad Iustinianum usque inutile fuisse intelligatur. *magis* igitur inutilis debuit videri eiusdem institutio. Accedit ex contextu, voce *obtinuit*, quod haud parum ponderis habet; Galli adhuc tempore dubium fuisse ac controversum: num postumus prorsus alienus, qualis est fratris postumus (nam de nascituris ex filio, quos institui posse induxit Gallus, alienis licet tempore testamenti, non poterat dubitari, quia hoc induxit, ne, rupto testamento, ex lege haberent hereditatem, quod supponit, eos omni iure fuisse heredes legitimos) legitimus esse possit heres moramque iniiciat caeteris agnatis? ita ut antea *l. 3. §. 9. D. de suis* tantum admitti posse videretur ad bonorum possessionem, quoniam Lex XII. Tabb. omnes agnatos vocat, incertos pariter ac certos.

non obstantem §. 26. I. de legatis

Verior enim sententia plurimorum Interpretum: h. l. pen agi de legitima successione, adeoque hanc Galli sententiam diversam esse a forma textus nostri; ut adeo manifeste ac dupliciter fallatur ALTAMIRANUS ad h. l. §. (*Th. Meerm. T. II.*) in eo, quod de hoc: possitne postumus alienus ex lege succedere? nullam controversiam fuisse adferat; et hanc Galli sententiam eandem esse cum principio legis nostrae. Nam vox *obtinuit*, notans disputationem fori, ponit dubitationem et controversiam: in textu autem nostro non

§. ubi fallitur Altamiranus

*) Quodsi verus videatur hic novus d. l. intellectus, quantum ad postumum; adparet inde, hoc totum quaerendum esse de postumo post mortem testatoris sui iuris futuro vel facto, adeoque sibi adquirente, quod ipsi datum fuerit testamento. Ac sponte intelligitur, quod alii non viderunt, separandos esse in caussa praesenti postumos alieni iuris futuros.

est sententia de caussa dubia, sed cautio circa rem, quam ponit, certissimam, testantibus ad exemplum proposita, quod imitentur, si rumpi nolint ipsorum testamenta. Cum igitur de hoc sit dubitatum, apparet, ne in legitima quidem successione postumum prorsus alienum pro nato habitum fuisse omnibus ante, quam Gallus sua auctoritate perficeret, huic quoque postumo iura successionis legitimae deneganda non videri; sed forte sec. *l.* 1. §. *si quis proximior* 8. D. *unde cognati* admissum esse a Praetore ad bonorum possessionem: et, cum haec, quae agnatis datur, sec. pr. h. l. non habeat originem ex Iure Civili; per Galli forte sententiam obtinuit, ut Praetor hunc postumum admitteret. Nec obstat huic opinioni *l.* 3. §. *utique* 9. *De suis et legitimis*: cuius quippe pars posterior recte refertur ab Epone h. l. p. 26. ad hanc ipsam l. pen. sententiam Galli. Pertinet igitur hicce locus ad successiones ex lege, quae facto testamento infirmantur, ut vel hanc ob caussam non trahi debeat ad institutionum libertatem. Nam delirare dicendus est Lael. Taurellus *Enarr. ad L. G.* (Ottonis Th. T. IV. p. 1604 seqq.) accipiens hunc textum contra literam et inscriptionem de institutione postumi alieni.

Non levem tamen difficultatem habere videtur *l.* 17. *D. de vulg. et pup. subst.* ubi, substitui posse dicitur is, qui post mortem eius nasciturus est cui substituitur, et vere alienus esse videtur. Hic autem locus omnino referendus ad Ius Praetorium, quia Pomponius in libro, ex quo desumtus est, agit de bonorum possessionibus. Ergo non pertinet ad Ius Civile, quia obstat §. 26. I. de legat. auctoritas: sed Praetor, qui, si ipsum praeter aliquam Iuris scrupulositatem, qualis est in l. 12. l. 17. de iniusto, nihil, hoc est, nulla iuris aliis quaesiti aut sanguinis ratio impedit, alienorum postumorum institutionem adiuvat, hic etiam testamentum sustinet, ob eandem aequitatem; praesertim, cum in substitutionibus non eadem Iuris necessitas, quod ad solemnitates, obtinuisse videatur, quae institutiones impediebat, ut scilicet ad personam certam dirigerentur verba substitutionis; quia, nisi semper pro uno haberi possint principale et pupillare testamentum, hoc tamen vires non accipit, nisi adita fuerit patris hereditas. *l.* 2. §. 1. *in f. eod.* ut adeo satis fuisse videatur observata in principali testamento solemnitas. Sed fuerit adeo in utroque eadem necessitas: tamen d. l. 17. nisi Ius Praetorium referret, intelligenda foret, sec. §. 4 in f. d. l. 2. de postumo suo, qui, sicut institui, sic etiam substitui poterat ex Iure Civili, tamquam Suus, licet fratri cui substituitur, sit alienus. Non enim quaeritur de eo, qui heredi instituto, sed de eo, qui ipsi testatori sit alienus, quoniam pupillare testamentum non minus, quam principale, est patris; ut spectari debeat ratio huic cum substitutio intercedens: praesertim cum postumi mentio non fiat, nisi relate ad testatorem, a quo institui possit debeatve, aut minus; ita ut hactenus etiam postumi nomen conveniat cum liberorum et filiorum appellatione.

g) l. 17. D. de vulg. et pup. subst.

Haec de singulis legum locis, a quibus aliquam veri speciem mutuare videbatur opinio de licita postumi alieni institutione. Cui in *universum* obstat ipse textus noster. Praeterea enim quod, illa admissa, nulla prorsus inveniri queat ratio, quare Galli cautio aut Lex Vellea fuerint necessariae, aut quare Gallus suam cautionem non conceperit de postumis Suis vivo testatore nascituris, in specie §. 12. h. l. Scaevola non rumpi testamentum censet propterea, quod post L. V. satis sit observari tempus, quo nepos postumu nascatur, nec necesse sit tempus testamenti faciendi respici: quod adeo, cum spectaretur ante L. V. postumus h. §.

Et obstat illis textus h. l.

non poterat non tunc videri alienus, qui non posset institui; ac haec quidem est ICti sententia. Deinde § 15. h. l. postumus, qui est alienus, *nullo Iure*, hoc est, nec ante nec post L. V. institui potuisse dicitur, sed, ut recte institutus, nec rumpere censeretur, obtinuisse per Iuliani sententiam. Hariolatur enim Ramosius *ad b. l. c.* 2. §. 5. verba Scaevolae: *quod nullo Iure potuit*: intelligens de utrisque L. V. capitibus, aut, quod mihi sensu carere videtur, de specie d. §. 15. proposita. Accedit, quod sec. l. pen. D. de leg. I. Galli tempore controversum adhuc esset, num postumus alienus, qui esset inter agnatos futurus, legitimus heres esse posset. Multo minus ergo procedere potuit eiusdem institutio.

Ex his cogitur, tempore XII. T. nullum postumum institui potuisse.

Sententia disputatorum redit ad hoc, tempore XII. Tabb. et per has nullum omnino postumum, nec Suum, nec alienum, valido testamento, institui potuisse: quo ipso simul occurritur iis, qui prohibitam fuisse alieni postumi institutionem negant propterea, quod ratio optimis Interpretibus recepta et fere vulgaris, cur non licuerit (quod nempe esset persona incerta, nec adeo quidem in rerum natura) aeque conveniat in postumum Suum, qui tamen recte potuerit institui. Quod cum verissimum sit, quantum ad testamentorum, ad quam haec res tota pertinet, solemnitatem, et omnino debilitet opinionem contrariam, utut veriorem; neque tamen concedi possit valida postumi alieni institutio: deveniendum fuit ad illud; nullum omnino postumum institui potuisse, in quo censentit mihi Boetius Epo in l. nostra p. 21. Sic enim necessaria huic rei adfertur medicina, ac via munitur veriori, quae optimis placet, huius rei rationi.

Cum autem sec. §. 1. *I. de bon. poss.* Praetor sustinere dicatur testamentum, instituto postumo alieno, unde, idem, nisi Iure Civili, Praetorio tamen servatum fuisse omni tempore, instituto postumo Suo, necessaria quadam ratione consequi videtur; ut adeo (si, hoc omni tempore ante Gallum quoque et Velleium obtinuisse, concedi deberet, cum testator hoc saltem Iure securus praestaretur, ac contentus esse posset, servari ipsius testamentum) prorsus inutilis videri debeat fuisse et Galli cautio et Legis Velleae provisio: suboritur quaestio a proposito non aliena, de potestate Praetoris circa tale testamentum, quo postumus, vel Suus vel alienus heres esset institutus. quae quidem seponenda est post hanc, quae nunc ex ordine tractanda sequitur: *quaenam fuerit caussa quare non licuerit ullum postumum heredem instituere?* quaestio admodum difficilis, quin omnium difficillima, quae crux Interpretum esse putatur ac vel acutissimos multum exercuit, sed satis praeparata in praecedentibus.

Et quaeritur; quaenam fuerit huius prohibitionis caussa.

Ob dictam vero rationem nefas est cum Galvano h. l. c. 8. Altamirano §. 12. aliisque notae quidem melioris Interpretibus, sed verbis textus nostri penitus intentis et hinc communi velut suffragio in hoc errantibus, de alieno tantum postumo quaerere; quare Media Iurisprudentia hunc non institui posse censuerit: praesertim cum quaestione sic proposita et ordo tractationis turbetur, et totius rei intellectus impediatur, planissimus ille, si quaeratur: 1) *quare non licuerit postumum instituere* *)? 2) deinde, *quid moverit Prudentes, ut*

ubi distincte tribus membris quaerendum.

*) Ex sententia Prudentum: nam cum non solum nulla XII. Tabb. Lex extet, quae talem institutionem vetaret, sed adeo verosimile sit, talem Legem nunquam extitisse, Decemviris quippe formam negotiorum civilium haud curantibus; ne inutilem subeamus disceptationem, dari hoc potest Galvano h. l. c. 8. et Caimo in praelud. ad h. l. n. 51. 52. per Prudentes hoc inventum invaluisse; si tamen intelligatur mera Prudentum interpreta-

postumum Suum institui posse inducerent? 3) *quare, quod ad alienum, observaverint Iuris rigorem?* ita, ut distinctis hisce quaestionibus eoque, quod ab intelligentioribus harum rerum ad postremam respondetur, ad priorem relato, huic rei et certitudo concilietur et perspicuitas, valde desiderata in Commentariis ad hunc textum.

Deinde notandum, hoc totum, maxime tamen secundum quaeri de testamento sic faciendo, ne rumpatur: ita ut stricte spectari debeat tempus facti testamenti. Alias enim non recte percipitur, num vera sit, et quid sibi velit ratio huius rei ab optimis reddita: quod postumus sit incerta persona.

ut triplex rei ratio reddatur,

Hoc igitur cum maxime observato ad propositam quaestionem primam, non vulgari modo, sed tribus membris, quorum priora pendeant a posteriori, respondendum est sic, ut ratio rei sit:

A) *quod postumus sit incerta persona;*
B) *quod certum debeat esse testantis consilium;*
C) *quod naturalis et necessaria testamentorum forma nec vagari patiatur testantis consilium, nec incertam personam institui, quia sic vagum foret consilium.*

Cum ergo sic respondendo meam faciam veriorem huius rei rationem, quae optimis Iuris nostri Interpretibus fere communis est; in hoc tantum discedens, quod eam de omnibus omnino postumis intelligi velim, addensque id, sine quo vel hanc rationem parum tenere facile intelligitur; sane non opus habeo, confutare varias variorum hac de re opiniones, quae rationis loco proferuntur; quoniam otium mihi factum video per GALVANVM h. l. c. 7. EPONEM p. 21. seqq. CAIMVM in Praelud. h. l. n. 44. seqq. et CONRADIVM d. diss. p. 5. qui quidem cum Caimo satisfacit Caesari Costae (opinanti, postumum heredem scribi, propterea non receptum fuisse, quod incerta persona, qualis esset nondum natus, partes emtoris familiae in testamento per aes et libram non potuisset in se suscipere) cuius quippe commentum maximam praecereris praefert veri speciem. Quamvis enim Viri laudati, quod improbant, non sic impugnare videantur, ut contra nihil dici possit: veriore tamen sententia recte comprobata, nil opus est immorari caeterorum commentis.

addito, quod aliorum veraе sententiae deest,

quam veram esse non opus est praebare

Nec magis opus est multis verbis, quibus probem, veram esse, quae ab optimis redditur, rationem: utut non sit sufficiens. Satis enim est. auctorem nominare ULPIANVM *Tit.* 22. §. 4. delegato Lectore ad Galvanum h. l. c. 8. et CAIMVM in praelud. ad h. l. n. 48. seqq. qui, quicquid facere videretur, ut haec ratio certa ac velut in facto posita existimari deberet, studiose congeserunt. Accedit, quod, quicquid supra de postumis institui prohibitis contra Ramosium disputavi, huc etiam referri debeat: ut adeo, cum et a Iustiniano §. 26. *I. de leg.* et a Theophilo pr. I. de bon. poss. postumus, uti oportuit, connumeretur inter personas incertas, locum sibi vindicet ratio ab Ulpiano d. §. tradita.

Tria tamen esse debent rationis reddendae membra

His tribus autem membris, quae dixi, constare debet huius rei ratio plena ac sufficiens, quae extra omnem omnino dubitationem posita possit defendi: ut adeo postumus non potuisse dicatur institui, quia persona esset incerta; haec autem non posset, quia certum deberet esse testantis consilium; ac hoc

---

tio, ut hoc ex mente Iuris Scripti, nec contra Leges de novo induxerint, quoniam iidem qui formarum negotiis civilibus propriarum aequo tenaciores fuisse deprehenduntur, non sine absurditate haberi possunt pro eversoribus Iuris scripti; et, si in universum quaeratur de postumo institui prohibito, quoniam alias argumenta non tenent.

utrumque necessarium ob formam testamenti civilem. Hic enim est nexus, quo singulae rationis partes sibi invicem cohaerent.

quoniam, omisso tertio, ignoratur, quis et quare dicatur incerta persona

Nam omissa parte rationis expositae tertia, cui omnis probandi nervus inest; ut illa, quod fere omnes huius sectae Doctores existimant, vel prima parte absolvatur, vel duabus prioribus constet: non solum harum intellectus et veritas non apparent, sed manent etiam graves dubitationes, quibus satisfieri non potest; quia ratio rei sic reddita non potest intelligi et defendi *). Sic enim ignoratur, aut saltem non certe constat, quid sibi velit nomen incertae personae, aut in quo ponenda sit illa incertitudo, qua testatoris libertas impediatur. quod necessario efficit, ut nec vera nec sufficiens videri possit haec ratio.

improbabili sententia plurimorum,

Quodsi enim cum plurimis dicas, incertum esse, utrum postumus qui speratur, vivus nascatur, an mortuus? mas, an femina? sanus, an monstrum? unus, an plures? ante septimum et intra decimum mensem necne? et hanc ob caussam eum non potuisse institui, quia sic incerto regeretur consilio mentis testatio: haec incertitudo, si vera caussa rei fuisse sumatur, efficiet, ut Prudentes ne potuerint quidem sine metu absurditatis permittere postumi Sui institutionem, cum non possent certa facere, quae incerta sunt naturâ in in quolibet postumo; ut adeo, cum plus debito dicatur, nihil probetur, manente, quae removeri debuisset, difficultate. Accedit quod postumus in successione legitima eadem laboret incertitudine. quae tantum abest, ut eum ab hereditate arceat, ut potius, si conceptus sit mortis tempore, testamentum in periculum rumpendi adducat, utque, quia incertum, utrum mas an femina nascatur, postuma sicut masculus rumpat. Ergo incertitudo, quae postumi institutionem prohibuit, non est quaerenda in iis, quae naturâ sunt incerta.

et Eponis

Idem monendum adversus Boetium Eponem h. l. p. 26. qui ad verum propius quidem accedens, sed multo gravius errans, hanc incertitudinem in eo ponit: quod postumus (alienus, nam de hoc tantum est sollicitus communi omnium errore) qui non sit in rerum natura, non possit sub certa demonstratione institui; quoniam nempe nihil incertius nativitate. Quod si enim hoc sensu accipi deberet illa incertitudinis ratio (non enim attinet caetera notare huius adsertionis vitia); quomodo permittere potuerunt Prudentes, ut Suus postumus a) instituetur b) nominatim, ne rumperet?

---

*) Ex horum tamen numero eximi velim eam, quae omnium quidem est gravissima, sed opposita quaestioni male conceptae, de ratione postumi alieni (tantum) institui prohibiti: quod scilicet eadem incertitudinis ratio vigeat etiam in postumo Suo. quam obiectionem Alexandri ad h. l. n. 2. de ratione rei reddenda plane desperantis, cum nullo prorsus modo dissolvi posse viderem; intellexi tandem, male quaeri hoc totum de postumo alieno, et hoc uno errore totius argumenti intellectum impediri. Ut ergo clara fierent et perspicua, quae fuissent adhuc obscura: distincte quaerendum esse vidi de postumis institui prohibitis; et deinde, de postumo Suo ad institutionem admisso: quoniam hoc supponit, illud iuris fuisse antea. Nam plane ieiuna sunt, nec quicquam operantur, quae contra proferuntur, converso temporis ordine: quia haec, quae isti obiectioni opponuntur; continent rationem, qua moti Prudentes postumum Suum instituere permiserunt; et operae pretium non fecit Galvanus sua qua usus est ad h. l. c. 8. scrupulositate, qua efficere studuit quod non possit fieri. Haec igitur res, satis ponderata, effecit, ut, reiecto communi omnium errore, distinctius quaererem et rectius statuerem in tota hac caussa. Hoc uno intellecto facile invenire potui et veram et plenam rei melius conceptae rationem, qua omnem omnino ambiguitatem evitarem et levarem.

ob varias caussas satis idoneas

Falsa ergo est haec rationis verae interpretatio ac plane commenticia: 1) quia, si vera sumatur esse, ne fieri quidem potuisset, ut postumus institueretur; ut adeo ridicula videatur prohibitio ita eius, fieri nullo modo possit, nec minus ridicula cautio Galli ac provisio Velleii de postumo instituendo; ut adeo officium suum perdat pars rationis altera, quod certum debeat esse testantis consilium; quae, ne sensu careat, ponat necesse est, fieri posse, quod prohibitum dicitur: 2) quia postumus, qui speratur, non sic incertus est, ut non possit designari certa demonstratione, ex qua, quem sibi heredem vellet testator, satis posset intelligi; id quod hactenus omnio sufficere debuisset: 3) quia verbum *nominatim* iuxta formulas in Iure nostro obvias, quibus illud, quod ad postumum, explicatur, omnino notat certam demonstrationem; ut adeo institui potuerit necesse est postumus, cum suum nominatim institui aut exheredari vellent. Nam eadem incertitudo premit, imo tollit exheredandi postumum licentiam, quae per testamentorum naturam non potuit non competere, quia nemo potest exheredari nisi sub certa demonstratione. Unde ex duobus alterutrum consequitur: ut, si debitus postumis in testando respectus fundamentum habeat in XII. Tabb. Decemviri, concedendo patribus liberam legandi facultatem, nihil omnino egerint, sed misere sibi contradixerint, directe dando potestatem quam per indirectum tollerent; aut ut Prudentes, inducendo, ut suus postumus nominaretur in testamento, hoc est, contra Ius scriptum praecipiendo per delirium id, quod fieri non posset, charissimam patribus facultatem ex Legibus quaesitam ademerint. Sed neutrum potest concedi, quia absurdum: ergo nec vera est, nec valet Eponis sententia, quia plus iusto inde consequitur. Accedit, quod ex l. 5. D. de reb. dub. incertitudo (sic enim a plurimis locus accipitur, ut sermo sit de legato relicto), quae venit certificanda, non vitiet testamentum, ut adeo personae incertae sub incerta quoque demonstratione legari posse videatur.

inter quas l. 5. D. de reb. dub.

unde fluctuat ratio tradita.

Sic igitur rationis dictae veritas non adparet, quia sensus illius non recte percipitur; qui non potest percipi, si fons eiusdem ignoratur, unde sit talis institutionis prohibitio: adeoque, si ratio rei reddita binis partibus absolvi existimatur, vera licet sit, non potest tamen tamquam vera defendi, sed fluctuat, sicut caeterae. Facile autem est ad intelligendum, caussam errandi esse, quod Interpretes haereant in ratione proxima, tamquam unica, cuius absolute positae varius esse potest intellectus, qui iudicium reddat necesse est incertum: non tamen hic, quod postumus non sit in rerum natura; quoniam de eo, qui nil est, ne hoc quidem potest praedicari, esse personam incertam (conceptus enim, qui speratur, omnino est in rerum natura, et puerilis est quaestio Stoicorum, an homo sit necne, qui est in utero); et quoniam incertae personae, tantum abest, ut nihil sint, ut potius reputari debeant esse personae, sed incertae, uti videre est in exemplo ab Ulpiano d. l. tradito: *quisquis primus ad munus meum venerit, heres esto:* de quo incertum tantum, num certa persona ventura sit, quae posset institui.

Tertium tribus indiciis indagatur: primo

Hinc ergo *primum indicium* inveniendi veri nostrae rationis sensus ac fontis. Quaerendum enim: quid sibi velit nomen certae *personae* quae antiquitus institui potuerit? Deinde, *quod*

secundo

paviter viam monstrat, Iuris, quo incertae personae ab institutionibus arcebantur, talis debet esse sensus, ut Prudentes, quod ad postumum Suum, aliquid de illius rigore remittere potuerint sine absurditate: ad merum enim Iuris rigorem res redit ac redire debet.

Cui quo non satisfacit Ant. Faber)

Quare, arcem rei licet tangat Ant. Faber *Coni. lib. IX. c. 2.* rem ipsam

tamen haud adſecutus eſt, incerto quippe iudicio vagatus ipſe cum caeteris. Nam ſi data legendi poteſtate abſurdum viſum eſt (ſic enim Vir ille argumentatur), legem facere voluntatem quae nec conſilio nec iudicio certo regeretur, ut adeo in hac abſurditate lateat ultima huius rigoris ratio: non potuiſſent ſane Prudentes ab eo recedere ſine abſurditate. Ergo, *quod non minus iudicio eſt*, ultima ratio, unde proxima ſenſum verum ac certum accipiat, non ſolum ſic concipienda, ut absque abſurditate ab ea recedere potuerint Prudentes, ſed etiam in eo quaerenda eſt, circa quod aliqua fuerit poteſtas Prudentibus, Legum cuſtodibus et Iuris ſcripti tenaciſſimis, ut ſine fraude Iuris recepti recedere poſſent, ſed potius, ſi quid inducerent, mera interpretatione ex mente Legum id inducere intelligerentur. Hanc enim ob cauſſam ſupra cauſe ſcripſi; PER XII. Tabb. Ius non licuiſſe, poſtumos inſtituere: non autem, EX his Legibus eſſe illam prohibitionem: quia ſic nihil contra inducere potuiſſent, ac ne voluiſſent quidem Prudentes.

tertio.

His monſtratur forma teſtamentorum (proxima)

Iam vero haec omnia, quae indiciorum loco eſſe ſcripſi, civilem et neceſſariam teſtamentorum formam monſtrant, tamquam rationem huius rei ultimam, quae ſit fons proximiorum. unde non ſolum harum intellectus percipitur, ſed etiam veritas, cum forma teſtamentorum in facto conſiſtat, de quo dubitari nullo modo poſſit. Hinc enim intelligitur, quid ſibi velint nomina certae ac incertae perſonae; in hac conſiſtit rigor ille Iuris, de quo Prudentes aliquid remittere poſſent ſine abſurditate et ſine fraude Iuris ſcripti. Cum enim aliquid remiſerint, eos hoc potuiſſe exiſtimandum eſt: ſi vero potuerunt, Leges hac de re non diſpoſuiſſe neceſſaria ratione conſequitur.

Forma autem teſtamenti (vi Legis valituri ac plenum, quem pater voluerit, exitum habituri: nec enim valet *l. 4. D. qui teſt. fac. p.* niſi obſervatis Iuris Civilis regulis), complexa conditiones neceſſarias, quibus non obſervatis civis nec recte poſſit teſtari, nec recte teſtatus eſſe intelligatur, ſeu, quatenus facultas teſtandi ex Legibus XII. Tabb. deſcendit, *modus*, quo fieri et poſſet et deberet, neceſſarius ac *legitimus*, ad haec 5 redigi poteſt momenta:

quae traditur 5 partibus

1) *ut*, deteſtando ſimul ſacra, *nominetur heres*, ſeu ſucceſſor iuris, quemadmodum §. 11. *I. de. teſt. ord.* Iuſtinianus, vel in univerſum ius quod defunctus habuit, ut *l. 24. D. de V. S.* Caius, vel habuerit, ut Iulianus *l. 62. D. de R. I.* loquuntur; heredis enim inſtitutio principalis eſt ſolemnitas, ſine qua ne cogitari quidem poſſit teſtamentum, ut adeo lec. *l. 1. D. de her. inſt.* vel ab hac, vel ab exheredatione initium fieri debeat *);

2) *ut, ſec. l. 30. D. h. t. expreſſe derogetur Legibus Suos heredes ſuccedere volentibus*, hoc eſt, ut Sui, ſi pater eos inſtituere nolit, aut non poſſit, exheredes eſſe iubeantur;

*) Cum, uti notiſſimun, ſenſim ſenſimque non additum, ſed potius detractum ſit rigori Iuris Antiqui teſtamentorumque ſolemnitatibus: fas eſt et eſſe debet, *loca Iuris noſtri aliquam eorum ſolemnitatem exprimentia ad Ius antiquum referre*; ut adeo hoc efficiat regulam certam, quam ſequi debeamus in indagandis Iuris antiquitatibus. Hoc monere volui ac debui, ne, dum de forma teſtamentorum antiqua acturus probationis cauſſa loca Iuris noſtri excito, hac ipſa legum auctoritate videar abuti, miſera interpretatione: quod ſicet non ſit inſolitum Interpretibus: hinc inde, quaecunque ad rem facere videantur, congerentibus absque ratione aut regula certa, equidem tamen imitari nolim. Tali igitur conſilio ac ratione verſatus ſum circa *d. l. 1. D. de her. inſt.* ut, quod ibi de exheredatione

3) *ut utrumque fiat verbis legitimis*, hoc est, praeceptivis, ad eos directis, qui vel heredes vel exheredes esse iubeantur;

4) *ut certus sit testaturus tam de suo, quam de statu eorum, quibus aliquid relinquere velit testamento*: sive iuris futuri sint successores, sive facti;

5) *ut adeo*, quod ex 3. et 4. consequitur, uti Legislatorem facere decet ac oportet, *certo usus consilio*, *certo regatur iudicio de eo*, *quod post mortem suam fieri* velit.

Hanc formam Decemviris debere dico orignem hactenus, quod, dum patribusfamilias liberam testandi facultatem concederent, legandi verbo utentes, ad formam et legis dicundae necessariam et testamentorum eo tempore iamiam usitatam respexisse, adeoque hanc, quam non abrogarent, hoc ipso confirmasse videantur: hoc certe volentes, ut paterfamilias de re sua Legem diceret more consueto. Quicquid igitur postea Prudentes in testamentis faciendis necessarium esse duxerunt observari, id induxisse putandi sunt inventum ex mente Legum mera interpretatione: ut adeo per eos cogniti tantum Iuris esse coeperit, quod antea certum quidem esset Legumque sententia comprehensum, sed incognitum forte, nec adeo indubitatum.

Iam vero cum iis temporibus testamenta fierent in comitiis, ut hactenus etiam essent Iuris Publici: omnia quae ad formam eorum retuli, quoniam fieri non poterant, nisi legis modo, necessario debuerunt observari; excepto duntaxat membro secundo, quod ex ipsis XII. Tabb. Legibus non potuit non accedere, nisi vanum esse statuamus heredum Suorum nomen, liberis indi- tum a Legibus, vanasque ipsas Leges horum iura sancientes. Si vero neutrum esse potest verum: derogandum fuit his Legibus per patrem Legislatorem expressa ipsius voluntate verbis legitimis, quibus liberi iure ipsis ex Legibus quaesito privarentur exheredati. Debuit hoc accedere, quoniam in testamento (in quo silentium ratione eius quod per Leges necessarium est, nihil operatur) Legibus non potest derogari, nisi expressis verbis: ut adeo facultas legandi patribus data, hactenus sit ac esse debeat potestas derogandi iuribus heredum Suorum legitimis.

Dico autem hoc ex Legg. XII. Tabb. accessisse: quoniam, licet non desint probabiles quaedam coniiciendi rationes, tamen, ne iusto audacior esse videar, adfirmare non sustineo, idem usu receptum obtinuisse antea, ac per Decemviros repetitum esse duntaxat et confirmatum.

Haec autem omnia, cum, quod ad essentiam rei, ex natura Legis dicundae proveniant, *testamentum vero* ex mente XII. Tabb. *sit ac debeat esse lex testando dicta de successore in ius universum verbis ad hunc directis*, non potuerunt non esse ac manere necessaria,

originem debeas Decemviris quodammodo (et

ex XII. Tabb. accedente secunda parte)

ac confirmata legitima testamenti definitione.

nominatim facta dicitur, solemnitati antiquitus usitatae tribuere non dubitarem, quamvis ab ea initium testandi fieri posse Traianus rescripsisse dicatur. Si quis mihi hoc dare nolit, defendit is ipse meam caussam, aucto sic Iuris antiqui rigore. Eodem consilio ac ob eandem rationem in rem meam excito *l. 30. D. h. t.* cum similibus. Atque hoc quidem cummaxime notandum iis, qui facultatem Suos heredes praetereundi silentio civibus per Decemviros factam existimant, neglecta prorsus Iuris nostri, contrarium huius rei ubique docentis, auctoritate: ita ut delabantur ad id, quod absonum est propemodum et rationi repugnare videtur; per Prudentes, inducta infirmandi testamenta licentia contra Leges, civibus erepta fuisse sanctissima ipsorum iura.

unde cogitur d. solemnia semper fuisse necessaria;

invento mox post XII. Tabb. (quae plurimorum est sententia) ritu testandi per aes et libram; praesertim cum vel nunc testamenta fierent ad pristini moris imaginem, cumque hoc etiam ritu testandi in desuetudinem abeunte servatae sint constantia quadam solemnitates antiquitus usitatae, quas ne Praetor quidem unquam sustinuit prorsus negligere.

Nam si vel adeo eos, qui per aes et libram, hoc est, sic testarentur, ut privatim magis, quam publicum negotium celebrare viderentur, recepto Legum ferendarum ritu abstinuisse dicamus: testamenta tamen, cum semper essent Iuris Publici, sic fieri debuerunt, ut, per verba quibus essent concepta, valere possent vi Legis contra Ius de successionibus scriptum.

Quare, omissis in praesenti ritibus testandi variis, civi de re suâ testaturo, hoc est, derogaturo legibus civitatis, omni tempore dico observanda fuisse omnia, sine quibus lex certa de transferendo in successorem rerum dominio quiritario ne cogitari quidem, nedum dici posset.

adeoque praeprimis certitudo de statu testatoris ac heredis.

Necessarium ergo (nam de binis prioribus formae traditae partibus nunc dicere non attinet, quoniam de prima inter omnes constat, de secunda vero satis, opinor, dictum in superioribus), ut testaturus de statu tam suo, quam eorum, quos sibi successores designare vellet, certus esset: hoc est, certo scire debebat; a) se ipsum habere testamenti factionem et b) successores, quos sibi vellet futuros, non obstante aliquo Iuris impedimento, capaces esse hereditatis, seu esse cum iis testamenti factionem.

Illud confirmatur *l.* 14. *et* 15. *D. qui test. fac. p.* iuncta *l.* 4. *eod* quod adeo verum, ut ne Praetor quidem, exigens in persona testantis testamenti

factionem, et testationis et mortis tempore, daret bonorum possessionem secundum tabulas eius, qui se patremfamilias esse falso putasset, *l.* 1. §. 8. *D. de bon. poss. c. t.* unde colligere datur, hanc testaturi de statu suo scientiam Iure Civili quam maxime necessariam fuisse. *Hoc* probatur §. 24. *I. de legatis* lumen accipiente ex tradita §. seq. definitione personae incertae, *quam* sc. *incerta opinione animo suo testator subiicit.* Ex hoc enim loco, qui (cum testamenti factionem tamquam necessariam desideret in eo, cui legari possit) a fortiori valere putandus est de herede instituendo, certa persona *quae sola possit institui*, non tam is est, *de quo*, dubitante licet testatore, *certum*, quam potius is, *de quo certus* sit testaturus ipse, eum (quoniam testamenta fiunt sub cogitatione mortis), si statim delata fuisset ipsi, hereditatem statim capere, seu sec. §. 1. *I. de bon. poss.* adire, hoc est, sibi adquirere posse: quoniam haec tota tractatio de testamento *ex l.* 4. *D. qui test. fac. p.* sicut ad heredes, sic etiam ad postumos Sui iuris futuros pertinet, qui, quod ipsis datum fuerit testamento, sibi capiant. In iis enim, qui aliis adquirunt, ipsi licet sint incertae personae, ex placito Prudentum spectatur capacitas eius, cui tamquam personae certae adquiritur: in cuius quippe favorem *l.* 64. *D. de her. inst.* (aequali saltem ratione *l.* 16. *D. qui test. fac. p.* de postumo, ut de servo alieno, accipienda) *introducta est d. l.* 64. testamenti factio cum personis incertis, sed alieni iuris, qualis est servus alienus absque libertate institutus. Unde simul patet, hoc (quicquid est, si forte, quod ad postumos alienos, solius testatoris respectu tales, novum videatur), ad probandam postumi alieni institutionem, antiquitus ex Legg. XII. Tabb. licitam, nec per se nec propterea vim aliquam habere, quod hoc ipsum d. l. per Prudentum placita invaluisse dicitur.

Hinc constat, quis dici possit certa persona.

quis incerta. Itaque ex contrario persona incerta, *quae non possit institui*, non tam est is, de cuius statu (quemadmodum haec res vulgo intellgitur) aliquid sit incertum, quam potius is, de cuius statu et ex testamento capiendi facultate, licet fortasse utrumque certum sit, incertus tamen est testator ipse, aut certus esse nequit; ut adeo utrimque verbum *incertitudinis*, ut supra vox *certitudinis*, referatur ad certam testantis scientiam de statu personae (de hoc enim unice debet utrumque intelligi), ad quam valide et cum effectu dirigi possint verba institutionis, aditione confirmandae: quae scientia necessaria est ad testamentum iure faciendum, quoniam haec animi certitudo inter regulas, quas sec. l. 4. D. qui test. f. p. observari oportet, primum locum tenet, propterea, quod testamentum sic nuncupandum est, ut effecum habere possit voluntas per aditionem, qua confirmetur.

Habes hic veras ac genuinas vocabulorum certae et incertae personae, in libris male intellectorum, definitiones, derivatas ex legitima testamentorum forma, et comprobatas Legum auctoritate.

quibus finitionibus non obstat Nec obstat (nam ad obiectionem ex l. 62. D. de her. inst. supra p. 96. respondi) quod *l. 14. D. de reb. dub.* utile dicatur esse legatum *illis datum, qui testamentum obsignaverint*. Nam controversum hoc fuit Marciani tempore; utile vero legatum esse putabatur hanc ob rationem, quod testamentum non eo, quo scriptum esset, hoc est, quo incerti aut ignoti essent testatori futuri obsignatores, sed eo magis tempore iure factum et confirmatum videretur, quo, obsignatum esset ab iis, quos testator tum temporis, cum ad testimonium dicendum rogatos adesse oporteret, non ignorare poterat, esse testabiles, adeoque tales, qui capere possent legatum.

a) l. 14. D. de reb. dub.

Nec magis obstat *l. 5. eod.* quam supra p. 113. ex sententia plurimorum ibi relata obstare videri diximus Eponi. Nam Caius h. l. loquitur de fideicommisso quod incertae personae, sicut legatum, ex certis recte relinquitur: ut adeo, si, quod sane falsissimum, textus de legato intelligatur, accipi debeat de legato incertae personae a certis relicto, ob-verba: *si quis ex heredibus caeterisve amicis*, quorum hoc testamento mentionem habui. Hoc autem modo legatum dari potuit, argumento §. 25. *I. de legatis*: verbis: *Sub certa vero*: ex quibus patet, et frustra dici, et male intelligi, et pessime trahi ad licitam postumi alieni, qui se, certus fiat nativitate, institutionem id, quod dicitur: incertitudinem quae veniat certificanda, non vitiare testamentum. Non enim venit certificanda, nisi incertae personae datum sit sub certa demonstratione: quae non certa est, nisi fiat ex certa persona, quoniam alias incerta de persona opinione regeretur testantis animus.

b) l. 5. eod.

Ergo certitudo iudicii necessaria redit ad certam scientiam de statu heredis,

Ad hanc igitur cognitam testaturo ac indubitatam certitudinem de statu personae instituendae, quae, cum testabilis esset, capere posset ex testamento, redit et redigitur, Interprete Ulpiano 22. §. 4. certitudo iudicii, qua regi oporteret consilium testantis ac statuentis, quid post mortem suam fieri velit. Sic enim interpretati sunt Antiqui, teste hoc ipso Ulpiani loco (nam *incerta*, inquit, *persona heres institui nequit*: et addito exemplo plus quam perspicuo hanc rei rationem reddit: *quoniam certum debeat esse testamis consilium*) facultatem patribus datam a Decemviris, ut institueretur necessario certa persona: quoniam, hoc uno observato, non poterat non absolvi certitudo iudicii, desiderata in eo, qui de transferendis ipsius bonis statuere vellet; ut adeo ex verbis testamenti probabili coniectura ac praesumtione con-

ſtaret, teſtatorem ſcientem elegiſſe ſibi ſucceſſorem capere non prohibitum, ut ſaltem per verba teſtamenti locus non relinqueretur dubitationi, an forte de ſtatu heredis inſtituti incertus fuerit, necne.

Quamquam enim facile concedo, Antiquos propter favorem teſtamentorum, inſtituta perſona certa, pronos fuiſſe ad praeſumendum, teſtatorem eam certa de ſtatu illius ſcientia heredem inſtituiſſe: teſtamenta tamen concepta verbis ambiguis, quae dubitationi locum facerent, nullo prorſus modo ſuſtineri potuerunt.

qua deficiente teſtamentum non potuit ſuſtineri;

Non potuerunt, inquam, propter rationem rei, quae conſiſtit in ipſa teſtamentorum natura, oriunda ex Legibus Civitatis. Conceſſa enim per XII. Tabb. libera legandi poteſtate, teſtamentum ex mente Legis eſt ipſum

quia eſt a) lex

a) lex quaedam, *dicta de ſucceſſore* electo contra ſucceſſores legitimos ac teſtanti neceſſarios;

b) negotium civile ac

b) eſt negotium civile, quoniam lex dicitur de transferendo privatarum rerum dominio;

c) publicum.

c) eſt publicum negotium, quoniam leges de ſucceſſionibus ſcriptae ſic ſaltem abrogantur, ut hereditas legitimis heredibus, inſtitutis, non ex legibus, ſed ex voluntate teſtatoris deferatur.

Et ad haec tria redit forma teſtamenti remota.

Atque *ad haec tria* quidem *momenta*, quorum poſteriora ex prioribus deſcendunt, *redit forma teſtamentorum remota*. Hinc enim, tamquam ex fonte, oriuntur conditiones teſtamentis, ut recte fiant, neceſſariae p. 116 et 117 traditae, formam (ſi venia ſit verbo) proximam conficientes.

comprobata, facta Legis-

Quemadmodum igitur Legislatoris non ſolum eſt iubere aut vetare verbis

directis, ſed magis adeo regi ac procedere certo iudicio de ſtatu eorum, ad quos verba legum ferendarum dirigat; quoniam verba legis ſic debent eſſe concepta, ut exitum habere poſſint, quem non poſſunt habere, ſi ſint directa ad incertos, vel ad eos, de quorum ſtatu non certus eſt Legislator; ut adeo vagante ſic eiusdem iudicio pereat neceſſe eſt natura legis ac forma neceſſaria: eundem in modum teſtatori verba legitima, directa ad ſucceſſores nominandos, neceſſaria ſunt ac ſemper fuerunt; ut his non adhibitis teſtamentum ne factum quidem poſſet intelligi. haec verba vero directa ad incertos, quoniam ſic vagarentur, vim ac officium ſuum perdiderint neceſſe eſt, ut exitum habere non valerent; ut adeo, ne verba viderentur incerta, certus debuerit eſſe teſtator de ſtatu eorum, ad quos verba inſtitutionis dirigeret. Atque hoc ipſum, ſicut propter illud, ſic etiam magis neceſſarium eſt.

latoris et teſtatoris idonea comparatione;

Tantum autem abeſt, ut ab haec legis dicendae neceſſitate liber eſſe potuerit teſtaturus, ut potius eâdem magis debuerit devinci. Quod enim licitum eſſe poteſt auctori Iuris communis, ut nempe ſtatuat de ſtatu eorum, ad quos lex ferenda pertinere debeat, ſeu de variis variarum perſonarum iuribus, utque, quod ad rem praeſentem, edicat, quinam teſtabiles aut inteſtabiles eſſe debeant: idem neutiquam permiſſum erat et eſſe potuit teſtaturo; cuius quippe adeo eſſet ſcire, quinam ex legibus eſſent teſtabiles, ac proinde tales ſibi ſucceſſores eligere, cum quibus eſſet teſtamenti factio.

unde arctior huius obligatio intelligitur;

a) quia tenetur Legibus.

Accedit, quod haec de ſtatu perſonarum inſtituendarum certitudo teſtatori magis neceſſaria fuerit, quam Legislatori propterea, quod teſtando derogaretur legibus civilibus. quod ſane ſic faciendum, ut teſtamentum contra leges quibus derogaretur, valere poſſet;

b) quia his derogat, privatus,

ut adeo iura consanguineis a legibus data recte abrogata esse censeri possent. Cum enim testamenta, hanc potissimum ob caussam, Iuris essent Publici: non potuit non quam maxime necessarium esse, testamenta fieri certo iudicio ac consilio. Cuius necessitatis haec amplius ratio accedit, quod negotia civilia, ea maxime, quae de obligationibus ac de transferendo rerum dominio celebrarentur, quale est testamentum, non possent celebrari, nisi cum certis a certis, hoc est, probe gnaris ac intelligentibus, quid agerent, quid ipsis liceret, quid observare necessarium esset. Nam haec certitudo, sic necessaria negotiis civilibus ac stipulationis ritu expressa, causa fuisse videtur, quare pacta nuda non haberent vim obligandi civilem.

c) quia negotium civile gerendum a certo cum certo)

Quamvis igitur, invento post latas XII. Tabb. leges testandi ritu per aes et libram, testamenta migrare viderentur in formam contractus: mansit tamen manseritque necesse est, eadem certitudinis necessitas: praesertim cum hoc etiam ritu in desuetudinem abeunte servaretur quaedam pristini testandi moris imago, cumque regula Catoniana *l. 29. D. de R. I.* (male nuper a quodam venditata pro ipsa Catonis regula) communicata legatur aliis negotiis civilibus. Quapropter in medio relinquo ea, quae, cum quaeratur de tempore XII. Tabb, ex antiquissimo testandi ritu magna cum probalitate pro hac mea sententia colligere possem. Sufficit monstrasse: semper necessarium fuisse, ut animo deliberato consiliique certitudine procederet testaturus legis modo.

sic ut nunquam negligi potuerit

Quibus dictis haec satis certa ac perspicua fore spero ac credo.

Ex his cogitur:

I) *Ad hanc* potissimum *certitudinem animi* per rei gerendae naturam pariter ac per leges civiles necessariam *redire illum rigorem Iuris antiqui*; a quo nec Praetor nec Prudentes recedere aut aliquid remittere possent aut vellent sine gravi caussa ex ipsis legibus oriunda: ut adeo parum recte dicatur, quod vulgo dicitur: per Prudentes, invento hoc rigore (si tamen probari possit, per eos demum omnia quae huc spectant, invaluisse; sed esto) coangustatam esse testandi facultatem antea liberam. Quod ne verum quidem est de inducta per eos exheredandi Suos heredes necessitate: quoniam iura Suorum in bonis paternis veniunt ex iisdem cum libera legandi potestate legibus; quae, hac illimitata, postulant tantum postulentque, ne vanae sint, necesse est, ut expresse abrogentur. Quodsi ergo per Prudentes inventum, ut liberi exheredari deberent: mera tantum interpretatione intellexerunt ac in vulgus notum fecerunt, quod ex mente Legum fieri necessarium esset; et voluerunt tantum, ut patres congruis saltem verbis uterentur facultate ipsis facta contra leges, qua silentio nemo posset intelligi usus fuisse.

I) rigorem Iuris consistere in hac scientia;

II) Quare *sec. §. 25. I. de legatis* ne militi quidem permissum fuerit legare personae incertae, nec adeo libertas, cuius alias summus est in Iure favor, dari potuerit, nisi personae certae, seu nominatim. Nec enim hoc dari poterat militi, ut incerto de persona heredis iudicio, hoc est, ut sic testaretur, ut ipsius voluntas exitum certum habere non posset; de servo autem omnino debebat constare, an posset manumitti, necne.

II) ne militi quidem dari potuisse, ut incertis legaret;

III) *Praetorem atque Prudentes, suadente aliqua Iuris necessitate ac testamentorum utilitate ab hoc formae rigore aliquid remittere potuisse* sine absurditate ac licite; quamquam limites liciti magis servarunt Prudentes quam Praetor. Non enim sic necessaria est illa certitudo, ut, si absit ea, ne testamentum quidem factum dici possit;

III) Praetorem ac Prudentes aliquid remittere potuisse;

praesertim cum non probabile sit, solum unquam postumum institutum fuisse, cum securitatis tantum caussa institueretur, qui nasciturus quidem esset, cui tamen accidere posset, ut non vivus nasceretur, aut monstrum.

IV) Communem esse rigorem legatis et institutionibus;

IV) *Communem esse hanc formae partem et institutionibus et legatis*, quorum utrisque inest dispositio et translatio bonorum: ut adeo hic cernatur ratio, quare, quicquid in Iure de horum valore dicitur, recte possit ac debeat extendi ad illas, necessaria quippe et ob eandem rationem ad utrumque testamenti factione cum iis, quibus valide possit relinqui aliquid institutionis legative nomine. Hac enim ratione communi deficiente non valet conclusio a specie ad speciem, a legatis ad institutiones.

V) Cessare eundem in exheredationibus;

V) Cessare hunc rigorem et nunquam necessariam fuisse talem animi certitudinem ad exheredationem personae incertae. Haec enim abesse potest testamento, et cum inepta ac ridicula sit, nisi fuerit necessaria propter futuram aliquam contingentiam, qua in periculum rumpendi adduci possit ultima voluntas, cautionem tantum habet, non dispositionem: rigor autem Iuris ille, cum testando potissimum agatur de transferendo rerum dominio, partibus tantum dispositivis proprius est, et ad eos pertinet, qui ex voluntate testantis aliquid capere debeant, si per leges possint. Ac de hoc, an possint, certus esse debet testator, ut quod voluerit, certum exitum habere valeat. Quem cum, quod ad exheredationem, non possit non habere, sive capere possit, sive non possit, qui exheres esse iubetur: ridiculum foret, de eo, qui ab hereditate excluditur, quaerere, testabilisne sit, an intestabilis, cum illud faciat tantum conditionem capiendi ex testamento. Igitur nunquam necessaria esse potuit haec animi

certitudo de statu eorum, qui exheredarentur.

VI) Nasciturros non potuisse instituti

VI) *Nascituros* qui tantum sperarentur, hoc est, eos de quorum statu nihil prius certum esse posset, quam nascerentur, *non potuisse institui*; (quamvis enim per rerum naturam certum, qui quotve nascituri sint: in tali tamen quaestione *ex l.* 28. § 5. *D. de iudiciis* hominis inscientia inspici debet; quoniam, quod iure factum dici possit, certa facientis scientia nitatur necesse est) *potuisse tamen*, si qua esset necessitas, *recte exheredari*; ita ut antiquitus libera esse debuerit exheredatio postumi, valido testamento, quod, inducta quoque querela inofficiosi, non dici poterat nullum, sed rescindi debebat. Postquam vero haec querela dari coepta est postumo exheredato: quam maxime necessaria fuit L. V. ne ius testandi penitus evanesceret. Id quod de Suo postumo non minus verum esse quam de alieno nulla ratione potest dubitari, cognita nunc natura rigoris Iuris antiqui. Haec verba enim, *Suus*, *alienus*, monstrant instituendi exheredandive necessitatem, quae in illo postumo adest, in hoc abest; non autem alterutrum instituendi facultatem.

Igitur in hac quaestione talis institutionis, ut licitae, defensores frustra quoque comminiscuntur commoda nasciturorum, quapropter pro natis haberentur. Haec enim commoda notant iura legitima, hoc est, data ab ipsis legibus ac in tempus nativitatis servata nascituris: hoc est, Suo tantum postumo, non alieno, cui, ut tali, nunquam hoc iuris datum est, ut institui posset aut deberet; praesertim cum vel Suo postumo iura legitima adimi possent per patrem, valido testamento, ante inventam querelam inofficiosi: ut adeo PAGENSTECHER de *Iure ventris* part. 4. vis. 2. pessimo exemplo huc detorqueat *l.* 10. *D. h. t.* manifeste referendam ad testamentorum solemnitates, patrisque

testantis favorem. Hic enim Iuris favor opponitur adeo favori liberorum sic, ut ex hoc originem habeant ex parte regulae testanti observandae, utque, testamento demum recte facto, favor patris, eodem vero non recte facto, favor liberorum praevaleret.

VII) strictissime spectandum esse hic tempus facti testamenti,

VII) Cum secundum legitimam quam dedimus, testamenti definitionem sic testandum esset, ut, quicquid testator fieri voluerit, id, si casus ita ferret, statim exitum habere, hoc est, ut hereditas data ac delata adiri, testamentumque confirmari posset aditione: *strictissime spectandum est* in hac quaestione *tempus facti testamenti*; quoniam res tota redit ad certam scientiam testatoris de statu personae instituendae, necessariam, ut recte testetur. quae quia sola necessaria est, solum quoque tempus testationis inspici debet.

Quod igitur Iustinianus §. 4. *I. de her. qual.* de tribus quae inspici debeant, temporibus loquitur, id huc non potest trahi, ut obiectionem faciat. Agitur enim h. l. de iis, quae necessaria sint, ut extraneus, heres scriptus, hereditatem capere possit. Capacitas autem heredis instituti et mortis et delatae et adeundae hereditatis tempore necessaria est, ut testamentum exitum habeat. Ut vero idem recte fiat, praeter hoc unicum, ut heres instituendus hoc tempore habilis sit capiendae hereditatis, nihil potest requiri vel propterea, quod testator non possit obligari ad id, quod scire nequeat; cum potius recte praesumat, eum, qui nunc sit, olim etiam fore testabilem.

nec quaeri debet de tempore in favore postumi inspiciendo;

Ex his autem facile est ad intelligendum: in hac caussa a plurimis Interpretibus pessime quaeri de tempore, quod spectari debeat in favore postumi: commixtis iis, quae sunt, sicut diversae naturae, sic adeo sibi invicem opposita, quasi vero institutio postumi, instituendi aut exheredandi, ne rumpat, alioquin rupturi per favorem ipsius legitimum, ulla ratione referri possit ad eiusdem favorem.

Tempus enim, spectandum in favore postumi (conspicuo in successione legitima, illi data vel contra testamentum, quod iure factum non deprehenditur) idem est cum eo, quod respicitur in heredibus legitimis: adeoque in postumo rupturo bina tempora spectantur, mortis ac nativitatis; ut illo sit conceptus ac Suus heres futurus cui servari possit ac debeat hereditas, quam natus vere sibi adquirat.

quoniam ratio utrimque diversa

Haec tempora autem ob aliam rationem hic, ob aliam ibi spectantur, ut adeo pessime misceantur. Hic enim quaeritur, de iis, qui tempore mortis Sui heredes vel sint, vel, si statim edantur, futuri sint: ut sciatur; utrum ob respectum eorum habitum, vel minus, valere possit testamentum necne? et absurdum foret, quaerere: num capaces sint hereditatis, quos Leges ipsae heredes esse voluerint? Ibi autem quaeritur de iis, cum quibus sit testamenti factio, ut valide possint institui, relata hac re ad scientiam testantis, adeoque ad tempus testamenti.

Nam per Prudentes ante Gallum invaluit, ut tempus mortis spectare liceret:

Atque ad hoc rigorem Iuris antiqui redigi debere, praeter rei naturam hoc certo potest esse argumento: quod, facta demum per Prudentes ante Gallum postumi Sui (ac proprie talis ex definitione *l.* 3. §. 1. *D. de Iniusto*) instituendi facultate, invaluit, ut testanti mortis suae tempus spectare liceret, ac eum instituere, qui tum conceptus, si statim nasceretur, Suus sibi heres futurus esset. Unde licitum potuit esse Gallo, inducere modum instituendi postumi alieni seu mixti tamquam Sui, inspecto casu Suitatis futuro ac institutione collata in tempus mortis, quo nepos nasciturus heres Suus testatori futurus esset.

hinc Gallus institutionem postumi contulit in tempus mortis

Huic autem rigori Iuris sic penitus adhaerebant ICti post Gallum, ut non auderent (nec enim hos casus ignorasse existimandi sunt) illius formulam in caeteris casibus, quo Suus heres post mortem nasciturus esset, inducere; teste Scaevola §. 5. h. l. docente, per sententiam L. V. ad quam hi §. 5. casus non pertinerent, factum demum esse, ut admitti, hoc est, ut utiliter institui possent tales postumi, utque institutis non permitteretur rumpere. Leve hoc erat; variante scilicet duntaxat casu, quo filius post testamentum exiret potestate, quique, quod ad ius Suitatis nepotibus adquirendum et successionem legitimam, momentum non facit, cum sufficiat, vacuum esse locum primum in familia, quem subintrare nepotes possint: neque tamen ICti utilem nepotum in his casibus institutionem ausi sunt inducere.

Eiusdem constantiae fere scrupulosae testimonium habet §. 6. h. l. qua tantum abest, ut Scaevola ICtos antiquiores vituperet, quare hic non induxerint utilem institutionem, ut potius de hac specie dubitabundus haereat ipse, et tandem propter L. V. auctoritatem utilem huius postumi institutionem admittat.

ita tamen, ut filius morte recederet ex potestate

Consequitur hinc: *ICtos ante Gallum*, cum permitterent postumi institutionem, non solum tempus mortis spectasse, sed *hoc etiam voluisse; ut filius post testamentum ex potestate morte recederet.* Alias enim temeritatis ac oscitantiae accusari posset Gallus, quod formulam suam in eum tantum casum conceperit, quo filius in potestate moreretur post testamentum. Quod verissimum esse intelligitur ex §. 12. h. l. ubi Scaevola verba L. V. *si quis ex suis heredibus esse desierit*: (quovis modo, non morte tantum) ad omnes casus extendi debere docet, quos in Galli formula dixerat esse supplendos, (subaudi) propter haec ipsa Legis verba generalia. Hi casus autem incipiunt §. 5. qua primum utilis postumi institutionis ratio petitur ex L. V. ut adeo ex Iure antiquo solo nulli casus processisse videantur praeter eos, qui §. 2. 3. et 4. h. l. enumerantur.

Ergo constat: *Ius Civile antiquum stricte servasse tempus mortis et testatoris et filii.* Ut autem testator spectaret tempus nativitatis ante mortem, hoc est, ut conservet institutionem postumi in tempus, quo suus heres, se vivo, nasceretur, id ne nunc quidem licitum esse, nec per Prudentes permitti potuit; quoniam, cum non deesset omnino aliter testandi opportunitas, deficiebat necessitas summa ac extrema, propter quam permittere potuissent hanc institutionem sine metu evertendi ius receptum: sed ad hoc inducendum necessaria fuit L. V. auctoritas. qua lata, interprete Scaevola h. l. §. 12. certi demum Iuris esse coepit, ut non solum a testantibus, sed etiam ab ICtis, testamentorum interpretibus, spectari posset tempus nativitatis ante mortem. Quae quidem licentia non ex verbis, sed ex mente Legis descendit, quam secuti esse intelliguntur Prudentes interpretando summa constantia; ut adeo, si quid inde non videretur sic consequi, ut per Legem liceret, recedere dubitarent a Iuris rigore: uti videre est §. 15. h. l. cuius postumus nullo Iure institui potuisse dicitur, quem tandem Iulianus ex mente utriusque capitis Legis communi recte institui posse intellexit, nerumperet.

Lata demum L. V. licuit spectare tempus nativitatis

Hinc autem quam maxime venit notandum: *huius rigoris eum vim esse ac eum effectum, ut* postumi, quos *per Ius receptum* non liceret instiutere, rumperent testamenta, tamquam praeteriti, licet essent instituti; ut adeo inutilis seu non permissa Iure

Hinc postumi, quos instituere non permissum, rumpebant, licet instituti.

institutio eorum esset pro praeteritione testamentum vitiante: quoniam inutile censeri debebat, utile certe non poterat esse, quod non esset permissum; ut adeo opus esset, postumos, permissa eorum institutione, ipso Iure prohiberi rumpere: ut adeo testamentum iure factum quod valere possit, ex *l. 4. D. qui test. fac. p.* hactenus sit tale, quo instituti sint postumi, instituti non vetiti, sed permissi.

quod probatur 1) Galli formula

Cui rei argumento est 1) hoc: quod Gallus, qui ignorare non posset, testamenta per postumos nepotes, vivo testatore nascituros non minus rumpi, quam per eos, qui post mortem eius ederentur, formulam tamen suam his solis adcommodaverit. id quod propterea fecisse putandus est, quod, cum Ius facere non posset, haec eadem cautio in illis non procederet, ut sic instituti non rumperent. Non autem procedebat illa, quia talis institutio non permissa; quam non permissam fuisse probat Lex Vellea, hanc ipsam ob causam necessaria et permittendo tales institutiones prospiciens testamentis in hoc rumpendi periculo; praesertim cum utrique Legis capiti eadem sit mens idemque consilium, ut rumpere vetentur postumi, nominatim instituti. ad quod ipsum necessarium fuit permitti, quod antea Iuris non esset, ut recte instituti possent vivo parente nascituri, nec rumperent.

Veram autem esse hanc c. 1. L. V. interpretationem, nudis verbis comprobat Ulpianus *l. 3. §. 1. D. de Iniusto: qui post testamentum*, inquiens, *in vita nascuntur, ita demum per L. V.* rumpere prohibentur, *si sint nominatim exheredati.*

2) toto textu nostro

Deinde 2) hoc idem probatur ex eo, quod toto nostro Scaevolae textu agitur de postumis, qui, *ne rumperent*, vel ex Iure antiquo, vel ex L. V. possent

instituti, et sic instituti rumpere prohiberentur. Hoc enim consilio Scaevola interpretatur formulam Galli, ut, enumeratis ex ordine casibus, quibus vel per se vel ex sententia L. V. Ius antiquum aptari posset, monstrataque ratione, quae Ius antiquum hac in caussa ac novum intercederet, doceat, quomodo in singulis casibus institutio postumorum utiliter procedat, *ut non rumpant.*

Sic igitur casus §. 5. h. l. admittendos esse existimat ex sententia L. V. in eo consistente, ut rumpere vetentur postumi nominatim instituti. Sic §. 6. dubitabundus de valida huius postumi institutione confugit tandem, ob favorem testamentorum (ad hunc enim referri debent verba *utilitatis* h. §. et *utiliter* §. 15. monstrantia benignam Prudentum interpretationem ex mente Legum, ut licita adeoque utilis esset institutio ad impediendum postumum, quo minus rumperet), *ad L. V. quae multos rumpendi casus abstulisset*, ut ex hac Lege interpretatio admittatur in casu ad L. V. non pertinente. Idem quaerit § 7. h. l. *utrum hic postumus vel ex Iure antiquo vel ex L. V. institutus* non possit rumpere?

Ex eadem porro ratione §. 8. dubitatur, an pronepos, certissime ruptur-rus, potuerit ex formula Galli instituti sc. utiliter, ne rumperet, quod pater ipsius seu nepos non institutus esset *recte:* hoc est, non sic, ut non rumperet, licet institutus. Proponitur autem nepos a) institutus in casum mortis et b) natus vivo adhuc parente; quo casu, sit licet institutus, non minus rumpit, ac si fuisset praeteritus, quia in testamentis sec. l. 10. D. h. t. (quae res ex eodem Iuris rigore originem habet, ut alio tempore et suo loco docebitur) casus Iuris novi trahitur ad casum Iuris antiqui, non autem vicissim hic ad illum. Gravis erat haec dubitatio (concepta ex persona pronepotis testamentum impugnaturi et) gravior caeteris

omnibus vel propterea, quod haec species ultimo loco refertur inter eas, quae a Scaevola ex mente L. V. in formula Galli supplentur. Et quamvis nepos simul proponatur mortuus *) ante patrem et avum; ut adeo purgato sic vitio quod nepote in casum omissum nato enatum esset, testamentum, Praetoris saltem beneficio ad exemplum l. 12. et 17. D. de Iniusto, convalescere videatur: tamen in hac specie (qua ex Iure Civili, ad quod omnes hi casus pertinent, quaeritur de pronepote rupturo, ni utiliter institutus doceatur) exulat, ut statim dicetur, Praetoris auxilium, contra iura sanguinis nec validum, nec unquam concessum: ut adeo ratio, per quam h. §. institutio pronepotis procedere dicitur: *quod post mortem nascatur, et suus heres nascatur:* cum valeat ad rumpendum, ex Iure antiquo non sufficeret, nisi accederet L. V. auctoritas. quae sola effecit, ut in quaestionibus testamentariis de postumis rupturis solum tempus nativitatis spectaretur, ut nunc illa ratio demum valeat ad vetandum postumum pronepotem, ne rumpat.

Idem denique videre est §. 15. h. l. *ubi postumus h. §. nullo Iure utiliter institui potuisse, sed Iulianus* dicitur *in hoc etiam casu legem induxisse*, ne rumpantur testamenta, *commixtis quasi duobus Legis capitibus*: hoc est, communicata dispositione c. poster. qua rumpere vetantur postumi in testamento nominati, finem quippe Velleio spectatum exprimente cum cap. priore, ut hoc etiam institutos vetare intelligeretur, ne rumperent, adeoque interpretatione ex eo sumta, quod utrique capiti commune esset.

Ex his omnibus autem manifeste constat: antiquo Iure postumum, nisi certo Iure permissa esset ipsius institutio, bona patris sibi, rupto testamento, vindicasse, neglecta ipsius institutione; ac in hoc ipso necessariam fuisse et Prudentum ante Gallum et Velleii provisionem. ex quibus veritas huius dicti consequitur

Unde simul adparet ratio, quare Prudentes dictum Iuris rigorem tanta religione ac constantia observaverint. Praeter eum enim, qui post mortem parentis nasciturus esset, caeteros postumos ut instituere liceret, permittere non noluisse existimandi sunt, ob nimiam quandam, qua non liberi fuere, anxietatem et scrupulositatem, sed non potuisse: quia necessaria fuit Lex Vellea, quae caeteris rumpendi casibus prospiceret. in quo ipso consistit dicti rigoris ratio

Haec autem ratio, ex qua robur suum acceperit necesse est rigor Iuris iste, quaerenda, imo vero tota consistere putanda est in iuribus postumorum legitimis, rationem publicam habentibus, quod publice interesset, conservari familias et bona familiae ad consanguineos ac prae caeteris ad posteros devolvi. Haec enim iura, data licet libera patribus legandi potestate, non potuerunt liberis recte adimi, et ademta videri, nisi testamento iure facto; quod iure factum non poterat censeri, nisi certo Iure permissa esset institutio heredis scripti. Nec obstare poterat, quod ipse postumus heres esset institutus: quoniam, liberis lege agentibus in hereditatem, non potest non successio legitima pinguior esse testamentaria: et quoniam quaeritur; an, valido testamento, quaerenda in iuribus liberorum

*) Legendum enim h. §. (quod suo loco satis probatum dabimus) secundum Codicum optimorum fidem: isque mortuo patre (h. e. nepote) DEINDE avo (h. e. filio) nascatur: neglecta h. l. Librorum Florentinorum auctoritate, quorum quippe lectio: isque VIVO patre DEINDE avo; sensu caret, ut iisdem propter praeoccupatam de istorum Librorum dignitate opinionem h. §. adhaerere velle fere stultum esse videatur.

ſtare debeant liberi parentis voluntate?

quibus non licet detrahere, teſtamento non recte facto.

Ex his igitur liberorum iuribus legitimis exſiſtunt rationes dubitandi, an valeat teſtamentum, hoc eſt, an factum videatur ſecundum, Iuris regulas, quarum primaria cernitur in hoc ipſo rigore, cauſſa ad iudicem vel ad Centumviros delata; apud quos cauſſa patris non poteſt vincere, niſi vel iure factum adpareat teſtamentum, vel *ſec. l.* 10. *D. de inoff. teſt.* pars ſaltem iudicantium (dimidia) pro teſtamento pronunciaverit. id quod in tali quaeſtione de poſtumo licite inſtituto nec unquam quidem accidere potuit ante L. V: ut adeo incertâ poſtumi cuiusdam inſtitutione, an licita eſſet necne, ſemper potior eſſe debuerit cauſſa rumpentis; quoniam, ut iure teſtaretur, certus eſſe deberet teſtator de permiſſa ſibi heredis ſcribendi inſtitutione. Suſpicatus eſt hoc *Boetius Epo ad h. l. p.* 31, ſed ſuſpicatus tantum, cum de ſolis nepotibus loquatur, nec rationem rei adferat, nec probet, quod adfert.

Cum autem ſic ſibi invicem oppoſita intelligantur ius patris teſtatoris atque ius liberorum, ut uno ex iudicantium ſententia praevalente alterum vim amitteret: temerario ſane conſilio circa hoc totum argumentum verſari apparet eos, qui miſcent varies, imo contrarias de favore teſtamentorum et de iuribus liberorum quaeſtiones, nec ullo modo poſſunt evadere his Iuris anguſtiis. quod iis etiam accidere debet, qui Suorum heredum praeteritionem antiquitus licitam fuiſſe ſomniantur: ut adeo, hoc conceſſo, plane ignoretur, unde ſit Suos heredes exheredandi neceſſitas, ac ſilentio in teſtamentis effectus tribuatur, quem ne per rei quidem naturam habere poſſit, ſublatis liberorum iuribus legitimis, ſi, quod volunt, ea prorſus negligere patri permiſſum fuerit.

Ex dictis autem hoc certiſſime adparere puto, patrem teſtaturum, ut valeret ipſius voluntas, non ſolum certo ſcire debuiſſe, quid ſibi liceret, quidve obſervandum eſſet, ſed etiam certo conſilio ac iudicio uti debuiſſe expreſſe ſingulis partibus facultatis ipſi conceſſae, habita Suorum heredum ratione ac mentione.

Cum porro rigor Iuris antiqui robur ſuum habeat ex iuribus liberorum ac poſtumorum; ut nunc certiſſimum videri debeat, nullum inſtitui potuiſſe poſtumum ſalvo teſtamento, ut ſc. poſtumus, quoniam inſtitutus, prohiberetur rumpere: videndum iam nunc eſt, quod ſupra p. 108. indigitavi, ut in hac quaeſtione nihil dubitationis reliquum ſit, de Iure Praetorio, quo §. 1. *l. de bon. poſſ.* et *l.* 3. *D. de b. p. ſ. t.* bonorum poſſeſſio dari dicitur poſtumo alieno, heredi inſtituto: quidnam in cauſſa praeſenti licuerit Praetori, quidve ſibi permiſerit? Quae quaeſtio ſic impedita et difficilis eſt, ut Interpretes qui eam tetigerunt, neſciant, quo ſe vertant. Quodſi enim Praetoris beneficium unice aut primario ſpectat ad teſtamenti conſervationem; concedendum ſane eſt ſententiae Bartoli, quam praeter Alciatum ad §. 15. h. l. n. 22. Connanum in Comment. I. C. lib. 10. c. 3. n. 8. Fortunius etiam Garcias ad h. l. pr. n. 5. amplectitur: poſt Velleium nempe et Iulianum enatum demum fuiſſe hoc Ius Praetorium: quoniam, ſi hoc Iure iam antea conſtitiſſet poſtumi inſtitutio, ſalvo teſtamento, vanae fuerint neceſſe eſt et Galli cautio et Velleii proviſio. Sed haec opinio omni prorſus probabilitate deſtituitur, cum non ſolum Salvii Iuliani aetate Praetores nova Edicta proponere deſierint, ſed etiam Galli ac Ciceronis tempore Edictis fere tralatitiis uterentur. Difficultas autem omnis non eſt ex Iuris incertitudine, ſed ex eo, quod quaeſtio male concipitur; et quaeritur male propter Iuris in hac re certi ignorantiam.

Occurritur obiectioni ex §. 1. l. de bon. poſſ.

Ut autem haec res argumento nostro conveniat, quaerendum est de postumo, alieno quidem testamenti, mortis tempore autem Suo: adeoque rupturo, rumpere tamen prohibito per Praetorem propterea, quod institutus sit: adeoque de Praetore testamentum sustinente contra postumum, qui, quoniam sit institutus, vetetur rumpere? Quaestio enim aliter concepta de postumo post mortem testatoris etiam alieno et prorsus extraneo, ad bonorum possessionem sec. tabulas admisso, nemine sc. eum prohibente, impetrata contra tabulas bon. possessione, quemadmodum omnino debet concipi, rem meam non tangit.

Praetor enim nec vult nec potest tueri testamentum contra postumum illicite institutum:

His monitis ad priorem quaestionem respondeo; Praetorem nec potuisse, nec voluisse unquam sustinere tale testamentum, data vel potius obtrusa postumo rupturo bonorum possessione sec. tabulas: adeoque d. §. 1. non priori, sed posteriori sensu accipi debere, ita, ut ad rem praesentem plane non pertineat. Mitto enim, quod hoc non quaeri possit de primis post XII. Tabb. temporibus, Praetore quippe nondum exsistente, quodque admodum probabile videatur, Praetores sero demum hoc sibi sumsisse, ut Ius Civile corrigerent ac mutarent: quamvis facile concedam Eponi, Galli iam et Ciceronis tempore cum Edictis tralatitiis bonorum etiam possessiones in usu fuisse.

His in praesenti missis dico Praetorem id non potuisse: a) quoniam *l. 8. D. de R. I.* iura sanguinis nullo Iure dirimi possunt; b) quoniam iis temporibus, quibus iamiam Edicta tralatitia usitarentur, necessaria fuit L. V. ad id, ut institui possent postumi et instituti non rumperent; c) quoniam tam ante quam post L. V. studiose quaesitum est de Iure Civili, quomodo in singulis casibus institui possent, ne rumperent. Nec, si potuisset, voluit: quoniam

quoniam

promissa bonorum possessio benevolentiae est, quae nemini obtruditur, sed petentibus tantum indulgetur eamque agnoscentibus; et quoniam, cum Praetor aequitatem sequatur ac naturalem rationem, qua *primo loco* liberis deferuntur bona parentum, non potuit non tueri naturalia liberorum iura prae caeteris omnibus, adeoque primo loco his pollicieri bonorum possessionem.

bon. poss. benevolentiae est; et Praetor, aequitatis arbiter,

plus favet liberis quam testamentis,

Hinc tantum abest, ut Praetor iuribus liberorum aliquid detractum voluerit, ut potius maior esset apud ipsum favor liberorum, quam patris et testamenti. Hactenus enim rigorem Iuris antiqui sic emendavit, ut, intacta ac imminuta relinquens iura Suorum heredum in potestate, liberos emancipatos, Iure Civili hactenus neglectos, ut impune praeteriri possent (prohibitos enim institui non potuisset admittere *l. 12. D. de bon. poss.*), admitteret, si essent praeteriti *l. 8. pr. D. de b. p. c. t.* eosque hac ratione cum caeteris exaequaret §. 3. *I. de exh. lib.* servata in hoc Iuris Civilis solemnitate ac modo recepto circa exheredationem liberorum, cum discrimine exheredationis nominatim aut inter caeteros faciendae. Deinde, servans ordinem Iuris Civilis *l. 1. §. 1. I. D. de b. p. c. t.* his liberis praeteritis primo loco pollicetur bonorum possessionem contra tabulas recte factas *l. 3. D. si tab. test. nullae*; convenientem adeo illam cum successione civili ex lege, testamento per liberos infirmato: eamque sic promittit, ut, quamdiu haec peti possit, §. 4. *in f. I. de bon. poss.* non admittantur heredes scripti, *Ulp. XXVIII. §. 5. l. 2. pr. D. de b. p. f. t.* *Eandem* rationem ad exemplum Iuris Civilis habet postumorum, qui in liberorum numero futuri sunt, *l. 1. §. 2, 5. de b. p. c. t. l. 1. §. 2, 5, 7, 8, 9, et 11. de ventre in poss. mitt.* ita ut ventri magis adeo favere videatur, quam Ius Civile.

Ex his omnibus autem cum manifestum sit, Praetorem in favorem libe-

propter liberorum favorem religio-

a servans rigorem Iuris.

rorum magis adeo servasse rigorem Civilis circa institutionum licentiam: sane non credibile est, eum postumo alieno testamenti, mortis tempore autem Suo, quem instituere per Ius receptum forte non liceret, denegata contra tabulas, obtrusisse bonorum possessionem secundum tabulas, coacto sic testamentum agnoscere iure non factum. Accedit, quod Praetor intacta reliquerit iura liberorum in potestate, ita, ut omittere tantum volentibus auxilium Iuris Civilis daret contra tabulas possessionem, quam *l. 2. C. de b. p. c. t.* agnoscere potest postumus praeteritus sic, ut ea impetrata hoc tantum agere videatur, ut l. 7. D. h. t. testamentum declaretur nullum; nolentibus autem ne hanc quidem agnoscere cogeret, multo minus ergo secundum tabulas.

Igitur §. 1. I. b. p. sec. tabdatur postumo nunquam suo futuro, nemine c. t. petente

Itaque postumus alienus §. 1. *I. de b. p.* cui secundum tabulas pessessio datur, *l. 3. D. de b. p. s. t.* nunquam suus futurus intelligi debet. de quo, cum possessio s. t. non daretur, nisi nemine contra tabulas eam petente, non quaeri potest (quae tamen quaestio sic concepta huic argumento propria est ac sola convenit): an potuerit institui recte in casum rumpendi, ut, institutus, non rumperet. Hoc enim si accideret, ut nemo contra tabulas peteret, beneficium Praetoris *secundo loco* pertinet

quo casu tantum Praetor tuetur testamentum

ad testamentum, quod contra rigorem Iuris quem forte nulla ratione legitima aut utilitate muniri intelligeret, sic tuetur, ut scriptum heredem, postumum etiam, admittat, excluso herede legitimo, suadente sic aequitate naturali.

exemplo l. 17. de Iniusto

Insignia huius rei exempla sunt in *l. 12.* et *l. 17. de Iniusto.* quarum haec, quae multos male habuit, non minus ac illa ad Ius Praetorium referri debet: non tam propter verbum, quod est in textu, *tuebitur*, Praetori quodammodo proprium *l. 11. §. 2 D. de pign. et hyp. l. 1. pr. quibus modis usufr. amitt. l. 1.*

pr. si quis omissa c. test. l. 1. §. ult. si tab. test. null. quam potius propterea, quod Papinianus *Libro V. Responf.* unde est d. l. 17. partim agit de rebus decretum Praetoris desiderantibus, partim vero de bonorum possessionibus.

Igitur h. l. 17. filio quidem praeterito se abstinente Praetor testatoris voluntatem tuetur, vel sic, ut scriptis heredibus det secundum tabulas possessionem, cum obligatione praestandi legata ac libertates datos, vel sic, ut fratres filii praeteriti, tamquam legitimos heredes, admissos, haec praestare iubeat. Nam in praesenti non opus est pugnare cum Ant. Fabro *Coni. lib. IX. c. 14.* posterius statuente. Non verum quidem est, quod ille vult: filium h. l. abstinere se a successione ab intestato ipsi delata, et ab intestato avocare fratribus portionem, quia sic abstinere dicitur, ut fratribus partem non avocet, non impugnato testamento (haec enim *partem avocare* et *abstinere* contra ponuntur). Nec satis probabile est, fratres filii praeteriti sed abstinentis, scriptos heredes, ab intestato accipere bonorum possessionem a Praetore: quoniam illi tantum ad legata praestanda obligati leguntur, quos contra tabulas admisit; sic autem non admittit liberos scriptos, nisi alius, hoc est filius vel postumus praeteritus Edictum committat *l. 3 §. 11. D. de b. p. c. t.* Adeoque frustra et temere provocat Faber ad titulum D. *si quis omissa caussa testamenti etc.* qui huic loco nulla ratione potest adcommodari, quoniam illa Edicti parte Praetor *l. 1. pr. h. t. occurrit calliditati eorum, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possident, ad hoc, ut circumveniant eos, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non etc.* eandemque h. l. spectare videtur aequitatis rationem in successione civili (de hac enim titulus ille intelligendus) qua motus legata praestari voluit ab admissis contra tabulas; praesertim cum hoc

(in qua male Faber

titulo de facti magis, quam de Iuris possessione agatur.

Magis ergo probabile videtur, ut h. l. fratres scripti accipiant secundum tabulas possessionem; ita tamen, ut, quoniam fratris abstinentis portio ad eos pervenerit, legata ac libertates datas praestent: ut adeo h. l. eadem obtinere videatur Iuris Praetorii dispositio, quae legitur *l.* 14. *D. de legatis praest.* non obstante utriusque loci diversitate, quod nempe l. 14. emancipatus, l. 17. autem filius in potestate dicatur, praeteritus, omittere hereditatem; quae, cum Praetor eadem aequitate omnes liberos amplectatur, nihil operatur, vel propterea, quod l. 17. fratres instituti non admitti possint ex Iure Civili. Hoc, inquam, magis probabile videtur, partim ob verba legis, *voluntas testatoris tuebitur*, partim propterea, quod, cum rigor Iuris Civilis, quo filio in potestate praeterito testamentum nullius momenti est, fundamentum habeat in iuribus filiorum legitimis, filio praeterito quidem, sed voluntatem parentis non impugnante, cesset ratio Iuris Civilis, et locum nunc inveniat aequitas Praetoria, cui regulam Catonianam in tali casu impedimento fuisse, nullo probari potest argumento; praesertim cum, ut, *l.* 12. §. 1. *D. de b. p. c. t.* constat, Iure Praetorio excipiatur casus, quo testamentum convalescat, scriptis scilicet iis, qui, remoto filio (et removetur h. l. abstinendo) hereditatem ab intestato habituri sunt. Iniquissimum enim foret, filiis institutis, quibus per accidens tantum, hoc est, fratre praeterito querente, hereditas ab intestato defertur, hoc etiam se abstinente dari querelam nullitatis aut bonorum possessionem contra tabulas, quam iis non dari testatur *l.* 3. §. 11. *D. de b. p. c. t.* Nec opus est dicere cum Viglio Zvichemo *ad pr. I. de exh. lib. b.* 5. non aliter h. l. sustineri posse testamentum, quam ut fratres instituti tantum consequantur, quantum, fratre concurrente, habituri fuissent ab intestato: quoniam ipsi ex proprio titulo non possunt nullum dicere testamentum apud Praetorem; et quoniam in specie h. l. conditio fratrum scriptorum, si fratre abstinente secundum tabulas vocentur, non intelligitur esse deterior, quam si, eodem concurrente, ab intestato habituri fuissent bona.

et Viglius Zvichemus)

Quodsi vero hoc iusto audacius dictum videatur; dicendum est: dari h. l. fratribus institutis ad exemplum d. l. 14. hereditatem contra tabulas, *iure* possessionis secundum tabulas: ut adeo hanc accipere videantur, quia heredes scripti sunt; illam vero, quia legata praestare obligantur: ut adeo magis secundum tabulas admitti videantur.

Quicquid sit, utcunque patet: negligere Praetorem rigorem Iuris, quoties eum, cessante eiusdem ratione, ad meram subtilitatem et scrupulositatem redire intellexerit. Quod magis adparet ex *l. 12. de Iniusto*: ubi proponitur postumus praeteritus, post testamentum natus, vivoque parente defunctus. Rigor Iuris hoc volebat: ut, quod semel esset vitiatum, non convalesceret; praesertim cum patri licuisset aliter testari aut testamentum post mortem postumi testando confirmare. Sed Praetor hunc rigorem negligit, qui vitio, quod testamento subortum, morte postumi velut purgato, et cessante sic rigoris illius ratione, testamentum tuetur: quoniam viventis testamentum ne satis recte quidem dici possit ruptum per postumum, natum quidem, sed prius testatore defunctum; quippe quod per eundem, si vivo parente nascatur, adducitur tantum in periculum rumpendi, vere autem post mortem demum testatoris rumpitur: ut, quod ab initio valuit, convalescere possit, vitio purgato, beneficio saltem Praetoris, vanas Iuris subtilitates non curantis, sed eas aequitati posthabentis.

et l. 12. eod.

Hinc notatur Boëtius Epo circa hanc quaestionem

Conturbat tamen haec a me detecta, Iure licet certo certa iustisque rationibus subnixa, Boëtius Epo. ad pr. h. l. n. 14 sqq. caecus caecum ducens, ipse sibi contrarius, temere negans hanc rationem, ne intellecta quidem relatione qua Ius Praetorium se habeat ad Ius Civile, ac pro ratione rei meras nugas proferens. Cum caeteris enim, quos partim merito reprehendit, male quaerit de postumo ad institutionem admisso per Ius Praetorium, nec addito quidem hoc, quod essentiam rei conficit, ut rumpere prohiberetur institutus, nec attento eo, quod, cum Praetor heredem facere non posset, quaeri oporteret de Praetore testamentum sustinente contra postumum institutum. Deinde, ad rem facere negat (quod tamen Iure certo dicitur): bonorum possessionem non dari invito: quoniam Praetor, qui ultimas quoque voluntates tueatur, non patiatur postumos institutos frui successione legitima, quamdiu (id quod Iuri certissimo contrarium) possessionem secundum tabulas accipere possint, male excitato in hanc rem titulo Digestorum: *si quis omissa caussa testamenti etc.*

Cum autem in Iure nostro certissime constet, apud Praetorem primam esse caussam liberorum a parentibus neglectorum; hinc statim consequitur, liberis duntaxat heredibus scriptis denegari contra tabulas successionem *l.* 3. §. 11. *de b. p. c. t.* quoniam, cum eam secundum tabulas habeant, non bonum sit, dari possessionem contra tabulas, et quoniam sic emancipatis etiam satisfactum a parentibus. Hoc tamen de iis duntaxat potest intelligi, quos instituere licuerit, contra quos favor testamenti excellat, adeoque de testamentis hactenus etiam recte factis, Iure saltem Praetorio; non autem de postumis nullo Iure institui permissis, quibus adeo, utut scriptis heredibus, nihilominus liceret rumpere testamentum: ita ut contra eos tantum, qui recte scripti sint heredes, Praetor tueatur ultimas parentum voluntates. Titulus autem: *si quis omissa etc.* nec ad successiones Praetorias pertinet, neque de bonorum possessione agit, nec hunc finem habet, ut sustineatur testamentum contra petentes bonorum possessionem ex caussa sanguinis; quippe qui, cum petant apud Praetorem, calliditatis cui hac Edicti parte occurritur, non possunt accusari: praesertim cum admissi contra tabulas iubeantur a Praetore legata praestare, *lex* etiam 2. C. *si omissa sit caussa testamenti*: ad eos pertineat, qui, scripti heredes, rem ab intestato auferre malint eo consilio, ut legata et libertates datas non praestent.

Si vero, quod recte statuere videtur ipse Boëtius, bonorum possessiones Edictis promissae iam Galli tempore usu venerunt; nullo sane modo utile potuit esse Praetoris auxilium testatori adversus eos postumos, quos ut instituere liceret, Gallus et Velleius induxerunt, ne, instituti, rumperent: quoniam non possumus non existimare, necessariam fuisse eo tempore, quo lata est, Legem Velleam, cui, sicut Gallo, hoc propositum fuisse confitetur ipse Boëtius, ne testamenta rumperentur per eos, quos heredes scribere non liceret, facta in hunc finem instituendi eosdem facultate.

Iam vero ab hoc momento, in quo totius rei cardo versatur, non recedendum est, si quis nostrae quaestioni satisfacere tentet. Pessime vero hinc recedit bonus Boëtius, ut ad meras nugas redeat, quicquid ad pr. h. l. n. 18. pro ratione rei adfert. Quomodo enim interesse possit testatoris, voluntatem ipsius servari Iure Civili magis, quam Praetorio? hoc unice illius interest, ne infirmetur. Hinc absonum dicere: testatorem forte *heredem* sibi maluisse, quam *bonorum possessorem*: quoniam ipsius etiam utilitas et honor verti videretur in eo, ne sit sine successore civili defunctus. Unice enim et maxime ipsius interest, ratum fore, quod voluerit:

nunc vero non quaeritur, quid maluerit, sed quid facere necesse habuerit, ne rumperetur ipsius testamentum. Quid vero sibi velit dictum ab Epone p. 44: Iure Civili testamentum semper dici ruptum, licet Iure Praetorio non rumperetur: id equidem non percipio. Nec enim inane est nomen rupti testamenti, nec ruptum duntaxat, sed vere rumpi dicitur per postumum, nec unquam memini me legere, testamentum, quod, postumo lege agente in hereditatem, vere rumpitur, servatum fuisse per Praetorem.

Deinde, nisi ratio a me dicta sufficiat, neutiquam adparet, quare quibusve modis ante Galli et Velleii tempora rumpi potuissent testamenta per postumos, quantumlibet institutos, Iure Praetorio (de hoc enim quaeritur), et quamnam utilitatem attulerit Galli cautio aut Velleii provisio, si hoc Iure contra Ius Civile rumperentur. Porro ridiculum est, quod deinceps dicitur: testamentum septem praecise sigilla annulis impressa, Iure Praetorio necessaria, forte non habuisse. Nam cum Praetor, si septem testium signa adpareant, ex mera benevolentia sustineret testamentum, in quo faciendo vel non observata fuisset solemnitas quaedam externa §. 2. I. de test. ord. vel cui facto, veluti capitis deminutione, vitium aliquod accessisset, mox purgatum l. 7. de b. p. s. t. l. 12. D. de Iniusto. data bonorum possessione secundum tabulas ibi, ubi hereditatis petitio non procederet: ab omni prorsus probabilitate alienum est; Praetorem testamentum secundum Iuris Civilis solemnia rite factum tueri noluisse, propter defectum septem sigillorum, Iure Civili non necessariorum. At vero ad hoc L. V. non fuit necessaria, et quaeritur de testamento Iure Civili rite facto, per postumum vero non recte scriptum rumpendo. Non magis probabile est, tanto arbitrio tantaque audacia versatos fuisse Praetores in iure dicundo, ut testamentum

rite factum sustinere modo vellent, modo nollent, vel propitii essent postumis recte institutis, sed ab intestato succedere volentibus contra testamentum; huius enim inconstantiae nullum deprehendere licet vestigium. Eundem in modum frustra dicitur et plane fingitur ab Epone contra Raphaëlem Cumanum ad h. l. §. 15. n. 3: Praetorem praeter legatarios tueri quoque coheredes datos postumo rupturo. quod ne verum quidem est de data, contra tabulas bonorum possessione, tantum abest, ut verum sit de successione legitima, testamento infirmato; ut adeo male huc trahatur titulus de bon. poss. s. tabulas, quasi haec obtrudatur liberis, scriptis quidem heredibus, sed non recte.

Ex dictis adparere credo, haec viri commenta parum tenere et ad nihilum redigi. Profligata autem hac opinione, cui propter viri alias acutissimi auctoritatem pluribus inhaerere debui, maneat necesse est salva, quam ipsemet attuli, rei ratio, satis vindicata et testimoniis satis idoneis munita.

Itaque Praetor testamentum, vel postumo prorsus alieno *) herede instituto, tum demum sustinet, neglecto Iuris rigore, si cesset huius rigoris ratio, hoc est, si non obstent iura liberorum, apud ipsum potiora iure testamenti: non tuetur, si haec obstent. Et obstant, sive non recte ademta fuerint, sive liberi aut postumi non recte sint instituti; qui recte non potuerunt institui, nisi permissa Iure Civili eorum institutione. Ergo postumum tempore testamenti alienum, tempore mortis suum futurum, nisi Iure Civili permissa esset eiusdem institutio, non sic instituere licuit (de quo in praesenti unice quaeritur) Iure Praetorio, ut, quoniam institutus, per Praetorem prohiberetur rumpere. Certum ergo: nec alienum, nec suum postumum antiquo XII. Tabb. Iure recte institui potuisse.

Ergo Praetor negligit rigorem iuris, si cessat ratio eiusdem, et salvis liberorum iuribus.

Quod cum ita sit: per Prudentes ante Gallum, quae verior est plurimorum ac optimorum Interpretum sententia, inductum, ut — sed parcendum est paginae, et in hoc subsistendum. Pertractatis autem difficilioribus huius argumenti quaestionibus, una saltem reliqua de intellectu *l. 37. D. de hered. inst.* quae dictu necessaria restant, ea suo ordine subsequentur, oblata quam primum scribendi occasione.

*) Nolim tamen d. §. 1. de bon. poss. intelligere sec. l. 16. de her. inst. de eo, qui sit testatori tantum postumus, non autem patri suo, qui datam adeo ipsi hereditatem non sibi, sed patri adquirat; quoniam, uti docui, hunc postumum, licet alienum, Ius Civile agnoscit, ut, hoc Iure admissus, non opus habeat beneficio Praetoris.

Leipzig, Diss., 1794

f

sb.

VD 18

COMMENTATIO
DE
POSTVMIS HEREDIBVS
INSTITVENDIS VEL EXHEREDANDIS
AD LL. XXVIII. §. I. ET XXIX. D.
DE LIBERIS ET POSTVMIS ETC.
ADIECTIS TABULIS

PARS SECVNDA

SCRIPSIT ET
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO LICENTIA
DOCTORATVM IVRIS
RITE CAPESSENDI
A. D. IX. OCTOBR. MDCCXCIV.
H. L. Q. C.
AD DISPVTANDVM PROPOSVIT

M. CHRISTIANVS GODOFREDVS TILLING
ANNAEMONTANVS

LIPSIAE,
EX OFFICINA SOMMERIA.