DE POSTVMIS HEREDIBVS INSTITVENDIS VEL EXHEREDANDIS

AD LL. XXVIII. §. I. ET XXIX. D.

DE LIBERIS ET POSTVMIS ETC.

SPECIMEN PRIMVM

QVOD

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

PRAESIDE

D. CHRISTIANO RAV

SVPREMAE CVRIAE PROVINCIALIS ET FACVLTATIS IVRIDICAE ASSESSORE INSTITVTIONVM PROFESSORE PVBLICO ORDINARIO

A. D. XXIII. DECEMB. MDCCXC

H. L. Q. C.

AD DISPVTANDVM PROPOSVIT

AVCTOR

M. CHRISTIANVS GODOFREDVS TILLING

ANNAEMONTANVS

LIPSIAE,

EX OFFICINA SOMMERIA.

VIRIS

EXCELLENTISSIMIS AMPLISSIMIS

GRAVISSIMIS

SENATVS ANNAEMONTANI

CONSVLIBVS SYNDICO

PRAETORIBVS CAETERISQVE

ASSESSORIBVS

PATRONIS SVMMA PIETATE COLENDIS.

VIRI
EXCELLENTISSIMI AMPLISSIMI GRAVISSIMI

Quod diu exoptaveram, ut, quantum Vobis, Viri Gravissimi, deberem, publice profiteri liceret, id mihi tandem contigit. Tot enim ac tanta sunt beneficia, quibus meam egestatem sublevastis, iuvistis, ornastis, ut iucundissimo pietatis officio quo me Vobis devinctum teneri et sentio et gaudeo, nihil carius mihi, nihil

hil ſanctius eſſe debeat, utque fauoris et benevolentiae cuius tot in me extare documenta voluiſtis, memoria non poſſit non me ad virtutis ſtudium incitare et accendere. Quod enim omnem vitam literis conſecrare, quod ſtudio literarum ad hanc animi tranquillitatem pervenire mihi licuit, hoc Vobis, Viri Graviſſimi, huius meae conditionis auctoribus, debeo, meque debere laetor. Parentibus ſatis egenis natus, ferrea paupertate depreſſus, impeditus, retentus, me voti compotem olim fore ſaepe anxius dubitabam: Vos dubitantem confirmaſtis, anxii animum erexiſtis, rebus egeni anguſtis optime conſuluiſtis; ita ut per Veſtram liberalitatem non ſolum domi ſed et primo curriculi Academici tempore literarum ſtudio animo curis va-

cuo

euo et quieto incumbere possem. Quare divino Numini acceptum referre debeo, quod me Annabergae Vobis rem publicam sapienti consilio administrantibus nasci et educari voluerit: Vobis autem, Viri Gravissimi, pro hac Vestra adversus me liberalitate omni qua decet, pietate gratias ago habeoque, quas possum, maximas, optimas, atque peto a Vobis humanissimis precibus, ut hunc qualemcunque libellum, diligentiae specimen, quem Nominibus Vestris consecratum Vobis offero, tamquam animi gratissimi testimonium benevole suscipiatis. Mecum autem bene actum putabo si Vos hocce munusculum Vestra Dignitate non prorsus indignum iudicaveritis. Caeterum nihil magis opto, quam, ut divina Providentia,

dentia, Vos, Viri Gravissimi, per longissima vitae tempora faustos incolumes ac beatos tueri et conservari velit, utque Vestro favore et benevolentia non indignus reperiar ego

VESTRORVM NOMINVM
GRAVISSIMORVM

observantissimus cultor

M. Christianus Godofredus Tilling.

In tra-

In tractando argumento, quod disputationis publicae causa mihi sumsi, ita versari constitui, ut et specimen exhiberem hermenevticum ex Jure Civili, et materiam de postumis, ne testamentum rumpant, instituendis aut exherendandis, seriem L. GALLUS 29. D. *de liberis et postumis* secutus, *Systematico* ordine exponerem. Aliter enim neque rem ipsam satis declarari, neque verum sensum hujus legis inveniri posse video. Hanc vero viam ingresso omnia clara et perspicua fore mihi quidem persuadeo. Suscepi autem consilium ad h. l. scribendi, cum nuper inciderem in binas illas ejusdem L. §§phos intellectu difficiliores: *Forsitan addubitet quis* 8. et, *Ille casus in difficili* est 15. atque in harum sensum inquirerem: in quibus explicandis curam impendam paulo majorem comparatis Juris Civilis Interpretum, quorum libros consulendi mihi potestas erit, sententiis. Si quid vero in hac commentatiuncula minus recte scriptum aut omissum videbitur, id mihi in causa difficiliore versanti, monitisque virorum harum rerum peritissimorum obtemperaturo facile condonaturum esse benevolum lectorem spero et confido.

Ad l. 28. § 1. D. de Liberis et postumis etc.

TRYPHONINVS *lib. 20. disputationum* ita loquitur. *Filiusfamilias miles de castrensi peculio fecit testamentum, habens filium in ejusdem potestate: cum militare desisset, patre eodemque avo defuncto, quaesitum est, an rumpetur ejus testamentum. Non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate herede suo ulterior successit in proximum locum: sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat; simulque paterfamilias factus est, et filius sub ejus recidit potestate: rumpetur ergo testamentum. Sed, si heres sit institutus, vel exheredatus iste ejus filius, non rumpitur: quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem* Non esset sane, quod de h. l. verba facerem, postquam illi praeter CVIACIVM ad h. t. ALTESERRAM ad *Tryphon:* etc. IACOBVS VOORDA *Interpretat. I. R. lib. 1. c. 14.* et ILLVSTRIS PRAESES, diss. *de Claudio Tryphonino ICto* p. 20, 21. lucem affundere

Generalis de postumis rumpentibus regula.

dere allaborarunt. Quamvis autem actum agere non sit animus; movet tamen me *generalis*, quae h. l. inest, *regula de postumo testamentum rumpente:* qua ad l. 29. h. t. recte intelligendam, de qua proximis paginis agetur, via paratur, imo munitur: ita ut has binas leges non temere hoc quo nunc sunt, ordine scripsisse videatur IVSTINIANVS. Oblata vero occasione de verbis et intellectu h. l. quaedam monere lubet. Ac primo quidem, ut responsum ICti conveniat verbis propositis, in his supplendum: *filiumfamilias militem*, de cujus testamento, an rumpatur, nec ne, quaeritur, *testantem, se filium habere, sciisse:* quod requiritur et ob l. 9. C. *de testam. mil.* et propterea, quod alias, cum militis praeteritio sit pro exheredatione valida, *ead. lege et l. 10 eod.* eum voluisse, de quo constare debet, filium exheredem facere, non constaret. Amplius supplendum, *eundem praeteriisse*, quem se habere sciebat, *filium:* quod necessarium esse ex ipsis h. l. verbis: *sed si heres sit instituius aut exheredatus iste eius filius, non rumpitur:* colligi potest. Igitur, manente eadem facti specie, per argumentum ab opposito ductum, rumpitur testamentum, si idem eius filius fuerit praeteritus Quibus monitis, peculiarem h. l. inesse (non agnationis formam, ut alii volunt, sed) rumpendi modum minus notum iam olim vidit CVIACIVS ad h. t. licet VOORDA c. l. omnes hoc silentio praeteriisse innuere videatur. Utrum autem in hac specie testamentum rumperetur, dubitari poterat, quia inter usitatos et tum temporis notos rumpendi modos a Nostro h. l. enumeratos hic de quo nunc quaeritur, referri non posset. Nihilominus tamen rumpi testamentum pronunciat ICtus, binis utens decidendi rationibus; una, duo momenta habente, specialiore ac huic formae propria, ἀπὸ τοῦ κοινοῦ, seu ex ipsa facti propositi specie repetita; a) cum militare desisset, b) patre eodemque avo defuncto: altera, itidem duplici, generaliore, omnibus agnationis formis communi, ex Jure depromta; a) in potestate habere coepit, quem non habebat, b) simulque paterfamilias factus est: ita ut illa sit *in facto* posita, haec, *Juris.* Atque debebat sane ICtus, ut, quod vellet, efficeret, utramque conjungere, eodemque quo usus est, ordine scribere. Posterior enim ne locum quidem hic invenire potuisset, nisi, posita priore, eam huc pertinere, ostenderetur. Quemadmodum enim docentes a genere ad species descendere solent: sic contra judicantes, adeoque, cum judicis personam sustineant, de Jure Respondentes, quin et probantes, quorum simile est officium, a specie ad genus adscendere, h. e. a Facto ad Jus transire, cum in omni hujus generis quaestione illud speciem, hoc genus faciat et constituat, ac a) *secundum ea quae proponuntur*, b) *respondere, judicare* debent. Id quod et inde intelligitur, quod, cum ICti officium in eo versatur, ut *leges* recte intellectas ad *facta* recte adplicet, *Jus* non possit adplicari, nisi proposita fuerint *facta*, quibus adplicetur. Igitur ICti responsum, ut certum sit atque justum, duplici nitatur necesse est fundamento, seu binis decidendi rationibus, una ex facti natura, altera ex Jure, sumtis. Quibus quidem vel maxime opus est, quando id, de quo quaeritur, ad Jus Civile, quod proprie sic dicitur, pertinet. Nemo enim adquirere potest, nisi habeat et *Modum* et *Titulum* adquirendi. Jam vero MODVM esse quaestionem *facti*; TITVLVM, *Juris:* illum

dici

dici causam adquirendi proximam; hunc, remotam; notissimum est et tralatitium. Ergo vel hinc, rationum quibus ICti sententia firmetur, eum quem dixi, esse debere et numerum et ordinem, apparet. Quod et obtinere in omni quaestione testamentaria nemo non fatebitur, cum hic de adquirenda hereditate agatur. Quando enim, ut hoc potissimum utar exemplo, utrum postumus rumpat testamentum, nec ne, quaeritur, proprie, utrum, rupto testamento, in bona testantis succedat, nec ne, quaeri palam est. Ergo et hic eadem ratio, idem ordo, eadem necessitas. Dixi de his justo, ut fortasse videbitur, uberius, ut, cum communis fere omnium quorum fragmenta in Digestis leguntur, ICtorum sit consuetudo decidendi rationes ex re proposita repetendas omittendi in ipsis responsis, quippe jam in verbis legis propositas, quam late pateret illa ratio leges Digestorum ἀπὸ τοῦ κοινοῦ interpretandi, ac inprimis rationes decidendi ex verborum contextu eruendi, intelligeretur: quae mihi quidem, constituta lectione, prima verioris interpretationis lex esse videtur. Ut autem ad propositum revertar, in verbis h. l. *cum militare desisset:* decidendi rationem latere senserunt quidem CUIACIUS ad h. t. et CAIMUS *var. lucubrat. p. 135.*, sed verum eorum sensum non explanarunt. Fatendum quidem est, verbum *militare*, cum proprie significet, *militem esse*, atque hinc horum verborum sensus sit, *cum miles esse desisset*, cumque testamentum militiae conditum intra annum ab honesta vel causaria missione *ex l. 26. D. de testam. mil.* iure militari valere constet, ita ut illa verba sic intellecta parum idoneam, imo contrariam exprimant rationem, magis videri hoc verbum referendum esse ad *τὸ testamentum*: ut sensus enascatur vel hic, *cum testamentum militare* desisset, vel hic, *cum militare esse desisset*. Utramque rationem a nonnullis initam esse video. Sed neutra adridet. Nam quamvis utraque, quod debent, efficiant, mentem ICti adsequantur rationemque idoneam constituant: illud tamen durius dictum videtur, quam quod ferri possit, et vereor, ut, *testamentum militat*, latine dici possit; hoc autem quod attinet, dubito sane, an adjectivum hujusmodi terminationis, *militare*, sine infinitivo *esse* verbo finito junctum reperiatur. Praeterea, ut ex eo patet, quod infra in parenthesi scriptum legitur, ipse contextus suadere videtur, ut verbum, *militare* sit *infinitivus*, et ad militem testatorem referatur. Quod magis placet. Dicitur enim *filiusfamilias miles testamentum fecisse — cum militare desisset etc.* Et bene se sic res habere videtur. *Militare* enim est, ut monui, *militem esse*; quod et, *militis munere fungi*, et, *militis privilegio gaudere*, significare in proclivi est. Igitur cum h. l. de privilegio militis circa testamenti factionem sermonem esse manifestum sit; sensus horum verborum sane commodus erit hic: *cum* elapso post missionem anno *militis beneficio non amplius gauderet*, adeoque testamentum ejus paganorum jure censeretur. Ita textus, salva latini sermonis consuetudine, sibi constat. Proponuntur itaque duo momenta, tempore diversa, specialem illam qua opus est, proximamque decidendi rationem facientia, quibus jus et conditio testamenti militiae conditi mutatur; a) *extinctum militis privilegium*, b) *mors patris eiusdemque avi*: (Notandum enim, his verbis: *patre codemque avo defuncto*: unam indicari personam; militis scilicet testatoris patrem: quo defunto miles dicitur paterfamilias

familias factus esse, ita ut nunc obtineret potestatem in filio, quam antea non habuisset. Ex quo, quod hic quaeritur, vivo adhuc filiofamilias testatore quaesitum esse consequitur: eandemque ob causam *rumpetur*, non *rumpatur*, scriptum esse videtur. Quanquam enim verba, *rumpetur* et *rumpatur*, promiscue leguntur; ICtum tamen elegantiae ac brevitatis curiosum, qualis est Noster, vel minima curasse probabile est. Igitur vel hinc verbum *militare* ad filium militem referendum esse, licet concludere.) quibus totidem momenta, eodem ordine scripta, remotam illam ac generalem decidendi rationem efficientia respondent: a) *in potestate sua habere coepit, quem non habebat*, b) *paterfamilias factus est.* Atque ex his tandem, ita sibi invicem iunctis, rumpi testamentum cogitur. Testamentum enim, quo filius fuit praeteritus, licet militiae factum, extincto militis beneficio, coepit esse paganum: ergo jure paganorum judicatur is qui fuerat miles: ut propterea, quia paterfamilias factus in potestate sua habere coepit quem non habebat, mutata praesumatur eius voluntas: rumpitur ergo ipsius testamentum. Quamvis enim ordine naturali consequatur potestatem in filio testamentum ipsius rupturo; hic tamen, secundum ea quae proponuntur, rumpit, quia praeteritus est, et quia praeteritio locum facit praesumtioni, quoties de testamento pagani, qualis est hic miles post annum a missione, quaeritur. Igitur e contrario cessat praesumtio, neque rumpitur testamentum, si est vel institutus vel exheredatus idem ille testatoris, olim militis, nunc pagani, filius; vel, ut ad omnes rumpendi casus hoc pertineat, heres suus: hic enim ut rumpat, praeter illud, opus est novo facto, quo institutionis aut exheredationis vis infirmetur; uti ex posterioribus h. l. verbis patet. Quae cum ICtus, de hac specie non interrogatus, addiderit, non temere, sed eo consilio, ut rationem illam generalem quam, ut ad hanc facti speciem recte responderet, ex consuetis rumpendi modis inter se comparatis, et, quod commune haberent juris fundamentum, examinatis cognovisset, justis ac certis circumscriberet limitibus. Itaque generalis ista ratio: *Rumpitur testamentum, quoties testator, paterfamilias, in potestate sua (primo loco) habere coepit, quem ante non habebat*: cujus eruendae et rite constituendae caussa haec a me scripta sunt, ut esset, quo interpretatio legis sequentis, velut fundamento certo niteretur, locum habet et omnem causam dirimit: *postumo* (sive sit naturalis, sive civilis; sive vere, sive quasi talis) *praeterito*, 2) *non autem eodem instituto aut exheredato, nisi novum factum accedat, quo institutio infringatur.* Sic intellecta ac limitata sufficit ista regula ad omnes rumpendi casus et, quibus hi subsunt, nascendi agnascendique formas recte judicanda. Fuerunt quidem plura quae occasione h. l. de postumis monere et notare possem: sed de his in sequentibus opportunior erit dicendi locus.

Praeparatio ad Commentarium in l. Gallus 29. de Liberis et postumis etc.

Ergo iterum Gallus? Ita sane: re scilicet quae agitur, nondum pertractata atque exhausta. Summos quidem in Jure Viros in hoc uno Digestorum

ſtorum loco perdifficili ac adeo obſcuro, ut vel ſagaciſſimi in eo haereant, et qui nullius paene in foro ſit uſus, maximam collocaſſe operam, laudique ſibi duxiſſe, intellectum ejus ſcrutari, mirabuntur fortaſſe multi. Sed mirentur. Indigna enim eſt vox: legem, dicentium, niſi velit intelligi, non debere legi: indignum, omnem quae legibus recte interpretandis adhibetur, curam, niſi proxime ad uſum fori ſpectet, inutilem iudicare, fruſtraque obſcuritate legis ſeſe excuſare, qui in foro verſantur homines, recte monet ALCIATVS; quia noſſe debent leges, qui Juris ſcientiam profitentur; noſſe autem leges non eſt verba earum tenere, ſed mentem. Quomodo vero mentem legum tenebis, niſi univerſum Juris, et publici et privati σύστημα, ac utriusque rationes et nexum perſpecta habeas atque cognita? Quomodo autem haec perſpecta habebis, niſi et leges intellectu difficiliores intellexeris? Num igitur decet nauſeare difficilia et abjicere, quia ſcilicet parum inde cauſſarum patroni lucrentur? Minime vero. Haec enim intelligere, haec bene intellecta ſcire pertinet ad ſimilitudinem verae illius ac ſplendidae Jureconſulti perfecti imaginis; quam oculis quidem non cernimus, ſed animo concipimus et cogitatione effingimus; ad cujus ſimilitudinem ſi cui contigerit ingenium fingere atque efformare, is profecto ſolus nomen Jureconſulti vere meretur: haec maſcula illa Jurisprudentia; qua qui imbutus eſt, is ſolus Juſtitiae Sacris initiatus ejusque ſacerdos dici dignus; quippe non ſolum negotiis forenſibus aptus et idoneus, ſed etiam, qui a regibus et reipublicae adminiſtrandae regendaeque et legum ferendarum cauſſa in conſilium vocetur, digniſſimus. Quare quicunque Juſtitiae nomen dederit, hanc jureconſulti imaginem, velut ob oculos poſitam, intuebitur; hanc laudem ſectabitur, omnique qua poteſt, mentis intentione ſtudebit, ut ingenium quod ipſi natura dederit, huic imagini conformet. quod ut eo facilius adſequatur, exempla ſibi proponet virorum, quos hac laude dignos fuiſſe, quos poſteris facem praetuliſſe viamque muniviſſe cognoverit. Inter quos cum emineant prudentiſſimi Juris Romani conditores; nonne operae pretium facturus eſt, qui horum ſcripta rimatur, horum veſtigiis inſiſtit? Magna ſane et praeclara inter eos Nomina; PAVLI, AFRICANI, MODESTINI, ac inprimis, CERVIDII SCAEVOLAE: qui quantus in Jure Vir fuerit, et ex ſcriptis et ex vita ejus, quam praeter alios nuper IOAN. LVDOVICVS CONRADI ſcripſit, intelligi poteſt. Non deſunt quidem, qui obſcuritatis nimiaeque qua uſus ſit, brevitatis notam Scaevolae inurere ſatagant: ſed nihil agunt iſti. Quamquam enim brevitatis amans, non tamen ita obſcurus eſt, ut, qui ſit ſenſus verborum, curioſa ac diligenti contemplatione intelligi nequeat. Accedit, quod obſcuritas quae in ſcriptis ejus, ac praeſertim in hoc loco, eſſe et dicitur et primum rem intuenti videtur, maximam partem oritur ex rei quam tractat, gravitate: levia enim fere non tangit. Ex hoc autem genere eſſe argumentum h. l. quilibet harum rerum vel leviter peritus fatebitur. Galli enim de poſtumis nepotibus recte inſtituendis formulam perdifficilem et Legem Velleam tam dextere tamque certo ac juſto ordine interpretatus eſt, ut nihil deſit eorum quae huc ſpectare videantur, nihil niſi ſuo loco ſcriptum inveniatur, prima ultimis, media utrisque, omnia omnibus optime conveniant, reſpondeant, omnia niteant, ſplendeant, ſitque hic locus inter-

interpretationis justae ac verae velut exemplar omnibus hanc laudem cupientibus ad imitationem propositum. Quare quod mihi sumsi argumentum, id a nemine, confido, inutile censebitur; quodque laudis esse nemo non fatebitur, quod aliis laudi fuit, id mihi non vertetur vitio.

Notatio vocis postumus et divisio postumorum I. in natos vel post mortem vel post testamentum.

Commentaturo igitur ad Legem Gallus acturoque de postumis cum ex formula Galli, tum ex lege Vellea instituendis prima se mihi offert quaestio, parvi quidem ea momenti, non tamen prorsus negligenda, de etymologia, seu, uti Cicero in Topicis hanc vocem reddit, notatione verbi *posthumus*, vel, si CVIACIVM et MENAGIVM audire velis, *postumus*: de qua duplex omnino est Doctorum sententia. Glossatores enim hanc vocem, cum adspiratione eam scribentes, compositam esse volunt ex vocabulis *post* et *humus*, adeoque sic definiunt *posthumum*, ut sit *post humatum patrem natus*. Contra volunt CVIACIVS *obs. lib. 3. c. 4. et ad l. 4. h. t.* et qui eum sequuntur, ut syllaba, *umus*, sit mera productio vocis, *post*, *postumusque* significet *postremum*, h. e. *postea*, vel etiam *postremo loco natum*: quae quidem definitio omnibus, quicunque rumpere dicuntur, vere postumis convenit, sive mortuo testatore, sive post testamentum eodem adhuc vivo nascantur. Confirmantur haec, ac primo, quantum ad scripturam, 1) ex Graecis, πόςθμος, non πόσθμος scribentibus; 2) ex SIGONIO de Nomin. Rom. c. 1. et 3.; 3) ex LIBRIS DIG. FLORENTINIS et quibus usus est, DVARENVS: quantum vero ad ipsam notationem, ex *Synopsi basilicôn*, ubi *lib. 39. tit. 2. l. 3. postumus* dicitur *is*, *qui vel post mortem vel post testamentum patris nascitur*; cum qua consentiunt CAIVS *lib. 2. Inst. t. 3.* §. 2. et GELLIVS *lib. 2. c. 16*; 2) *ex l. 3.* §. *ex his D. de Iniusto*, ubi *postumi* nominantur *posteriores*; cui opinioni, ut alia taceam, favere videntur VLPIANVS *l. 16.* §. *ult. D. de test. tut.* et TERTVLLIANVS *de resurrectione*, *postumare* dicens pro *sequi*. Sed defendi posse Veterum sententiam CAIMVS *var. lucubrat. p. 131.* recte existimat, ac divinatorium esse, quod velit Cuiacius, putat WILDVOGEL *diss. de Jure Postum.* annuente CALVINO *in Lexico Jur. h. v.* Nam defectus τοῦ *h.* in *Libris Florent.* nil probat, quia ibidem *umor* legitur pro *humor*, *ominis* pro *hominis l. 10.* §. 2. *D. de vulg. et pup.* atque, si vel CVIACIO et MENAGIO, ne in etymo et grammaticationibus, uti GALVANVS ad h. l. ejusmodi curas appellat, diutius haereamus, vocem, *postumus*, sine adspiratione scribendam esse largiamur: notio tamen, quam inde vult efficere CVIACIVS, non efficitur, quia quam ille affert, non est genuina ac prima. Nam *Synopsin basilicôn*, *Gellium* et *Cajum* ll. cc. habere definitionem vocis, qualis esse debuit post latam Legem Velleam, relato, quod per se duntaxat de nato post mortem patris dici posset, ad eum, qui vivo eodem natus esset, valde probabile est. Ex verbis enim, L. Vell. c. 1. nati post testamentum eodem cum natis post mortem testatoris jure censebantur. De Tertulliano vix est ut moneam. Ex loco autem VLPIANI *l. 3. D. de Iniusto* tantum abest ut CVIACII opinio probetur, ut potius contraria inde firmetur sententia. CAIMVS enim dubitat, lectionem quae ibi est, *posteriorum*, (opponuntur enim liberis superstitibus) esse sanam; et RAMOSIVS melioris fidei Libros cum Vulgatis habere *postumorum* testatur, ac sic legi juris rationem suadere dicit. Sed esto, *posteriorum*, verior lectio;

lectio; nepotes tamen h. l. sic appellari ratione gradus quem in patris potestate teneant, nullo nativitatis respectu habito, palam est. Filius est prior seu proximior; nepotes posteriores seu remotiores. Non definit h. l. Ulpianus postumos, sed quomodo differant utrique, filius et nepotes, docet: quod luculentissime apparet ex definitione postumorum in ead. l. §. 1. Nam vocis *duntaxat* eam vim esse, ut, quaecunque fuerint omissa, prorsus excludat, colligi potest ex *L. 11. §. in sortem D. de pign. act. l. 9. solut. matr. l. 23. de R. I.* et ex iis, quae in eadem lege proxime nectuntur de postumis secundum quid ita dictis. Haec enim addere haud fuisset opus, si utraque postumorum species ante L. Vell. eadem hujus vocis notione fuisset comprehensa. Idem fere dicendum *de c. l. 16. de test. tut.* ubi, si pater postumis tutores dederit, *utiliter* datos esse respondet VLPIANVS etiam his, qui eodem vivo nati fuerint. *Utiliter*, ait, his datos esse; ergo non *proprie*, sed per benigniorem, squam vocabula, *utile utiliter*, in nostro Jure sepissime indicant, interpretationem et per extensionem notionis, quae fuit prima et genuina, propter rationis paritatem, ad eos quos Lex Vell. institui permisit; qui proprie postumorum appellatione non comprehenduntur. Ergo proprie postumi intelliguntur hi, qui post mortem parentis nascuntur: de quibus patres testaturi cogitare solent, quando cavere volunt ipsorum testamentis, ne rumpantur. Atque magis hoc intelligitur ex Lege XII Tabb. qua *postumus iustus* dicitur is esse, *qui decem proximis mensibus nascitur*: cui accedit GALLVS h. l. Quicquid enim sibi voluerit GALLVS, id tamen quod ipsi propositum fuit, ad eos quoque, qui vivo parente post testamentum nascuntur, pertinere, eumque de his quoque sensisse, probabile, immo certum est: nihilominus tamen de eorum institutione tantum formulam proposuit, qui post mortem nascituri essent. Facit etiam huc VARRO *Lib. 2. de Analog.* *postumum esse* dicens *qui patre defuncto natus sit*, et PLVTARCHVS in *Sylla*, *postumos* scribens a Romanis appellatos, τὲς ὕςερον τῆς πατέρων τελευτῆς γενομένυς, et *vetus Glossarium*, ubi postumus definitur esse, ὁ ζῶντος μὲν πατρὸς συλλαβόμενος, ἀποθανόντος δὲ γενομένος. Facit quoque VLPIANVS l. 164. D. de V. S. certum esse affirmans *postumae nomen non cadere in eam, quae in rebus humanis sit.* Quare equidem rem, habita, quod in omni hujus generis quaestione fieri debere monuit ERNESTI, temporum ratione, dijudicans, missaque de scriptura vocis, *postumus*, scrupulositate, *postumum* proprie, h. e. ante latam L. Vell. *eum duntaxat appellatum fuisse* puto, *qui mortuo parente nasciturus esset*; post L. Vell. autem *eum quoque*, *qui vivo patre post testamentum in lucem esset editus*; ampliata, ut fieri solet, et extensa verbi notione ad eum, qui esset opinione patris testantis, vel per prolepsin postumus, vel, ut CORNELIVS *van* ECK ad h. l. loquitur, secundum quid talis, h. e. quoad jus sui heredis, quod hic, sicut ille, eo quo nascitur, tempore nanciscitur, et effectum rumpendi *l. 3. §. 1. D. de Iniusto.* Sic sentit RAMOSIVS ad h. l. c. 1. §. 4. 5. Atque sic tandem exsistit *divisio* postumorum a tempore nativitatis sumta: *in natos post mortem*, vel *post testamentum patris*: quae formis agnationis recte constituendis praebet causam. Mitto alios hujus vocis significatus ad rem quae nunc agitur, nihil facientes. Notandum tamen, ulterius notionem postumorum non extendi, nam hi qui, nati testamenti tempore, in

locum

locum ſui heredis ſuccedendo teſtamentum rumpunt, licet eodem jure gaudeant, non poſtumi, loco poſtumorum ſed eſſe, non agnaſci, ſed quaſi agnaſci dicuntur. *l. 13. D. de Iniuſto*, §. 2. *l. de exher. liber.*

II. Diviſio poſtumor: quae ſunt vel Proprii *vel* Alieni

Haec de notatione vocis et, quae inde naſcitur, diviſione poſtumorum prima. Sequuntur tres aliae: quas, licet poſtremo loco ſcriptae ſubſint, inverſo ordine ſcribo, ut, quae hanc ſequuntur, juſta eidem nectantur ſerie. Sunt igitur porro poſtumi vel *proprii*, ex propria, vel *alieni*, ex aliena uxore naſcituri. Hanc diviſionem poſtremae ſubeſſe dico, quia accidere poteſt, ut poſtumus proprius ſpe tantum ſit ſuus, re alienus, h. e. mixtus; uti deinde docebitur.

III. Vel Naturales *vel* Civiles.

Jam poſtumi ſunt vel *naturales*, qui ordine naturali, ſeu propter nativitatem, vel *civiles*, qui facto patris civili, h. e. eundem quem nativitas, legibus ita jubentibus, effectum habente, venturi ſunt in poteſtatem. Haec quoque diviſio ſubeſt ultimae, quia et ſuus, qui proximiorem, et mixtus, qui, primum aliquando habiturus, nunc ulteriorem in poteſtate locum nanciſcitur, duplici modo exſiſtere poteſt; naturali et civili. Quod et locum habet in proprio poſtumo, qui, quo naſcitur tempore, ſuus non eſt, ſed aliquando futurus. Nepos enim vel naſcitur ex filii uxore, vel adoptatur conſentiente filio; quod neceſſarium, ne illi invito heres ſuus obtrudatur. §. 7. *l. l. 10. 11. D. de adopt.* neque tamen hic nepos eo quo naſcitur aut adoptatur, tempore eſt ſuus heres filio, ſed aliquando, ſi in ejus poteſtatem venerit, futurus; quo tempore demum hic filio civiliter natus dici poteſt. *l. 21. pr. D. de bon. poſſ. c. tab.* Deſcendit haec diviſio ex forenſi verborum, *naſci* et *agnaſci*, ſignificatu. Filii enim *naſci* et nepotes *agnaſci* dicuntur, juncto caſu tertio patris vel avi, quia, quo naſcuntur tempore, in primum patriae poteſtatis locum veniunt; quo conſtituti teſtamentum in quo ſunt praeteriti, rumpunt: *) nomine ſumto ab eo, quod et tempore prius eſt, et, ſecundum ordinem naturae cum eveniat, ut plurimum fieri ſolet. Inventis enim aliis, praeter juſtas nuptias, patriam poteſtatem adquirendi modis, inventi ſimul ſunt alii, praeter nativitatem, jus ſuitatis nanciſcendi modi: ita ut et hi, qui citra ordinem naturalem in patris poteſtate eſſe coeperint, ad ſimilitudinem illorum, qui vere naſcuntur, quod eodem jure gauderent, *naſci*, ſi in filii, *agnaſci* dicerentur, ſi in nepotis locum adoptarentur. His igitur dicendi formis, *naſcitur patri filius*, *agnaſcitur avo nepos*, ſecundum pleniorem notionem ſpectatis, exprimitur utriusque, patris et filii, avi et nepotis, et jus et obligatio, horum nexus, huiusque effectus.

IV. Diviſio poſtumorum in Vere *)* Quaſi*)* *tales.*

Quarta his duabus pariter atque ſequenti ſubjicitur poſtumorum diviſio; non potior quidem, ſed tamen praeprimis notanda et bene diſtinguenda, quia cum

*) Haud nego *agnaſci* eos etiam, qui remotiorem in poteſtate patris locum obtinent. Sed hoc ad me non pertinet, quia de iis tantum loquor, qui nati vel agnati teſtamentum rumpunt, caeteris omnibus neglectis. Plenior horum verborum notio huc debet referri. Aliquando tamen unum alterumve eorum, quae huic inſunt, ſpectatur.

cum antecedenti confunditur eademque esse censetur, licet non sit. Naturali enim ordine, vel civili patris facto, nascatur aliquis, vel agnascatur; utrimque postumus esse potest vel *vere*, vel *quasi* talis. *Vere* enim *agnascitur*, secundum eum quem ante scripsi, horum verborum, *nasci* et *agnasci*, significatum, is tantum, qui simul ac in potestate esse coepit, jus sui heredis obtinet, estque in eo, ut testamentum rumpat, nisi se inveniat institutum: *quasi agnasci* vero dicendus est is, qui avo utroque ordine natus, non eodem quo potestati subesse coepit, tempore, sed postea primum locum inter suos et jus sui heredis nanciscitur. Eadem ratione *quasi nascitur* is, qui (sive naturaliter, sive civiliter) ante, h. e. vivo avo natus, postea, defuncto avo, venit in potestatem filiifamilias, simulque jus primi heredis in familia filii obtinet. *Vere* igitur *nascitur*, qui eodem tempore et in potestate patris et primo loco in familia esse coepit: *quasi* vero ille, qui vel in familia et potestate prius, loco primo postea; vel in familia prius, ac deinde in potestate primoque loco esse coepit. Illud locum habet in nepote, qui vivo filio natus, postea in locum filii, hoc ex potestate remoto, adscendit: hoc autem in nepote, qui, vivo avo natus, postea venit in potestatem filii, cui nunc demum heres suus nascitur. Igitur in postumo *vere* tali (sive naturaliter, sive civiliter nato) omnia quae necessaria sunt, ut sit suus heres, eodem quo nascitur, tempore concurrunt: quod in postumo *quasi* tali secus est. Hoc idem et sic enunciari potest: (nam, ut eo certius appareat, quid velim, pluribus dicendi formis idem exprimere lubet) in postumo *vere* tali obligationem patris illum instituendi et jus sui heredis (illius caussam) nasci eodem; in postumo *quasi* tali, diversis temporibus: ita ut illa (licet non actu, potentia certe ac eo effectu, ut testator caute scribere debeat testamentum, ne in periculum rumpendi incidat) sit tempore prior, hoc posterius. Sic. e. g. avus cui vel nascitur nepos vivo filio, vel in locum nepotis adoptans, tenetur hac obligatione statim ut natus illi est, aut adoptatus ab eo nepos; sed potentia tantum, ut logici loquuntur, non actu: ad quem obligatio illa non venit, nisi, subtracto de potestate filio, nepos in locum primi heredis succedat; adeoque eodem tempore, quo nepos, antea et in familia et in potestate natus, tandem obtinet jus sui heredis. Ita quoque filiusfamilias statim obligatur, simul atque vivo patre vel natus est ex ipsius uxore filius, vel in familiam nepotis loco receptus adoptione ipso consentiente facta: quae obligatio simili ratione effectum non habet, nisi filius, mortuo patre, cum familia potestatem in eo, qui ante natus erat, consecutus fuerit; quo eodem tempore et ob eandem caussam hic ejus filius nanciscitur jus primi gradus. Haec enim est vis voculae, *quasi*, ut notet ea quae, caussa et origine diversa, effectu sint paria, e. g. delicta quae quasi sic nominantur. Errant ergo, qui postumos civiles et quasi postumos miscent ac perinde habent, convincunturque erroris per *l. 13. D. de Iniusto* §. 2. *I. de exher. liber. l. 33.* §. 1. *D. de test. mil.*

unde distinctio inter formas agnationis et modos agnascendi seu casus rumpendi.

Quae cum ita sint, aliter ac fieri consuevit, ordinandas esse nascendi agnascendique formas sponte intelligitur; ne formas agnationis et modos agnascendi, seu casus rumpendi parum caute misceamus. *Forma* enim continet origi-

originem juris causamque rumpendi internam; *modus* autem effectum quem illa habere potest, varium. Illa est *Iuris*; haec *Facti* quaestio. Et quamquam utrumque eodem saepe tempore, v. c. in postumis propriis, exsistit, doctrinae tamen caussa distinguere erit consultius. Quot igitur sunt modi quibus natus invenitur esse suus, tot sunt nascendi agnascendive formae, seu rumpendi caussae. Id quod adeo suadere videtur §. 2. *l. de exher. lib.* verb. *sed si filius*, et §. 2. *de hered. qu. ab int.* verb. *Ita demum.* Nasci autem hoc sensu possunt liberi triplici modo. Nascuntur enim 1) post mortem testatoris, vel 2) post testamentum a filiofamilias vivo patre conditum, vel 3) tempore testamenti nati, postea veniunt in locum sui heredis; quod posterius efficit quasi nascendi formam: triplex aeque in his formis rumpendi casus, qui in singulis eodem cum caussa rumpendi tempore exsistit. Totidem similiter inveniuntur agnationis formae. Nepos enim agnascitur 1) post mortem avi, vel 2) post testamentum, vel 3) tempore testamenti natus, postea, filio de potestate subducto, succedit in locum primum; quae forma quasi agnatio nominatur. Singulis autem his agnationis formis varii subsunt agnascendi modi rumpendive casus. Quot enim modis filius exire potest ex potestate et primo in familia loco, tot adsunt in singulis agnationis formis rumpendi casus. Iam vero formae nascendi agnascendique naturaliter quidem omnes exsistere possunt, civiliter autem non omnes: sed ex illis tertia tantum, h. e. nepote consensu filii adoptato, post avi mortem in potestatem patris veniente; ex his vero secunda et tertia. Quarta quidem agnationis forma esse videtur ex Juliani sententia §. 15. h. l. nepote scilicet nato post testamentum vivo filio, postea, subducto ex potestate filio, in locum sui heredis vacuum succedente. Sed varius tantum hic modus est, quo tertia forma effectum habere possit; non peculiaris forma. Quid enim refert, utrum nepos, *succedendo rumpens*, natus sit tempore testamenti, an postea, cum essentia hujus formae in eo consistat, ut *succedendo* rumpatur testamentum? Nam in forma agnationis nil nisi tempus spectatur, quo aliquis invenitur suus heres: in hac autem specie nepos, non quo nascitur, sed quo succedit, tempore nanciscitur jus primi gradus; ita ut tempus quo nascitur, neque momentum faciat, neque peculiarem formam sistere possit. Mitto ergo cum Juliano hanc Juris scrupulositatem in re inani et nullius momenti, statuoque, tertiam agnationis formam (ac simili modo tertiam nascendi formam) exsistere posse duplici modo: 1) ex verbis L. Vell. nato scilicet nepote tempore testamenti, 2) ex mente Legis, eodem post testamentum nato. Non autem nisi tres esse agnationis formas vel ex eo licet colligere, quod leges testamentis in hisce tribus tantum casibus prospexerunt. Formas igitur colligo constituoque ex Jure: varios vero modos quibus singulae formae vim suam exserere ac effectum habere possint, quosque singulis formis subesse dixi, appello, exemplum SCAEVOLAE sequens, casus rumpendi; eorumque plures singulis formis subjiciendas esse eodem auctore utens affirmo. Dicit enim SCAEVOLA §. 6. h. l. *L. Vell.* multos, *sicut Gallum*, rumpendi casus abstulisse. Sed Gallus non nisi unum institui posse postumum induxit, et L. Vellea, duos. Quod pluribus rumpendi casibus commune esse reperitur, id formam efficit; quod singulis proprium, casum rumpendi facit. Commune autem quod esse potest in

casibus,

casibus, ex Jure esse constat; singulare et proprium in facto positum est. Formae autem agnationis omnes aequali ratione subsunt generali, de qua supra ad l. 28. h. t. verba feci, regulae: ad quam lectorem remitto.

Ex dictis amplius licet inferre, aliter quoque ac fieri solet in libris nostris, ordinanda esse postumorum nomina: ut scilicet tantummodo ex legibus, per quas instituere licuit postumos nepotes (postumi enim sui omnes ex Responsis Veterum Prudentum institui poterant) nomina, quibus fortasse omnino carere possemus, depromantur, non a Prudentibus varios rumpendi casus ex Jure interpretantibus, ut adeo solis agnationis formis sint propria. Quare postumi appellandi sunt vel *Aquiliani*; quia Galli formula ex Jure concepta pro lege esse coepit: vel *Velleiani primi*; vel *secundi*. Propter has enim leges postumi nepotes instituti non rumpunt, quocumque tandem modo in singulis formis locus sui heredis, quem occupaturi sunt, vacuus reperiatur. Valeat ergo postumus Cervidianus, Tryphoninianus etc. valeat et Julianeus; quia Julianus, licet in difficili casu versatus, non nisi interpretis munere functus est; valeat adeo Cornelianus, quia lex Cornelia, quatenus huc spectat, non testantibus, sed liberorum juribus favet, ac nil efficit, nisi hoc, ut et Galli formula et Lex Vellea ad plures rumpendi casus extendi debeant. Alias enim haec nomina essent innumera, neque rationi aequaliter communi subjecta.

Divisio postumorum Vta.
A. Ab intestato sunt vel Legitimi; *qui sunt* vel Sui vel Alieni; vel Extranei.

De quinta postumorum divisione, quae nunc tractanda sequitur, varie sentiunt Doctores: eam puto cujus fundamentum esse dicitur patria potestas sanguinisque cum testatore conjunctio, non eam quae a nativitatis tempore repetitur. Sive enim post mortem, sive post testamentum nascatur postumus; hoc per eum rumpitur, si suus esse reperitur. Ut autem, quae sit verior circa hanc divisionem sententia, appareat; heredes postumos aeque ac natos, dupliciter dividendos esse video: ratione scilicet successionis legitimae et testamentariae. Utrimque enim eadem successionis, quantum ad suos, ratio, idem fundamentum; legesque utrimque, quem amor naturalis sequitur, servant ordinem. Heres suus, natus, nullum dicit; postumus, rumpit testamentum: nulli et rupti eadem, quoad genus, caussa, idem fere effectus, ut res redeat ad caussam intestati. Ergo qui vocentur ab intestato, quosve lex institui jubeat, primum videndum. Ac ab intestato quidem vocantur per *XII. Tab. sui, agnati, gentiles*; per *Ius Novum*, *sui*, *agnati*, *cognati*. Igitur utroque Jure heredes ab intestato sunt vel *legitimi* vel *extranei*; illorum autem quidam *sui*, h. e. in potestate constituti, quidam *alieni*, solo cognationis vinculo defuncto conjuncti. Jam vero dubium esse non potest, postumos aequali ratione dividendos esse. Vocantur enim, si tempore mortis fuerint concepti §. 7. 8. *I. de hered. quae ab int. l. 1. §. 1. D. de reb. dub. l. 1. §. si quis proximior D. unde cognati. l. 6. 8. D. de suis et legit*: ad legitimam hereditatem eadem ratione eodemque ordine, ac nati. Nam Jure Novo illos pro natis haberi, quando de ipsorum commodis agatur, ex *l. 7. 26. de statu hom. l. 153. D. de V. S.* eodemque gradu censeri, quo, nati vivo parente, futuri fuissent, moramque adeo facere remotioribus *ex l. 1. §. si quis proximior 8. D. unde cognati*, etiam ab intestato

ex l. 30. §. 1. D. de adq. hered. certum est. Quantum vero ad Jus Antiquum attinet, XII. Tabb. eos tantum vocasse, qui moriente eo, de cujus bonis quaereretur, in rerum natura fuerint, testatur quidem IVLIANVS *l. 6. in f. D. de suis et legit:* ita ut per *Ius Civile*, ex quo postumos suos post mortem nascituros instituere licuisse dicit VLPIANVS *T. XXII. § 19.* non intelligi posse videatur Lex XII. Tabb. sed potius, quae plurimorum est eaque vero similior sententia, Responsa Prudentum post XII. Tabb. adeoque, quod PAVLVS dicit *l. 3 D. si pars hered. pet. Antiquos venti ita prospexisse, ut ei omnia iura integra servarent ad tempus nativitatis*, ad eosdem Prudentes, certe non ad Xviros referendum esse videri possit; utque RAMOSIVM *ad h. l. c. 2. §. 4. et 6.* ex rationibus parum idoneis existimantem, Lege XII. Tabb. postumum suum instituere licuisse, eumque ex testamento vocatum, erroris et injuriae legibus quas ille in rem suam excitat, factae, non injuria arguere videatur CONRADI *ad h. l. p. 6.* Nihilominus tamen, 1) si et *ex c. l.* VLPIANI, et ex verbis *l. 4. D. h. t. Placet, omnem masculum posse heredem scribere postumum* secundum saniorem Doctorum, utrumque locum ad Responsa Prudentum referentium, sententiam, per Prudentes, ut postumum suum, per Gallum autem h. l. ut postumos nepotes instituere liceret, inductum esse apparet; 2) si et Prudentes ante Gallum, et post eos Gallum ipsum hoc quod induxere, aequitate motos, h. e. ut testamentis consulerent, induxisse verosimile est: ex his manifesto cogitur argumento, postumum suum post XII. Tabb. et postumos nepotes ante Gallum, utrosque, nisi ex verbis, certe ex mente Legum, rupto testamento, ab intestato bona defuncti nactos fuisse. Caverunt enim Prudentes antiquiores et Gallus testamentis, ne rumperentur. Igitur rupta fuisse testamenta per postumos, adeoque hoc etiam Jure pro natis habitos, modo essent in utero tempore mortis, et ab intestato vocatos, hisce Prudentum cautionibus nondum inventis, consequitur. CONRADI quidem *diss. ad h. l. p. 7* vel hoc, ut postumi sui rumperent testamentum praeteriti, per Responsa Prudentum invaluisse contendit. Sed ad hanc Viri opinionem nullo prorsus argumento adjutam vel confirmatam idem respondeo, quod ipse CONRADI respondet *Boerio Eponi*, licet cum hoc faciat RAMOSIVS, pro re sua (postumos scilicet suos ex XII. Tabb. instituere licuisse) ex Galeno referenti, Leges SOLONIS et LYCVRGI, quibus postumos heredes instituere licuisset, in XII Tabb. esse relatas: de hac re nihil prorsus constare in libris nostris. Natum est hoc ex communi fere omnium opinione, ne dicam, errore, testandi potestatem XII Tabb. patribusfamilias datam ita late patuisse, ut vel praeterire silentio licuerit suos heredes, adeoque postumos: quod falsum esse infra videbimus; certe *l. 120. D. de V. S.* ad quam provocant, hoc non probat. *Latissimam* enim *testandi* facultatem per XII Tabb. datam fuisse dicit h. l. non *praetereundi* silentio: praeterire enim non est testari seu legare; quod silentio nullo modo potest fieri. Quodsi autem CONRADIO hoc qualecunque daremus; inde, ICtos antiquos Responsis suis fraudem legibus fecisse, iisque impune derogasse, adeoque legislatoriae potestatis partem sustinuisse consequeretur: quod nullo modo probari potest, et Juri Publico Romanorum adversatur. Summa potius cautione usos fuisse ICtos Veteres, ne quid contra Leges inducerent, exemplis AQVILII, CERVIDII SCAEVOLAE §. 8. h. l. et IVLIANI §. 15. h. l. compro-

bari

bari potest. Rectius contra sentire videatur is, qui postumos ex XII Tabb. institui et potuisse et debuisse affirmaret *l. 4. C. de lib. praet*: sed equidem hoc affirmare nolim: concedo potius, ex Legg. Decemviralibus non licuisse postumum heredem scribere. Nihilominus tamen parum consentaneum videtur, formam testamentis a legibus scriptam ad ipsas leges transferre atque existimare, easdem in legitima hereditate, quae in testamentis essent necessariae, obtinuisse subtilitates. Magis audiendus videretur, si quis ab hereditate legitima ad testamentariam valere consequentiam dixerit, saltim quoad instituendi necessitatem. Quae cum ita sint, quamquam cum RAMOSIO, *verbis* XII Tabb. postumos suos vocatos et ab intestato et ex testamento, non ausim affirmare, ex *mente* tamen harum legum, ac ratione Juris Publici ita postulante, rupta fuisse testamenta per postumos suos, nec non post Prudentes ante Gallum per postumos nepotes, tamquam legitimos heredes, concedatur necesse est. Id quod innuere videntur *l. 3. D. si pars hered.* et *l. 220. de V. S.* atque ita recte sentit ALTAMIRANUS *ad h. l.* §. 25. 27. Nam ex *d. l. 220.* ICtos antiquos verba XII Tabb. ob rationum paritatem, maxime in caussa successionis, extendisse apparet. Cumque sanxerint istae leges, quis postumus pro justo esset habendus, hinc eundem per easdem leges ab intestato vocatum recte colligitur, si vel Decemviri hoc verbis non expresserint. Et quamvis postumum ex iisdem legibus non liceret heredem scribere testantibus, quia persona incerta esse videbatur: hinc tamen, illum per leges ab intestato non vocatum fuisse, concludere, minus aequum. Fieri enim potest lege, quod testantibus non est permissum. Nasci speratur, qui tempore mortis est in utero; coepit quodammodo esse in rerum natura, *l. 7. D. de suis et leg.* non igitur recte pro persona plane incerta haberi potest, quando de successione legitima quaeritur; Confirmatur hoc quodammodo *l. 1. § 1. D. de test. tut.* quae licet non de verbis, de mente tamen XII Tabb. etiam intelligi debet. Pro nato potius habendus, qui ad hereditatem vocatur. Ex quibus efficitur, quod volo: Antiquo Iure, h. e. non ex verbis, sed ex mente XII Tabb. postumos, sicut natos, ratione successionis legitimae, fuisse vel *legitimos*. vel *extraneos*; illos autem iterum dividendos in *suum* h. e. primum in potestate defuncti, si hic esset adhuc in vivis, futurum, jusque sui heredis habituum, et *alienos*, solo cognationis vinculo morienti conjunctos, adeoque post illum vocatos. Dico *suum*, quia XII Tabb. unum nominant: dico *alienos*; quamquam enim IUSTINIANUS §. 3. *I. de hered. qual.* omnes qui testatoris juri subjecti non sint, appellat extraneos, hoc tamen non impedire videtur, quo minus, re ita suadente et auctoritate *l. pen. D. de leg. 1.* distinguamus *alienos* et *extraneos*, ut illi sint cognationis, hi, nullo prorsus necessitudinis vinculo morienti juncti. Nam in ea §pho Imperator divisionem proxime repetit, non a sanguinis vinculo, sed a necessitate quibusdam injuncta, qua, sive velint, sive nolint, heredes esse coguntur, tam ab intestato, quam ex testamento §. 2. *I. eod.* neque loquitur de heredibus legitimis, sed de scriptis in testamento, inter quos alii hac necessitate obligantur, alii non tenentur.

Jam his quae dicta sunt, velut certo nitentes fundamento, videamus, quomodo postumi, ex testamento heredes, possint debeantve dividi: quod necess- *B. Ex testamento vero sunt*

vel Sui; *qui sunt vel Sui vel Mixti. Vel* Alieni *vel* Extranei.

necessarium ob dissensum Doctorum postumorum genera varie distinguentium, ac singula magis minusve vere, non a causa, sed partim ab effectu, partim a nota cuique formae propria, partim a conditione, partim negative definientium, caussasque testati et intestati miscentium: utque, ad quam postumorum speciem et Galli formula et Lex Vellea spectent, certo constet. Plerique duos volunt esse postumorum species, ut sint vel *sui*, vel *alieni*, seu, uti RAMOSIVS loquitur, *non sui*; quas alia atque alia ratione distinguunt in partes: nonnulli tertiam addunt speciem *mixtorum*: omnes veri rationem habent fundamenti; cognationis scilicet, quae alios arctiori, alios laxiori testatori jungit vinculo, quod in aliis prorsus deest, et necessitatis quosdam ex his instituendi, ne nullum dicant testamentum aut rumpant. Sic RAMOSIVS ad h. l. *suum* esse dicit, qui certo, *non suum*, qui nunquam, *mixtum*, qui aliquando testatori heres sit futurus: CVIACIVS ad h. t. separatis *suis*, qui sint in potestate, *alienorum* tres constituit species; 1) *agnatorum* seu legitimorum, 2) *cognatorum*, 3) *prorsus extraneorum*: DVARENVS *suos* esse definit, qui non alieni, *alienos*, qui non sui, *mixtos*, qui sui esse possint: ALCIATVS *suum* esse ait, qui et mortis et testamenti, *alienum* qui solum mortis tempore natus, heres sit futurus: TAVRELLVS ad h. l. *suorum*, h. e. instituendorum aut exheredandorum nominatim, duas facit species, primi et secundi gradus, ut hi sint, nati ex illis iisque vivo testatore mortuis; item et *alienorum*, quorum quidam sint *extranei*, extra virilem posteritatem, quidam *alieni* strictius dicti, ex hac nati inter suos: GALVANVS ad h. l. distinguit *suos*, seu proximiores, *alienos*, seu remotiores in patris potestate, et *extraneos*, qui non sint in familia futuri: et ita caeteri deinceps.

Equidem Jus Novum ad Antiquum adcommodans caussaque tam successionis legitimae, quam necessitatis ex his, qui sanguine conjuncti sunt testatori, quosdam instituendi, tamquam fundamento utens postumos sic dividendos esse existimo, ut sint vel *sui*, h. e. potestati testatoris subjecti, vel *alieni*, cognatione et sanguine tantum, vel *extranei*, nullo prorsus necessitudinis vinculo eidem conjuncti. *Suos* autem iterum distinguo, ut quidam illorum appellentur *sui* κατ' ἐξοχὴν, h. e. jus suorum heredum et primum, quidam *mixti*, h. e. remotiorem in potestate locum obtinentes, primum cum suitate aliquando habituri, seu, si mavis, medios inter suos et alienos. Cum suis enim, distantes ab iidem specie, h. e. proximitate, conveniunt genere, seu, cui subsunt utrique, potestate patris: quod idem, comparatis invicem mixtis et alienis, speciem facit, qua pariter illi ab his differunt, convenientes utrique et inter se et cum suis sanguinis cum testatore nexu: ita ut mixti qui appellantur, illo respectu sint sui, hoc, alieni; illud eos non sinat esse alienos, hoc, suos.

Postrema divisio defenditur proposito dividendi fundamento.

Num vero sic recte distinguo? Videamus. Principalis illa quam posui, nascitorum ex testamento heredum divisio in suos, alienos et extraneos convenit cum ea quam in successione legitima utroque Jure obtinere antea ostendi; respondet divisioni heredum natorum, quae in nascituris, si jus eorum spectetur,

tur, eadem esse debet; ac superstructa est fundamento omnibus heredum generibus communi, h. e. cognationis cum testatore vinculo, cui accedit aliud ex illo natum et testamentis proprium: nempe necessitas testantibus incumbens quosdam ex his instituendi vel exheredandi: in qua diversitatis inter caussam testati et intestati ratio cernitur. Nam haec eundem quidem, quem in legitima hereditate leges, sequitur ordinem, sed non ita late patet, quam ibi leges. Non enim omnes, qui vocantur, sunt instituendi. Quare quamquam sui et alieni communi legitimorum heredum nomine comprehenduntur; tamen hac appellatione et divisione abstinere debui, ne et verbo et legibus hanc vocem heredibus ab intestato succedentibus propriam esse volentibus abuterer. Alieni, sicut sui, sunt cognati testatori; sed non necessario, sicut hi, instituendi: in quo similes sunt extraneis. Itaque, quando de testatoris officio quaeritur, tres heredum nascituorum aeque ac natorum species esse dico, non duas, ut in successione legitima. Cujus necessitatis cum CAVSSA sit *Ius sui heredis*, et NOTA seu character, *patria potestas:* haec bina conjuncta efficiunt justam suos eo quo feci, modo distinguendi rationem. Sui et mixti subsunt patris potestati; hactenus conveniunt: illi gaudent jure suitatis, (jam quaesito) hi carent eodem, vel eo non nisi potentia et spe gaudent; hactenus differunt: recte igitur distinguuntur. Mixti non sunt sui, sed esse possunt; recte igitur uno cum suis genere comprehenduntur, licet differant specie.

Cujus veritas et ratio ostenditur.

Duplicem hanc postumorum divisionem ex fundamento proposito rite ductam esse nemo fortasse dubitabit. Hujus vero et veritas et ratio cernitur partim in aequitate, ne dicam jure, naturali, quae apud omnes fere gentes moratiores peraeque custoditur, partim in Jure Civili Romanis proprio. Illa enim suadet, ut sanguine conjuncti eodem quem amor naturalis sequitur, ordine succedant in bona defunctorum: hoc autem illi accedens ac vim formamque certam addens simili ordine suos et vocat et institui jubet. Ex lege enim XII Tabb. *sacra privata perpetua sunto*, cujus CICERO *de Legg. lib. II. c. 18—20.* et Digesta passim mentionem faciunt, propositam fuisse apparet reip. Romanae auctoribus gentium Rom. conservationem, atque hanc ob caussam eum quem legimus, constitutum esse successionis ordinem. Quem, cessante hac Antiqui Juris ratione, mutavit quidem IVSTINIANVS, naturam solam secutus ducem, non autem sustulit.

Nomina singulis data defenduntur. 1. nomina Extraneorum, Alienorum;

Nomina vero singulis postumorum formis data quod attinet, ea legibus omnino respondent, certe non adversantur. Nam *extranei* quidem §. 3. *I. de hered. qual.* appellantur illi, qui testatoris juri subjecti non sunt: quae definitio et alienos et extraneos complectitur. Sed hoc neutiquam impedit, quo minus nos, aliam dividendi rationem sequentes, utrosque distinguamus. Extranei enim heredes d. l. dicuntur pro voluntariis, et opponuntur necessariis, qui, sive velint sive nolint, necessario fiunt heredes: ratio vero vocis electae fuit, ut indicaretur caussa cessantis in his necessitatis adeundi hereditatem ipsis delatam, h. e. patria potestas; cui non hi, sed illi subsunt. Ac eandem quoque vim habet

bet vox *sui* in altero divisionis membro. Non coguntur adire alieni et extranei: in quo conveniunt. Sed differunt tamen: ergo distingui eos debere existimo, quia leges suadent. *Lege* enim *pen.* D. *de leg. 1.* fratris postumus, qui est agnatus futurus, appellatur alienus: *et §. 26. I. de leg.* postumus alienus definitur esse, *qui natus inter suos, heres testatori futurus non est*: quae definitio statim illustratur exemplo nepotis ex filio emancipato post emancipationem concepti, qui quamquam non nasciturus est in potestate avi testatoris, inter suos tamen futurus est, quia pater ejus esse quidem desiit suus, non autem inter suos; h. e. agnatus futurus est hic nepos: *cf. l. 1. §. 2. et 11. D. de ventre in poss. mitt.* Differre enim haec: *inter suos* et *suum esse* recte hinc infert ALTAMIRANVS *ad h. l. §. 6.* egoque illud de agnatis qui sint in eadem familia, proprie dici puto. Jam *§. 28. I. de leg. alienus postumus* ab opposito nominatur is quoque, qui in utero est ejus, quae vxor esse posset. Re est extraneus hic postumus: ob spem vero futuri matrimonii, quo contracto si nasceretur, suus futurus esset, nunc, h. e. eo nondum contracto, sed fortasse futuro, dicitur alienus. Igitur quamquam plerique extraneos esse omnes, qui patriae potestati non subsint, contendunt; quamquam negare nequeo, verba: *alienus, extraneus heres*, in legibus promiscue legi: exigit tamen ratio dividendi quam posui, ut utrique separentur. Leges ita facere permittunt; neque hoc alienum a latini sermonis natura. Nam verbum *extraneus* paulo generalius accipitur, ut notetur is, qui nullo prorsus cognationis vinculo testatori junctus est. *l. 6. D. de ventre in poss. mitt. l. 55. §. ult. D. de ritu nupt.* Atque hoc est, quod ob hanc dividendi rationem et necessitatem volo. Et militat pro mea sententia CVIACIVS, in alienis, qui potestati subjecti non sint, distinguens agnatos, cognatos, prorsus extraneos; licet haec divisio proprie ad successionem legitimam spectet. Neque movet me communis notio postumi alieni, h. e. ejus qui natus, in potestate quidem, sed non continuo suus futurus est, quam fere omnes amplectuntur. Hic enim postumus est quidem alienus, sed tantum ex aliqua parte, non mere *alienus*: a quo differt potestate patris, cui subest.

hosque distinguendi necessitas:

Quamvis vero neque ad extraneum, neque ad alienum postumum testantis officium spectet, distinguendum tamen fuit, ut, quinam mixti et quare dicerentur, intelligeretur. qui sunt inter suos et alienos medii. Carent enim jure suitatis; quod aliquando nanciscì possunt: similes ergo ac dissimiles sunt suis aeque ac alienis: debent ergo ab utrisque idonea appellatione discerni, ut adeo audiant *mixti*: quae appellatio non Legum quidem, sed DVARENI, RAMOSII aliorumque probatur ac defenditur auctoritate. Mixtum itaque intelligo eum, qui est suus, non hoc sensu, ut habeat jus sui heredis, sed hoc, ut sit, sicut suus, in potestate patris, jus sui aliquando habiturus.

2. nomen suorum generaliter acceptum;

Jam *suorum* nomine generaliter accepto omnes venire, qui sint et in familia et potestate, probaturus, huius rei argumentum petere possem *ex l. 220. D. de V. S. et* CAIO *lib. 11. Inst. tit. 8.* Ibi enim liberorum appellatione nepotes, pronepotes caeterosque qui ex his descendant, contineri, hosque omnes *suorum* nomine XII Tabb. comprehendere asseritur: quos CAIVS c. l. *suos* nominat,

minat, si per virilem sexum descendant. Verbum *liberorum* latius quidem patere videtur, convenire tamen cum voce *suorum*, si, quantum ad Jus Antiquum, foemininam posteritatem exceperis, recte hinc potest colligi, §. *8. I. de her. quae ab intest.* quod de postumis quoque accipiendum esse patet *ex* §. *6. f. 7. 8. I. eod.* Si vero hi omnes qui sanguine propagantur, *sui* esse intelliguntur; eos sic appellari ob potestatem cui omnes, et proximiores et remotiores, subsint, cogitur §. 2. *I. eod.* Quod ita se habere, ac hoc quod in his locis de heredibus affirmatur, ad postumos quoque referri posse, imo debere consequitur *ex* §. *26. I. de leg.* Si enim postumus ex filio emancipato est alienus, cui olim inutiliter; ab opposito postumus ex filiofamilias est suus, cui utiliter legabatur *l. 17. D. de leg. 1.* Recte igitur TAVRELLVS *ad h. l. nomine suorum* generalius accepto intelligi existimat omnes sanguine propagatos: modo addatur, si sint in potestate l. 28. §. 1. l. 31. D. h. t. l. 2. *de test. tut.* Gravissimum autem hujus rei argumentum ducitur ex §. *3. I. de her. qual.* Ibi enim extranei definiuntur esse, qui testatoris juri subjecti non sint: sequitur ergo, omnes huic juri subjectos appellandos esse suos. Quorum duas esse dixi species: *suorum*, verbo strictius accepto, et *mixtorum:* quorum species et differentiam facit jus sui heredis. Sui heredis nomine quis appelletur, supra definivi: quomodo et quare sic appelletur, postumumque eodem sensu dici suum, postea videbimus. Mixtos vero inter suos relatos volo; quia in quo conveniunt cum suo, id majus est et praevalet. Sunt enim, sicut suus, in potestate; sunt eo loco constituti, ut aliquando possint esse sui heredes: ita ut testantis officium ad eos quodammodo spectet: atque eandem ob causam postumos nepotes suos dici debere asserit ex §. *postumi quoque I. de her. quae ab int.* ALEXANDER in SCHVLTINGII *Jurisp. Anteiust. p. 98. n. 15.* In legibus vero hi postumi nominantur modo sui, modo (et plerumque) alieni, pro diverso in singulis locis respectu. SCAEVOLA h. l. de his dicturus satis caute abstinet verbis suorum et alienorum, ac postumos nepotes loquitur.

Suorum species.

Non vero ad hos tantum appellatio mixtorum, sed etiam ad proprios postumos pertinet referrique debet. Sunt enim casus, in quibus postumus proprius non est in potestate et suus heres testatori futurus, si nascatur tempore testamenti. qui locum habent ratione peculiorum, de quibus filiisfamilias jure patrumfamilias testari concessum est §. *6. I. de test. mil.* Sic e. g. postumus proprius quem sperat nasciturum filiusfamilias, non est suus heres filio de peculio castrensi aut quasi castrensi testanti futurus *l. 28. h. t. l. 33. D. de test. mil.* quia non est in ejusdem, sed patris ejus, potestate: neque vero prorsus alienus dici potest, quia, quam pater vel habet in nato, vel habiturus esset in nascituro, potestatem, hanc vita decedens translaturus est in filium; ita ut hic de quo nunc agitur, postumus proprius, licet nunc non sit, esse tamen possit aliquando suus heres filio testanti rupturusque, quod ab initio ob defectum patriae potestatis et suitatis validum fuerat, ejus testamentum: sive sit natus tempore testamenti, sive nasciturus, hoc est perinde, quando de jure rumpendi quaerimus. Sed tamen, cum nepotes, vivo avo, praecedente eos filio, nati, atque hoc de potestate subducto, non *agnasci* sed *succedere* vel *quasi agnasci*,

Nomen mixtorum ad quos?

sci, non *postumi*, sed *postumorum loco esse* dicuntur, equidem in hoc postumo proprio idem servari malim, ut, natus vivo avo eodemque patre, postea in filii potestatem et primum locum in eius familia veniens non *postumus*, sed esse *postumi loco*, non *nasci* filio suus heres, sed *venire in locum sui heredis* vel *quasi nasci* dicatur. Ac in his etiam casibus semper, sicut alias, excipitur militis testamentum; quod non rumpitur *l. 28. D. h. t.* Addere quoque placet, in his casibus locum invenire posse regulam: quoties suo heredi non statim ut decessit parens, sed ex intervallo deferatur hereditas, toties evenire posse, ut idem duobus suus heres existat: quam eleganter scribit VOORDA *lib. 1. Interprett. c. 7.* Neque dubium esse potest, quin et in his, sicut in reliquis rumpendi casibus eadem sit postumarum conditio et jus idem, rupto testamento, succedendi in bona filii testatoris. Ratio enim diversitatis nulla afferri potest: ac errare videtur CVIACIVS ad VLPIANI *fragmenta Tit. XXII. §. 18.* ubi *postumi cuiuscunque sexus rumpere* dicuntur, postumos natis opponens, et in illis tantum differentiam sexus non attendi asserens. Nam eandem cessare in natis, qui succedendo fiunt sui heredes, manifesto apparet *ex l. 13. D. de Iniusto.* Rectius ergo dicetur, opinor, differentiam sexus in iis attendi, qui nullum dicant testamentum, non in iis, qui rumpant, praeteriti. cujus discriminis ratio deinceps declarabitur.

Sic igitur certas ac justas distinguendi rationes secutus, h. e. caussas efficientes, certam et justam quinto loco proposuisse mihi videor divisionem; *trimemberm*: bimembris enim quare fieri nequeat, supra indicavi. cui paulo majorem impendere curam placuit, ut Interpretum componerem dissensum de divisione postumorum recte facienda, utque dirimerem natas ex illo controversias de justo nomine postumis nepotibus adsignando: de qua quaestione si commemorare vellet omnes Interpretum sententias, justum facturum se esse volumen profitetur GOVEANVS ad h. l. mancam dicens esse divisionem postumorum in suos et alienos, eamque, ut hac quaestione supersederet, sic accipiens, ut, nomine postumorum ad eos relato, qui heredes esse possint, alienos interpretetur esse nepotes qui a parentibus praecedantur: utque certo constet, ad quos et formula Galli et Lex Vellea spectent. Sic enim, ut hoc unum addam, ALTAMIRANVS nepotem quem pater praecedat, negat esse suum; et recte, ob *l. 13. D. de Iniusto:* GOVEANVS contra hoc concedens, negat eum esse alienum; non minus recte, ob *l. 4. D. de* his qui sunt sui, §. *3. I. de her. qual. et* §. *26. I. de leg.* Contraria sunt haec; utrumque verum. quomodo nos hinc expediemus, nisi distinguendi ratione quam posui, ita jubente, medios inter utrosque velimus esse nepotes, ac differre ab utrisque specie, genus autem facere cum iis, quibus jure sint similiores?

Suus heres quomodo et quare dicatur? Non propter solum jus Suitatis;

Videndum nunc, SVVS HERES *quomodo* et *quare* dicatur. *Suum* esse heredem primi gradus, qui proximus sit in potestate habeatque jus sui, et ex legibus et communi omnium Interpretum consensu certum est. Magnificis sane sui heredes insigniuntur nominibus. Nam vivo quoque patre omnium quae patris sunt, quodammodo existimantur domini §. 2. *I. de her. qual. l. 11. D. h. t.*

et re

et recte: Veteres enim heredes pro dominis appellasse testatur §. *ult. I. de her. qual.* ad bona propria venire, sibi ipsi succedere *l. 1. §. sed videndum 11. D. de succ. ed.* dominium continuare, liberam bonorum administrationem consequi, illico heredes apparere et exsistere, ipso jure heredes deprehendi *l. 14. D. de suis et legit*: non repudiare, sed abstinere, non adire, sed se immiscere hereditati dicuntur; et quae sunt id genus alia. Inferunt hinc GALVANVS ex *Alciato lib. 2. parerg. c. 15.* et RAMOSIVS, suos sic appellari non relatione et reciprocatione ad patrem cujus juri subsint, sed ad se ipsos, quia sibi ipsi succedant; et ille grammaticis rationibus hinc inde congestis suam firmare sententiam laborat: frustra laborans. Concedo quidem suum, relatione ad seipsum, dici, qui sui juris sit, ut est apud *Cic. de Rep. lib. 3. Est enim*, dicentem, *genus iniustae servitutis, cum ii sunt alterius, qui esse possunt sui.* Sed his, quod debebat, non efficitur: immo contrarium. Neque enim ea huc pertinere docetur. Rationes grammaticae rem non perficiunt: notio suorum potius ex Jure ducenda. Falsum autem hoc esse, qualecunque sit, certe mancum, statim apparebit. Hoc enim ne de suo quidem herede verum est. Nam suos omnes appellari, qui patris potestate et quia illi subsint, antea ostendi *ex l. 220. D. de V. S. et §. 2. I. de her. qual. §. 2. I. de her. quae ab int.* hic enim sui omnes nominantur necessarii, quoad voluntatem patris, quia necessario fiunt heredes et voluntati patris obtemperare coguntur; coguntur autem ob potestatem patris, cui erant subjecti. Tantum autem abest, ut suus heres hic excipiatur, ut potius maxime et prae caeteris huic necessitati sit obnoxius. Accedit, quod CAIVS *lib. II. Inst. tit. 8.* et natos et nascituros propterea nominat suos, quia sint in potestate patris (hanc enim notam suorum constituit) et quod *l. 13. D. de suis*: solus pater suos heredes habere dicitur. Quod verum esse vel ex lege XII Tabb. *pater uti legassit super pecunia tutelave suae rei* etc. consequitur. Nemo enim liberos hic *suae rei* nomine venire propter jus patris cui subsint, inficiabitur. Id quod adeo verum est, ut ne filius quidem naturalis vel postumus proprius suus heres patri esse censeatur, nisi sit in ejusdem potestate, *l. 33. §. 1. de test. mil. l. 12. D. qui testam. fac. p. §. 2. I. de her. qual. l. 31. D. b. t.* quod et testatur VLPIANVS, *tit. XXII. §. 14. suos heredes*, inquiens, *esse, quos in potestate habeamus, tam naturales, quam adoptivos.* Amplius hoc colligitur ex notione *suorum*, qui absolute vel substantive appellantur, nulla successionis ratione habita. *Sui* enim appellantur omnes aut sanguine propagati, ut vult TAVRELLVS, aut rectius, qui sunt in eadem familia: vel 1) relatione ad patrem familias, cujus juri sunt subjecti, vel 2) omnino ad se ipsos invicem. Illud (1) intelligitur *ex §. 26. I. de legat.* ubi alienus postumus esse dicitur is, qui natus inter SVOS, heres testatori futurus non est. Quod ita intelligendum puto, ut, si vivo testatore nasceretur, inter suos quidem, sed non suus heres futurus sit: qualis est nepos ex filio emancipato: qui, natus, omnino est inter suos, non autem suus heres futurus, ita ut a Praetore in possessionem mitti debeat *l. 1. §. 1. 2. et 11. D. de ventre in poss. mit.* Recte enim monet TAVRELLVS ad *b. l.* SVOS in *d. §. 26.* appellari, non quantum ad jus sui, illudque, *natus inter suos*, omnino tempus nativitatis ostendere. Quodsi autem hoc verum est: *suos* h. l. dici propterea, quia sint in eadem familia, concedatur necesse est.

 Nam

Nam in eo qui jus sui habiturus est, idem requiritur, ut nascatur in familia, sive inter suos. Neque tamen hunc textum opus est ex mente TAVRELLI ita digeri: *qui natus*: *inter suos* etc. Latinitas enim postulat, ut τὸ *inter suos*, ad vocem, *natus*, referatur; et constat sibi textus, modo in τῷ *natus inter suos*, de hereditate non cogitemus. Hoc enim differunt illa: *nasci inter suos* et *suum futurum esse*: ut non ibi, sed hic de successione legitima sentiamus. *l. 220. D. d. V. S.* Hoc vero (2), suos scilicet nominari omnes, qui sint in familia, relatione ad se ipsos invicem, non ad patrem familias, cognoscitur ex *l. 1. 2. D. de accus. l. 8. 12. 19. C. qui accus. n. p.* Ex illo autem adeo confequi videtur, heredem suum, nominatum fuisse heredem ex suis, ad quem propter jus suitatis quod habet, spectet illa patris testatoris eum instituendi exheredandive obligatio. Quare assentior quidem VOORDAE *Interpretr. l. 1. c. 4.* definitionem suorum a IVSTINIANO §. 2. *I. de her. qual.* propositam amplectenti, ibique appellationem *domesticorum* heredum cum Heineccio interpretanti de iis, qui in patris potestate dominioque constituti et ita proprii sint, ut res ejus videantur esse, adeoque verbum, *domesticus*, ad jus potestatis quod olim fuerit dominium Quiritarium §. 9. *I. de test. ord. l. 6. D. quod cuiusque univ. nom.* referenti. Sed hoc quoque, licet ad verum propius accedat, atque, si alterutro contenti esse deberemus, omnino eligendum foret, mancum est, certe quantum ad heredem suum: neque notionem suorum heredum, qui numero pluralivo nominantur, prorsus absolvere videtur. Efficiunt enim fortasse haec, quae VOORDA c. l. pro sua sententia affert, magis notionem suorum, qui absolute dicuntur, non suorum heredum: quorsum enim opus addere τὸ *heredum*, quidve sibi haec vox vellet, si, quae dicit VOORDA, ad constituendam Suorum notionem sufficerent? Non autem sufficere intelligitur *ex l. 7. pr. D. de bon. damn.* ubi docemur, nomen suorum indictum esse liberis, quia ratione naturali ad debitam successionem vocarentur. Quare utramque et RAMOSII et VOORDAE sententiam conjungendam esse dicendumque existimo; et *suum* et quodammodo adeo *suos* hoc nomine insigniri, partim ob patriam potestatem, cui subsint, partim ob jus suitatis, quo gaudeant: *) ita tamen, ut patria potestas faciat hujus rei caussam primariam et formalem, jus suitatis secundariam et ma-

neque ob solam cui subest, patris potestatem:

sed ob utramque caussam.

Hinc prima ratio inter utramque.

*) Ne cui in eo, quod, excepto suo herede, suis quoque, h. e. filiabus et, quos pater praecedit, nepotibus jus suitatis antiquo etiam jure competiisse asseram, turpiter labi videar, haec quae dixi, sic intelligi velim. Jus suitatis duplicem habet originem et caussam. Nascitur enim vel ex sola sanguinis conjunctione et naturalis gignentium adversus genitos amoris affectu, vel et ex hoc et ex lege civili, ratione Juris Publici ita suadente et postulante. Hoc Suo heredi soli competere certum est: illud autem pertinet ad omnes sanguine propagatos, qui sunt, sicut Suus, in familia quosque amore fere aequali parentes prosequi solent. Ex hoc, quia accedit legis jussus, oritur patris Suum instituendi exheredandive obligatio civilis, adeoque majus adversus Suum pietatis officium: quod in caeteris nec evanescit, nec a legibus plane deseritur, minus tamen sustinetur et adjuvatur; ita ut filiae nepotesque contenti esse debeant, si vel parentes, se eos ab hereditate remotos velle, silentio declaraverint. de quibus postea pluribus erit disserendi locus: in praesenti sufficiat monuisse, me non fugere, *Jus sui*, quod, sicut *suus heres*, stricte appellatur, huic soli, caeteris exclusis, competere.

et materialem. Quamvis enim jus suitatis ex lege civili competat, tamen, an, cuive competat, facti quaestio est. Non enim, neque prius competit, nisi illi, qui et a quo tempore in patris sacris et potestate esse coepit. Unde amplius consequitur, patriam potestatem esse caussam conditionalem, sine qua jus sui non competat. Eum enim lex tantum vult esse suum, quem pater vel ex uxore sibi natum susceperit, vel civili facto in potestatem redegerit. Igitur suum aeque ac suos vel hanc ob causam, ex majore parte, propter patriam potestatem, cui sint subjecti; ex minore propter jura suorum, quibus gaudeant, his nominibus appellari verosimillimum est. Verum quidem est, et patriam potestatem et jus suitatis conjunctim et simul venire ex legibus: utrimque enim jure quaesito suscepta simul est obligatio alterius juri respondens. Ex aliqua tamen parte hoc illi subest. Patria enim potestas prius quaesita esse debet, quam jus sui heredis competere possit Veniendo in potestatem adquiritur hocce jus; exeundo ex potestate amittitur: sic jus patris tempore prius esse apparet. Patria potestas praebet caussam adquisitioni; praebet et amissioni suitatis: semper igitur potior est caussa patris.

Hanc sui heredis notionem ab origine et caussa, quam duplicem esse dixi, deductam esse veram, nisi sponte intelligitur, ex eo percipitur, quod, qui suus heres, idem et filiusfamilias appellatur, duas pariter atque easdem ob caussas *l. 11. D. h. t.* quia nempe vivo etiam patre dominus quodammodo bonorum patris existimatur *c. l. 11.* (ob jus sui heredis) et quia est in potestate patris *l. 4. de his, qui sunt sui. l. 195. de V. S.* Id quod et ex vero vocis, *familia*, conceptu patet. *Familiae* enim *appellatione omnes*, ait VLPIANVS *l. 25. §. 2. D. de Aedit. Ed. qui in servitute sunt, continentur, etiam liberi homines qui bona fide serviunt*; id quod vel ex verbis Decemvirorum: *agnatus proximus familiam habeto:* colligi potest; adeoque omnes qui juri patrisfamilias subiecti sunt; ergo et liberi *l. 40. §. 2. D. de V. S.* Ad personas autem proprie refertur hoc nomen, quae sunt sub unius potestate *l. 195. D. de V. S.* verbis *iure proprio.* Sed et latius patet haec vox. Nam appellatione familiae et ipse princeps familiae continetur *l. 196. D. de V. S.* Continentur ergo hac appellatione omnes, qui sunt eiusdem domus et eorundem sacrorum participes. Filiusfamilias igitur duplicem ob rationem hoc nomine audit, et quia est nunc in familia, h. e. in potestate patris et sacris domesticis, et quia olim habiturus est familiam, h. e. idem jus, quod nunc habet paterfamilias *c. l. 11.* adeoque partim ob patris potestatem cui subest, partim ob jus sui heredis quo gaudet. Ex quibus amplius licet inferre, simili, licet non pari, ratione appellari quoque filiasfamilias, et qui deinceps sequuntur *c. l. 195.* Nam filiae et nepotes comprehenduntur appellatione suorum, liberorum, *§. 6. 8. I. de her. quae ab int.* quia sunt in potestate, in familia, neque a jure suorum plane excluduntur.

Notio suitatis proposita defenditur.

Quare quomodo tandem cunque leges de his heredum suorum juribus in bonis patris viventis loquantur, id proprie dictum accipere non debemus, ne his ipsis legibus iniqua interpretatione fraudem faciamus. Dicuntur vivo quo-

quoque patre bonorum quae eius sunt, domini; sed *quodammodo*: ob spem legitimae successionis ac debitae hereditatis. Verum enim dominium eius esse non potest, qui ipse ita est in dominio, ut nulla bona habeat, omnia patri, sicut servus domino, adquirat. Dicuntur ergo *quodammodo* domini bonorum quae patris sunt, propter jus suorum heredum: quod vivo patre quasi quiescit omnique caret effectu; statim autem a morte patris vim suam exserit, ita ut heredes sint, nullo novo facto accedente, quia jus hereditarium iis quaesitum fuit statim eo tempore, quo in potestate, domo sacrisque patris, adeoque cum eo in possessione bonorum esse coeperunt: quod in extraneis secus est, qui facto adquirere sibi debent hereditatem ipsis delatam. Atque hanc ob caussam continuatio dominii, nulla hereditas esse dicitur, ipsi rerum suarum liberam administrationem nacti fuisse videntur vocanturque naturali ratione, tamquam tacita lege, ad successionem debitam ob sanguinis coniunctionem; cui leges civiles effectus addiderunt, ut inde exsisteret unitas personarum maxime in successione conspicua. Hactenus igitur existimabantur domini, ut sine aditione succederent: Vere autem non fuere domini. Atque si vel naturale eos dominium in bonis patris viventis habuisse, benigne sentientes, largiamur: hoc tamen satis exiguum fuit, cum patri paucis verbis eos hoc dominio privare liceret. Vere igitur non dicuntur domini: quod ipse agnoscit RAMOSIVS in hac re parum sibi constans. Rectius itaque dicetur, heredes suos, vivo parente, habuisse, non dominium, sed spem dominii certam, legibus firmatam et, quia in potestate demoque patris esse coeperint, quaesitam, ita ut hoc jus nisi pater aliud declaraverit, statim a morte illius effectum habeat, ut verum dominium consequantur sibique ipsi succedere videantur in bona, quae propter unitatem personarum cum patre possedissent.

Postumum suum eodem sensu dici comprobatur:

Dicta sunt haec, ut, quomodo et quare postumorum quidam appellarentur sui, intelligeretur: eosque eadem ratione et ob eandem caussam ita nominari, et ipsa rei natura postulare videtur, et omnes, nisi verbis, re tamen consentiunt Interpretes praeter GALVANVM ad h. l. p. 14. Postumorum enim non fit mentio, nisi quando de juribus eorum et commodis agitur: postumumque suum cum dicimus, eum intelligimus, qui natus, suus heres, sicut alienum, qui heres futurus non est. Nihilominus tamen contra sentit GALVANVS c. l. ipse sibi contrarius. Natos nominari suos contendit relatione ad seipsos, quia sibi ipsi succedant; postumos vero suos appellari, ut opponantur emancipatis, h. e. relatione ad patrem cuius potestati per Juris interpretationem subsint; parumque cautus addit, *proximiore gradu*. Illud enim, *in potestate esse*, vel *non esse*, sufficit ad distinguendum inter suos et emancipatos: et hoc *proximiore loco*, vel redundat, vel, si addendum fuit, aliam ob causam addi debuit. Contraria profert GALVANVS, qui jus sui heredis nulli prorsus postumo competere, dum sit in utero, audacter antea affirmaverat, propterea, quod suitas, ut competeret, duo requireret copulative, velut necessarias conditiones, 1) ut aliquis sit gradu proximior, 2) ut sit in familia seu potestate constitutus. Hoc, ait, non convenire in postumum. Sed neque illud convenit. Nam, de suo quando quaeritur, utrumque simul aut adest, aut abest. Praeterea, inquit, adesse

adesse debet subiectum cui suitatis qualitas inhaereat, quia non entis nullae sunt qualitates. Exigua sane sunt haec et nullius fere momenti. Transeo tamen, hac oblata occasione, ad quaestionem maxime necessariam; de ratione quae patriam potestatem et jus sui heredis intercedit: qua declarata, quanti sit haec GALVANI sententia, elucescet.

Cujus rei causa de ratione inter patriam potestatem et jus suitatis agitur.

De ratione quidem primaria quae est inter jus utrumque patris et heredum suorum, nonnulla monui antea p. 20. 21. cum in verum suorum heredum significatum inquirerem. Quibus nunc addo haec: patris et liberorum jura, cum conjunctim oriantur ex legibus et eadem juris publici ratione, sintque coordinata et in relatione reciproca, sic esse copulata et connexa, ut alterutrum per alterum certis et legitimis circumscribatur limitibus. Sic ex legibus XII Tabb. (de jure enim antiquo solo nunc res agitur) Suis quidem debentur bona patris, ita ut iis deferatur hereditas ipso jure, si pater vel intestatus decessit, vel eos testamento non exheredes fecit. Legitima igitur quidem est eorum successio: sed ita limitata, ut parentis voluntate contenti esse debeant liberi, sive heredes ipsos sive exheredes fecerit, utque sive ab intestato, sive ex testamento succedant, bona magis ex benevolentia et amore parentis, quam legum beneficio obtinere videantur, seque plus debere patri, quam legibus debeant existimare: quippe cujus voluntas sive declarata, sive non expressa, proxima est successionis ad quam vocantur, caussa. Scripsit eos heredes; benevolentiae illius acceptum referre debent, quod accipiunt: sine testamento decedit; benevolentiae ejus debent, quod succedant, quia, cum posset, eos exheredes facere noluit. Tantum enim jus patris erga liberos leges esse voluerunt, ut eos, sicut ex manu dimittere, ita, quos non manumisisset, vel ex minima parte heredes, vel plane exheredes scribere liceret. Eandem ob caussam nullos nisi hos limites patri leges scripsere, ut si liberos hereditate privatos vellet, hoc se velle, certo modo ac certa lege demonstraret: quod aliter Sui, aliter remotiorum ratione fieri et potuisse et consuevisse postea erit differendi locus, cum de praeteritione vel antiquitus illicita dicetur. Mitto enim hanc alteram inter utramque liberorum patrisque jus relationem reciprocam, ut ad propositum revertar.

Illa est hujus et caussa conditionalis; quod in natis ac testamento nullo: et nota; quod in nascituris quoque ac rupto testam. spectatur.

Quamquam igitur utraque jura, patris aeque ac liberorum, conjunctim oriantur ex legibus faciantque caussas connexas, ut neutrum sine alterutro competere possit: patris tamen caussam et priorem esse et potiorem antea dixi. Est enim caussa conditionalis, sine qua jus suitatis nemini competere potest, nisi qui illi fuerit subjectus; vel in quo locum habeat obligatio patris huic juri respondens: adeoque in eo tantum, qui natus est. Hoc verum esse libenter concedo; sed tam late, ut vult Galvanus, patere nego. Non enim in universum hoc verum est, sed quando de testamento ita scribendo, ne nullum dici possit, agitur: quod *ex l. 33. §. 1. D. de test. mil. l. 12 f. qui test. fac. poss.* perspicuum est. Aliam vero esse rationem testamenti ita faciendi, ne rumpatur, sponte intelligitur. Sicut enim patria potestas est suitatis caussa conditionalis, ita est quoque ejusdem nota essentialis: quae et in natis et in nasci-

nascituris conspicua est. Atque sic spectata omnem dirimit controversiam, quando, utrum testamentum rumpatur, necne, quaeritur. Nam conditio necessaria essentialis ejusdem rei, cujus est caussa, facit notam et characterem: ita ut inde vera duci possit et definitio et dicidendi ratio, quando de testamento rupto quaeritur. *Sic* §. 2. *J. de ber. qual.* heredes sui definiuntur, esse, qui testatoris juri subjecti sint. *Sic l. 12. in f. D. qui test. fac. p.* pro nota et caussa suitatis scribitur: *suus heres dici non potest, qui in potestate morientis non fuit: Sic l. 33*, §. *1. D. de test. mil.* proposita quaestione, utrum rumperetur testamentum filiifamilias militis, nato postea filio, milite adhuc vivo, rumpi negatur ob hanc rationem, *quod non fuerit in potestate militis natus ex eo filius.* Est ergo nota, ut ita dicam, characteristica suitatis patria potestas: quae nascituris aeque ac natis convenit. Quod apparet *ex* §. 2. *J. de ber. quae ab intest*: ubi postumi *quoque sui heredes* dicuntur, *qui, si vivo parente nati fuissent, in potestate ejus futuri fuissent*: quibus quidem verbis definitionem inesse, neque cum ALTAMIRANO negare, neque cum aliis, quos idem reprobat, addere velim, *et primum gradum obtineant;* quia haec verba tacite insunt et inesse debent, ut de suo herede valeant. Idem fere legitur in §. *4. et 8. J. eod.* Neque audiendus est GALVANVS planum verborum h. l. sensum in suam rem iniqua interpretatione detorquens, verbo, *quoque*, plane neglecto. Ac magis hoc confirmatur auctoritate VLPIANI *Tit. 22.* §. *15. postumi quoque liberi*, dicentis, *id est, qui in utero sunt*, SI TALES SVNT, *ut nati, in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt*: cui consentit CAJVS *lib. II. Inst. tit. 8.* Magis hoc apparet *ex l. 7. pr. D. de bon. poss. c. 1.* ubi postumus venter is esse dicitur, qui TALIS sit, ut natus, bonorum possessionem contra tabulas habiturus esset; quae non nisi liberis datur *l. 1. eod.* Habes hic notam suitatis satis perspicuam. Nihil ergo nos morabuntur *l. 33.* §. *1. de test. mil.* et *l. 12. D. qui testam fac. p.* has enim leges huc minus spectare, et ex contextu patet, et ex differentia testamenti nulli et rupti magis patebit. Recte igitur ALTAMIRANVS sufficere affirmat, *quod esse potuerint in potestate*, si nati fuissent mortis, aut quibusdam in casibus, *v. c. l. 1.* §. 8. *D. de suis* delatae hereditatis tempore: quod ut possint, nihil requiritur ex XII Tabb. quam ut sint mortis tempore in utero *l. 6. D. de inoff.* h. e. quodammodo in rerum natura, *l. 7. D. de suis*, ita ut magis sperare liceat, eos nascituros, quam metuendum, ut nascantur. Sed addere neglexit vir laudatus caussam, quare hoc sufficiat: quae cernitur et in lege naturali, qua bona genitoris ad genitum transferri aequum *l. 7. de bon. damn.* et in lege XII Tabb. cum illa conspirante eamque juris publici rationi adcommodante, cui conservationem gentium Rom. propositam fuisse constat. Utraque enim lege quasi quaesita dici potest parentum hereditas liberis, non solum natis, sed et quodammodo nascituris: in quibus utriusque juris ratio aeque locum habet, si certo nasci sperantur, seu si sunt in utero: his vero non quidem actu et re, sed potentia et spe: postumus enim non est suus heres, nisi fuerit editus *l. 5.* §. *1. l. 6. 7. D. de reb. dub.* Vtraque lege parentes posteritati prospicere tenentur: quod ni fecerint, testamenta ipsorum in periculum nulli aut rupti adducunt; quia contra legem agunt et officium pietatis deserunt. Sed haec cura parentum posteris prospiciendi ad nasci-

nascituros non minus, quam ad natos spectat. Et sic intelligendam existimo *l. 3. D. si pars hered. pet.* quam ad ipsam legem decemviralem de postumis quin referam, nil esse video, quod impediat. Atque hinc intelligi potest, quid sibi velit id quod in Jure dicitur; nascituros pro natis haberi, quoties de eorum commodis agatur *l. 7. 26. D. de Stat. hom.* quodque in successione imprimis locum habet *l. 30. §. 1. D. de adq. her. l. ult. unde legit.: l. 1. §. 8. unde cognati.* Igitur quatenus patria potestas notam juris sui heredis facit, quae in postumis aeque ac in natis conspicua est, quantum ad debitam hereditatem, hactenus nascituros pro natis ac heredibus suis eodem singuli testatori gradu, quo, nati, futuri fuissent, habendos esse dico: adeoque non reputantur pro natis, quatenus patria potestas est caussa suitatis. In natis igitur patria potestas et caussam et notam hujus juris facit, in nascituris non caussam, sed tantum notam. Ut enim sit caussa; adesse debet, qui jus sui heredis sibi sit quaesiturus veniendo in potestatem. Quare falsum est, quod asserit GALVANVS *ad l. l. p. 13.* jus sui heredis postumo prorsus non competere, sibi ipse, dum eos pro natis haberi etc. jusque suitatis commodum esse concedit, contradicens. Non vere quidem sunt sui, quia, licet sint in utero et nasci sperentur, incertum tamen est, an nascantur, et quia natus esse debet, quem vere et plene suum appellare possimus. Sunt vero tamen sui, ex mente legum. In hoc similes sunt natis: a quibus differunt tantum, quantum interest inter testamentum nullum et ruptum. (Licebit enim fortasse hujus diversitatis rationem ab effectu repetere.) Nati nullum dicunt testamentum, in quo sunt praeteriti, quia, cum veniendo in potestatem spem succedendi *quaesitam* habent, vere sunt heredes, neque ad eos hereditatem ex legibus debitam pertinere ullo modo potest dubitari: postumi rumpunt praeteriti, quia nondum natis plane nihil potest esse *quaesitum*, adeoque ne spes quidem succedendi, utut legitima; quia, utrum nascituri sint, necne, incertum: ita ut obligatio parentum adversus eos efficax non adsit; quae in natis tantum locum habet: verbo; quia non sunt vere et re, sed tantum juris interpretatione ac spe sui heredes. Parentes nascituros praetereuntes non laedunt pietatis officium, non injuste agunt, quia non adest, cui debeant, cui jus sui heredis quaesitum esse dicatur: valent ergo ipsorum testamenta. Simul autem atque natus est, qui sperabatur, patrem de hoc non cogitasse, de quo, si natus fuisset, cogitare; neque legem dixisse, de quo dicere debuisset, constat. Statim ergo mutatur et infirmatur jus testamenti, ut hoc valere nequeat. Mutata praesumitur testatoris voluntas, statim ut natus est, qui, nisi de eo legem dixerit pater, rupto testamento ex jure communi vocatur ad hereditatem. Hoc differunt nati et nascituri: quam differentiam quod excedit, id non sine iniquitate huc extenditur. Quare sic salva est regula, quam ALTAMIRANVS *l. 33. §. 1. de test. mil.* inesse dicit: quae ad heredes vere tales, h. e. natos referenda, adeoque hic non attendenda est. Sic et intelligendum, quod, ut antea monui, GALVANVS de necessariis suitatis, ut vere et cum effectu competat, conditionibus asserit: quod similiter de natis tantum, adeoque de postumis non prius valet, quam in lucem sunt editi: alias enim jus quod habere dicuntur, omni caret effectu *l. 1. §. 8. D. unde cognati l. 7. pr. de reb. dub. §. 1. vers. ideoque Inst.*

quod illustratur differentia quae est inter testamentum nullum et ruptum.

de exher. lib. Nati autem, ſtatim potiuntur jure ſuorum heredum, quia futuri fuiſſent, ſi teſtator adhuc viveret, in ejus poteſtate. Convenit igitur in poſtumos, ſicut nota ſuitatis, ſic jus ſuorum heredum: ita tamen, ut hoc non latius pateat, quam illa: adeoque poſtumo qui ſperatur, jus ſui heredis competit tantum ſpe; quia nil niſi nota ſuitatis: non re; quia cauſſa ejusdem in eo locum non prius habet, quam in lucem fuerit editus: ergo hoc jus illi denegari non poteſt, in quem nota hujus juris conveniat. Patria enim poteſtas non ſolum tamquam cauſſa, ſed et tamquam nota ſuitatis ſufficit, ut aliquis ſit ſuus heres, licet utroque reſpectu non aequali jure et effectu, quia ratio Antiqui Juris, ex qua et patris et liberorum jura judicantur, in naſcituris, modo naſcantur, non minus locum habet, quam in natis. Hoc modo facile carere poſſumus et miraculo, ſine quo non fieri poſſe dicit BELLONVS, ut aliquis ſit ſuus heres, qui in poteſtate patris non fuerit, et fictione, qua agnationem et inſtitutionem poſtumi ſuſtineri naſciturumque pro nato haberi fingit RAMOSIVS ad h. l. c. 2. §§ 8. 9. omni deſtitutus ratione miſcensque quaeſtiones plane diverſas; an ſcilicet pro ſuo habendus ſit naſciturus, et an licuerit eum inſtituere: cujus opinioni CONRADIVM *ad h. l. p 8.* cedere miror. Nam manifeſto falſum eſt, quod nobis perſuadere parat Ramoſius; ex fictione eſſe (quam pro conditione eſſe ait, ita ut ceſſare poſſit) ut teſtamentum, in quo praeteritus eſſet poſtumus, valeret ab initio. Valet enim, quia, cum non adſit, cui jus ſui heredis quaeſitum eſſe dicatur, nil injuſte factum eſt. Vera enim et efficax obligatio teſtatoris non niſi adverſus eum locum habet, qui vere in rerum natura exſiſtens jura ſui heredis quaeſita habere poteſt: qua deficiente, nihil fit injuſte; ita ut teſtamentum, vitio carens, ab initio valere debeat. Nec verum eſt fictionem eſſe pro conditione: eundem potius quem veritas, niſi cum hac circa idem verſetur, habet effectum, uti videre eſt §§. 6. 7. *h. l.* ita ut nullum deberet eſſe teſtamentum poſtumo praeterito, ſi naſciturus in poteſtate fuiſſe fingeretur, quod non eſt. Praeterea fingit RAMOSIVS hanc fictionem. Neque enim XII Tabb. poſtumi mentionem facientes fingunt, neque Prudentes ante *Gallum* finxiſſe probari poteſt: quos nil niſi hoc induxiſſe conſtat, ut poſtumum ſuum inſtituere liceret, neque GALLVS, qui formulam ſuam, ut teſtantibus conſuleret, ex jure tum recepto concepit. Fingere Praetori conceſſum, vel potius condonatum eſt, non Prudentibus: quos fictionibus inductis legibus derogaſſe nullo modo probari poteſt, quicquid praeter alios et cum multis aliis contra ſentiat CONRADI *de vita Scaevolae p. 45.* Accedit, quod in nepotibus tempore teſtamenti natis, qui praeceduntur, nulla prorſus fictio locum habere poſſit, ut illis praeteritis teſtamentum ab initio valeat. Nihilominus tamen valet; quia jure primi gradus carent. Veniendo in primum locum poteſtatis rumpunt eodem jure, quo naſcituri: ergo ob eandem cauſam.

Quae cum ita ſint, poſtumos aequali ratione ac natos ſuos eſſe dicique debere affirmo propter duplicem relationem et cauſſam: ita ut haec bina: *Subeſſe patriae poteſtati; jure ſui heredis gaudere*: conjuncta immo connexa abſolvant *ſuorum* notionem, quicunque hac appellatione audiant.

De

De omnibus itaque, qui sunt in potestate, hoc intelligi volo et deberi puto: de natis; de nascituris: de proximioribus; de remotioribus, cuiuscunque sexus: non autem de singulis eodem sensu ac modo. Nati et nascituri, quomodo hac in quaestione conueniant atque differant, dixi; dicendum ergo pari modo de Suis primi et ulterioris gradus: atque sic transit oratio ad quaestionem maxime necessariam de caussa testamenti non solum per postumum, sed etiam, per postumam rupti: (per hanc enim ruptum fuisse ex formula Galli manifesto constat argumento) quam omnes quos equidem vidi, Interpretes plane intactam relinquunt, excepto ALTAMIRANO, qui, proposita ad verba legis: *Sive quae neptis — nata erit:* interrogatione: *num igitur rumpit?* eam tetigisse contentus est, cautius esse putans, ea verba addi: et RAMOSIUS, licet multus in h. l. sibi ipse in hoc impar illa verba non nisi ambiguitatis vitandae caussa adiecta fuisse opinatur: quod utrumque secus esse statim erit manifestum. Nam Gallum haec verba: *sive quae neptis — nata erit:* ut testamentis, quod ei propositum fuisse deinceps docebitur, recte consuleret, adiere debuisse, ex eo certum est, quod postumae non minus quam postumi praeteritio testamentum in periculum rumpendi adducebat. cui rei argumento certissimo est id, quod dicit CAIUS *lib. II. Inst. t. 2. §. 2. postuma sicut masculus rumpit, et Ulpianus Tit. XXII. §. 22. postumi quoque cuiuscunque sexus, omissi, quod valuit testamentum rumpunt.* Idem est §. *15. I. de her. quae ab int. l. 3 pr. D. de Iniusto §. 1. I. de exher. lib. et § 2. eod.* quod extenditur ad eos, qui quasi nasci et agnasci dicuntur. *l. 13. D. de Iniusto.* Ex quibus locis sexus differentiam in omnibus qui rupturi sunt, ut supra observavi, cessare consequitur: quod Antiquo Jure obtinuisse testatur Imperator §. 5. *I. de exher. lib.* Par igitur est et filiae et neptis, ac utriusque, sive vere sive quasi postumae conditio, et utriusque melior, quam filiae natae: cum qua tamen neptem postumam comparare, quod CONRADIUM fecisse video, inutile esse existimo. Verum enim hoc quidem est, sed huc non trahendum, quia quaestio de testamento rupto ad natos, qui sunt primo in potestate loco, plane non pertinet. Quare non nisi filiam neptemque, postumas, comparare licitum: quarum utraque eodem jure gaudent. Neptis enim, veniens in locum filii, patri non est loco filii, sed filiae: cujus jure potitur. Filius et filia, nepos et neptis sunt in eadem conditione eo tempore quo, quem nunc non habent, primo in familia loco sunt futuri, ut, simul ac se hoc loco inveniant constitutos atque praeteritos, rumpant testamentum. Filiorum igitur, natorum et postumorum, eadem, filiae vero natae et postumae, praeteritarum tam diversa conditio est, ut hujus conditio longe sit potior, ut testamentum sicut masculi rumpat, natae vero nullum dicere, sicut masculi, non possit.

De caussa testamenti per postumam rupti:

Quae quidem juris diversitas sane notatu dignissima ac ita plane singularis est, ut ejus rationem et caussam scrutari operae pretium videatur: de qua nunc age videamus.

Binas autem hujus rei rationes mihi videor invenisse: 1) diversam testamenti nulli et rupti originem et caussam et, 2) jus suitatis, cujus supra paucis mentionem inieci, duplex, *naturale* scilicet et *civile.* quarum illa huic ita subest, ut

quae duplex est: sc. 1) Jus suitatis, vel naturale, vel civile;

et 2) origo diversitatis inter testamentum nullum et ruptum:

ut non recte possit intelligi, nisi ex hoc derivetur. Aliter enim rem expediri posse non video, immo dubito, nisi jus suorum heredum duplex fuisse statuamus. Testamenti enim per postumam aeque ac per postumum rupti caussae, nisi specie, certe genere, nisi eaedem, certe similes fuerint, necesse est. Jam vero testamentum per postumum ruptum fuisse propter jus sui heredis competens ipsi, modo hujus juris nota ei conveniret, h. e. modo certum esset, eum, si nasceretur, vivo testatore, primum in potestate locum habiturum esse, constat inter omnes. Caussam igitur testamenti per postumam rupti eadem generis appellatione insignire licebit; et licere deberet, si vel nihil esset praeterea, quod sic facere suaderet. Suadet autem juris, quod, qui proprie appellatur, heredi suo competit, origo: quae in liberis cujuscunque sexus et gradus conspicua est. Sanguinis enim conjunctio et amor quo genitores prosequi solent genitos, ad omnes peraeque liberos pertinet, ut inde exsistat jus suorum heredum *naturale*, et tacita quaedam naturae lex parentum animis inscripta pietatisque officium iis bene cupiendi ac prospiciendi, qui sanguine nostro sint propagati, qua hi ad debitam parentum hereditatem vocantur: ita ut suo quisque loco hac naturae voluntate monitus, sicut procreanda subole, sic et prospiciendo iis quos procreaverit, conferat ad conservationem generis humani. Quam naturae legem Reip. Rom. auctores tantum abest, ut neglexerint, ut potius eam religiose custodiverint, Nam ad successionem ab intestato omnes liberos similiter vocatos fuisse per XII Tabb. testatur *Justin.* § 5. *I. de ex ber. lib. l. 4. C. de lib. praet.* quantum vero ad jus testamentorum; eam naturae legem rationibus Juris Publici, quod sibi proprium fecerunt Romani, adcommodantes adeo adjuverunt et firmarunt, ut in caeteris liberis eundem cum natura finem, in suo autem herede pro hoc conservationem gentium Romanorum spectarent. Ex qua Juris Publ. ratione natum est Jus suitatis *civile*, ita dictum, quia, quo jura caeterorum liberorum praestat, id ex Jure Civili est, et quia leges tantos ejus voluerunt esse civiles effectus, ut heres suus natus testamentum, in quo esset praeteritus, nullum diceret. Quamquam autem jura caeterorum hanc vim non habent, non tamen omni carent effectu, neque a legum beneficio prorsus excluduntur. Filiae enim praeteritae, licet non infirmaret jus testamenti, praestabatur portio ex jure accrescendi, ac ne inter caeteros quidem exheredata recte exheredata videbatur, nisi ei esset legatum adscriptum, ex quo, patrem eam non per oblivionem praeteriisse, sed vere exheredem voluisse, constaret, *pr. I. de exbered. lib.* Nepotum autem ex filio, quos praecedebat pater, non opus erat, ut juste fieret et ab initio valeret testamentum, habere rationem; quia, cum, defuncto testatore, venturi essent in filii eos nunc praecedentis potestatem et familiam, hac ratione satis iis prospectum: nisi in eum casum, quo testamentum, occupato primo loco, rupturi essent. Patris igitur testantis officium *proprie*, h. e. ne injuste ageret, non nisi ad liberos qui primo in ipsius potestate essent loco, vel ipso defuncto sui juris futuri, pertinuit, cujuscunque sexus, licet non eodem modo ad singulos: ad remotiores, sive natos sive nascituros, *improprie* tantum, h. e. ne incaute faceret testamentum, ita ut rumpi posset per eos, qui primum in ipsius familia locum, licet nunc non haberent, nacturi essent. Quare patrem testatorem de omnibus quos haberet in potestate,

licet

licet non ob eandem juris necessitatem, certe similes ob caussas cogitare et legem dicere debuisse apparet: de suo herede; ne nullum diceret: de filiabus; ne per eas heredi scripto decrescceret contra testatoris voluntatem: de postumis cujuscunque sexus; ne rumperent. Sic ergo patrem partim *iuste*, partim *caute* agere oportuit, ut et *rite* et *recte* testaretur, atque de omnibus cogitare, quos in potestate haberet, pro arctiori vel laxiori sanguinis et juris vinculo, quo illis esset devinctus. Cujus rei eandem origine et genere, diversam effectu et specie esse caussam in promtu est. Quare testandi potestatem patribus per XII Tabb. datam, utut latissimam, per rei naturam sic limitatam esse oportuit, ut ex verbis testamenti, testatorem, si quos ex iis, quibus prospicere et naturali et civili lege teneretur, exheredes esse voluerit, hoc se velle et de iisdem cogitasse, certo constaret De quo nisi constiterit, mutatum fuisse jus testamenti notum est. Filio ergo 1) praeterito nullum erat testamentum: quia erat proximus testatori agnatus *l. 12. D. de suis et legit*: et habebat jus sui heredis ex lege debitum et, cum potestate subesse coeperit, quaesitum: 2) filiae praeteritae praestabatur portio legitima; quia erat cum filio primo loco et sua heres (sua enim et necessaria heres, sicut filius, dicitur *l. 6. D. si tabb. test. nullae*, et necessaria quidem, ratione obligationis patri incumbentis eam non prorsus praetereundi) licet non lege civili, ut nullum dicere posset testamentum, tamen naturali per Jus Civile confirmata, et quia, licet pro patre silentio eam praetereunte militet praesumtio, quod de ea cogitaverit eamque exheredem esse voluerit, non tamen ita militat, ut ipsum hoc voluisse certo constare videatur; ita ut pater illam si prorsus eam exheredem esse nec heredi scripto per eam aliquid decrescere velit, vel nominatim, vel adjecto legato inter caeteros exheredare necesse habeat: 3) postumis praeteritis; statim ut nascuntur, certum est, patrem de iis non cogitasse, de quibus, cum suorum heredum loco esse inveniantur, cogitare debuisset, ac cogitaturus fuisse praesumitur, si adhuc viveret, propter obligationem vel civilem vel naturalem ipsi iniunctam.

Quibus in unum collectis sic tandem quaestio proposita solvitur. Statim ut nascitur, qui fuerat praeteritus, postumus sibi adquirit jura sui heredis per leges ipsi servata in tempus nascendi; pater de eo cogitare debuit: non cogitasse constat; incertum, an illum exheredem voluerit esse; officio pietatis satisfacturus adeoque mutata praesumitur eius voluntas: rumpitur ergo testamentum. quo rupto res redit ad caussam intestati; ab intestato liberi cuiuscunque sexus similiter vocantur §. 5. *I. 4. C. de exher. lib.* Ita habes caussam rupti per postumam sicut per postumum ex Jure Civili testamenti. Quare testator, salvum cupiens ipsius testamentum, postumum cuiuscunque sexus nominatim, e. g. his verbis, *quicquid mihi nascetur liberorum* etc. debet scribere heredem: quod tutius esse ait VLPIANVS *tit. XXII.* §. 22. quam inter caeteros exheredare adiecto legato *l. 2. C. de lib. praet. l. 13. D. de Iniusto* §. 2. *I. de exher. lib.* Herede suo, qui natus est, praeterito; iniuste et contra pietatis officium actum esse constat; postumo; an hunc exheredem esse voluerit pater, incertum: habes naturam et caussam discriminis inter testamentum nullum et ruptum, et quare huius effectus latius pateat, quam illius.

Sic

et defenditur t. reiecta plerorumque opinione de potestate XII Tabb. patri data suum heredem praetereundi;

Sic certam huius rei rationem mihi videor attulisse: de qua, qualis et quanti sit, videant harum rerum peritiores. Ut autem, quod coepi, perficiam, dicendum nunc est de communi fere omnium Interpretum, quae dictis obstare videtur, opinione: *patribusfamilias per XII Tabb. sicut caeteros liberos quos in potestate haberent, sic adeo suum heredem silentio praetereundi datam fuisse potestatem.* Si enim hoc verum esse concedere deberemus, nulla prorsus ratio testamenti per heredem suum, natum, nulli, per postumum, rupti, afferri posset: ita ut cum CONRADIO *ad h. l. p. 7.* et PAGENSTECHERO §. *6. ad Ulpiani tit.* 22. §. *18.* aliisque, per Prudentes hoc inductum fuisse, fingere deberemus contra omnem Juris Antiqui analogiam et historiae fidem. Facillimum est fingere sine ulla ratione: sed sic fingens probantis officium male deserit, immo laedit, suae ipsius auctoritati nimium confisus. Ut enim verum ac certum sit, quicquid in rebus historicis asseritur, nisi justis firmari possit testimoniis, iusta nitatur necesse est analogia ex rebus certis vere deducta et derivata. Hoc enim, per Prudentes inductum esse, ut nullum esset aut ruptum testamentum, in quo suus heres esset praeteritus, concesso: Prudentibus antiquissimis statim primis post XII Tabb. temporibus Jus novum condendi adeoque legibus, immo juribus patrumfamilias sanctissimis derogandi fuisse potestatem, manifesto consequitur. quod nullo prorsus modo probari potest omnibusque Juris Publici rationibus adversatur. Summus enim erat patriae potestatis in Jure Antiquo favor; quippe quae esset velut basis Reipub. Romanae. Num ergo tantam antiquitus fuisse Prudentum auctoritatem probabile est, ut haec patrum jura sanctissima, quocunque vellent modo, imminuere, iisque hanc non minimam patriae potestatis partem, de re sua valide testandi, eripere liceret? num hoc eosdem fecisse probabile, quos juribus patrumfamilias admodum favisse constat? si induxerunt hoc; qua ratione moti induxerunt? an propter jura liberorum? sed his nihil juris esse potuit in bonis patris, si huic illos praeterire licuit. Inductum est hoc, inquit HEINNECCIVS *Elem. Iur. Civ. sec. ord. P. h. t.* quia saepe maligne judicabant parentes de sanguine suo. Sed hoc non nisi ad exheredationem liberorum natorum pertinet, non ad praeteritionem; atque nata est inde querela testamenti inofficiosi, non querela nullitatis. Silentio enim liberos praeteriens de iis prorsus non judicat. Et quomodo aliquis maligne judicare potest de eo, qui nondum natus est, cui nihil vere debet? illud enim, *maligne iudicare*, ponit officium pietatis, quod non nisi natis vere debetur. Praeterea exemplum parentis de sanguine suo maligne judicantis ex primis post XII Tabb. temporibus nullum potest afferri: nam exemplum Tettii apud *Val Max. VII. 8. 7.* pertinet ad finem VII. Seculi a. V. C. Hanc ob causam lege cautum, ait HEINECCIVS *l. c.* ut, qui filium in potestate haberet, curare deberet, ut eum aut institueret, aut nominatim exheredem faceret. Ergo hanc ob causam? et quanam lege? *Idem* antiquitati observatum fuisse dicit Iustinianus pr. I. de exher. lib. coll. §. 5. eod. Erat praetereundi, contendunt, quia et occidendi potestas. Valeat, per me licet, a jure occidendi ad jus praetereundi liberos consequentia, quam valere PAGENSTECHER ad *Ulpiani tit. XXII.* recte dubitat, (sic enim a specie ad speciem, hoc est, male concluditur) *haec* tamen potestas nullo prorsus firmari potest testimonio. Quanta enim cunque fuerit

patris

patris potestas; tamen, utrum suo jure usus fuerit, necne, facti quaestio est. de quo certo constare debet: ex silentio vero prorsus nihil constare potest. Militat, inquiet aliquis, pro patre filium, quem se in potestate habere scit, praetereunte praesumtio, eum de filio cogitasse, adeoque exheredem voluisse. Sed hoc ne de filia quidem verum est; quae non solum praeterita, sed adeo inter caeteros exheredata oblivione praeterita esse censetur, nisi ei legatum fuerit adscriptum, ex quo, testatorem de ea cogitasse, certum esset §. *1. I. de exher. lib.* Multo minus ergo hoc de filio, herede suo civili, cui leges magis favent §. *15. I. de hered. ab int.* valere poterit. Si vero cogitasse praesumitur pater de filio nato; eundem de eo cogitare debuisse consequitur: ita ut haec, quam patribus datam fuisse volunt, potestas in eo cernatur, ut obligationi silentio satisfacere potuerit. Si cogitasse praesumitur de eo, quem se habere sciebat: non debebat cogitare de eo, quem se non habere sciebat in potestate, immo plane ignorabat, an eum omnino habiturus esset. Quo jure igitur hic, natus, rumpit? ergone maius patris officium adversus eum, de quo, an nascituros esset, necne, incertum, quam adversus filium natum, cui vere debet? Sic omnia male miscentur et pervertuntur, simul ac a recto leviter declinatum est. Certum esse affirmat PAGENSTECHER §. *1. ad Ulp. XXII.* § *18.* praeteriri potuisse liberos non minus, quam servos, quia fuerint, uti loquitur DYONISIVS, ὑποχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Sed sic iterum a specie ad speciem concluditur; atque hoc concesso delabimur in eandem quam CONRADI tuetur, opinionem. Verum enim hoc est: licebat patri liberos, sicut servos, vendere, occidere: hactenus conveniunt utrique: et recte liberi, sicut servi, nominantur ὑποχείριοι patris, quia patria, sicut dominica potestas, erat species dominii Quiritarii, quod quando in homines competebat, *potestatis* nomine venisse existimo, adeoque hanc ob caussam omnes huic dominio subiecti communi *rerum* appellatione insigniti videntur. (Sic etiam dirimi posse controversiam vel nuper inter nostrates agitatam: an fuerint liberi *res* patris necne: crediderim. Dici liberos *res* negari non potest; dicuntur autem, quia sunt in *manu* h. e. dominio quiritario patris, ita ut solemnis ista vox *res* exprimat rationem qua liberi se habent ad patrem.) Num vero inde consequitur, liberos ex omni parte et ita prorsus servis fuisse similes, ut plane nihil ab iis different? num per omnia eadem et aequalis domini patrisque potestas? nullo modo. Liberi enim, licet subjecti potestati patris, erant homines ingenui, erant sacrorum privatorum omniumque, quae inde competebant, jurium participes. Suo tempore, scribit CICERO *l. 1. de Orat.* nondum plene constitisse, utrum, filio praeterito, testamentum esset nullum, per postumum rumpi neminem dubitasse. Ex illo tantum abest, ut aliquid pro hac plurimorum opinione concludi possit, ut potius contrarium inde pateat. Dubitatum enim est, quia in utramque partem propositae sunt rationes. Verum ergo non esse potest, ut per Prudentes Antiquos hoc fuerit inductum; et verum esse patet expressa XII Tabb. lege hoc non sancitum esse: eo tempore dubitatum fortasse propterea, quia exemplum filii praeteriti nondum extabat.

Quae cum ita sint valere velim hanc filendi potestatem XII Tabb. patrifamilias datam, cuius probandi caussa ad *l. 120. de V. S.* frustra provocatur; quam

2. *confirmata veriore sententia Junii heredem praeterire non licuisse:*

quam tamen nemini negatam cupio; atque lubentissime amplector B. WINCKLERI sententiam statuentis: ex XII Tab. patrifamilias heredem suum praeterire haud licuisse; quam *ille Vir diss. de Lege Iunia Vellea* propositam p. 18. seqq. idoneis quidem rationibus, sed, uti mihi videtur, non omnino sufficientibus defendit. Quamquam enim neque in loco quem ille pro re sua excitat, classico §. 3. *I. de exher. lib.* neque in caeteris locis probationis caussa adscriptis per τὸ *Ius Civile*, leges XII Tabb. intelligi debere ac omnino huc facere nego, neque Theophili auctoritati, ad quem provocat, aliquid detrahere volo: tamen, quum hac appellatione partim Responsa Prudentum, partim leges XII Tabb. indicantur, ratione opus esse videtur, ex qua, tam, cur praeterire non licuerit, quam ubi et quare Jus Antiquum intelligi debeat, manifestum sit. Aliter enim rationes adversantium vinci posse non video: praesertim cum, licet diversum sit, coniunctum tamen et possit et debeat esse probantis rationesque reddentis officium in eo, qui aliis persuadere parat. Quod age consideremus. Suorum heredum nomine liberos venire, propter jura suitatis iis naturali atque civili lege debita et supra ostendi, et *l. 7. D. de bon damn.* testatur: per *Ius Civile* enim h. l. XII Tab. intelligi dubitari non potest, cum hae leges suum heredem loquantur. Eas autem omnibus liberis qui post mortem patris sui juris futuri essent, prospexisse, patet ex §. 5. *I. de exher. lib.* ubi ab intestato omnes similiter vocatos esse per XII Tabb. Imperator pronunciat. Prospectum ergo liberis est per leges ita, ut natis spes esset quaesita olim habendi bona patris: propter quam vivo quoque patre quodammodo domini existimabantur. Prospectum adeo nascituris in potestate ex ipsis XII Tabb. verbis certum est: ita tamen, ut nihil juris iis prius esset quaesitum, quam nascerentur: adeoque per *Antiquos*, qui *l. 3. D. si pars hered. pet.* libero ventri ita prospexisse dicuntur, ut in tempus nascendi omnia ei jura servarent; et XII Tabb. auctores et Prudentes illarum Legum mentem interpretando secuti, intelligi debeant. Hinc nata est obligatio patris, quantacunque fuerit eius potestas, his liberorum juribus respondens; adeoque vel *naturalis* vel *civilis*. Quarum haec est ex Lege XII Tabb. *sacra privata perpetuo sunto*: ex cuius mente ad legitimam hereditatem vocabantur sui, agnati, gentiles. Lex igitur: *pater uti legassit — — ita ius esto*: qua suum heredem praeterire licuisse affirmant plerique, salvis his liberorum juribus vel omnino debitis, vel adeo quaesitis, legibusque, ex quibus ea competunt, interpretanda est. Ius suorum heredum ex Lege veniens liberis natis quaesitum erat: non igitur nisi lege contraria poterant privari hoc jure sui heredes, vel nascituri. Videamus ergo, quinam sit Legis XII Tabb. ad quam huius opinionis auctores et fautores provocant, verus intellectus et vera mens. *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.* Haec enim vera videntur fuisse legis verba; non haec, quamquam et sic legitur: *paterfamilias uti legassit, ita ius esto.* Patrisfamilias enim non fit mentio, nisi relatione ad familiam; in qua liberi sunt primo loco. Nam si legandi jus esset datum, nulla juris suorum heredum habita ratione; ea Lex iisdem verbis concipi potuisset, quibus legitur expressa *pr. I. de l. Falc. l. 53. D. de V. S. Nov. 22. C. 2. uti quisque legassit de re sua* etc. Cum autem hae binae legis formae, *uti quisque legassit*, et, *paterfamilias*

3. *insta interpretatione Legis XII Tabb. pater uti legassit etc.*

familias uti legassit ita sint comparatae, ut illa ex hac, non haec ex illa derivari et intelligi possit, hanc legis formulam cum GOTHOFREDO existimo esse veriorem. Progressu enim temporis fere fieri solet, ut verba legis essentialia, quia sunt essentialia, omittantur et subintelligantur. Sic 1) *mors filii*, 2) verba *tunc qui mihi nepos*, 3) *post mortem meam*, faciunt essentiam cautionis Aquilianae; et verba, *si vivo me natus fuerit*, Capitis I. L. Vell. Sed Scaevola valere dicit nepotis institutionem, si vel pater non exprimat de morte filii, quippe quae ex verbis testatoris concipiatur: et POMPONIVS *l. 10. D. h. t.* ad Galli formulam et ad L. Vell. respiciens, commodissime, ait, institui postumos *pure* h. e. *neutrius temporis habita mentione.* Huic itaque legi et jus et obligationem patris adversus heredem suum inesse video. Ac jus quidem patris cernitur in his verbis: *uti legassit — — ita ius esto.* Habes hic latissimam et sanctissimam legem dicendi potestatem: quae limitatur addito obiecto, de quo legare et possit et debeat paterfamilias: *super pecunia suae rei.* Verba enim, *suae rei*, voci *pecunia* jungi posse, immo debere, patet ex eo, quod τὸ *ve* in verbo *tutelave*, habeat vim coniunctivam *l. 53. D. de V. S.* quia tutor separatim dari non potest, ita ut, si vel testatus decedat pater non dato tutore, tutor legitimus vocetur ad tutelam. Debet igitur pater *legare super pecunia suae rei.* Habes hic jus sui heredis sive quaesitum, sive quaerendum, in bonis patris, quorum ex his verbis quasi dominus esse videtur suus heres, natamque inde patris obligationem de hac pecunia suae rei legem dicendi. *De qua, uti legassit ita ius esto.* Habes potestatem patri concessam Legi, ex qua heredi suo jus in bonis patris competit, derogandi, quocunque velit modo, quin eam prorsus abrogandi. Quod sane latissimum est; neque tamen nisi lege expressa fieri potest: ergo silentio nullo modo Jus liberorum venit, ex *lege*: Sine *lege contraria* non adest ius contrarium. Quicquid voluerit pater fieri post mortem suam de pecunia suae rei, ita jus esto: modo constet ex verbis testamenti legis vim habentis, quid iuris esse voluerit. Nullo igitur modo hanc patris super pecunia suae rei legandi potestatem leges circumscribunt: modo ex verbis testamenti legis formam habentis h. e. dispositivis certum sit, eum legem dixisse: quae limitatio, si tandem haec est limitatio, ex ipsa rei natura nascitur. Licet enim *legare:* tamen quam legem dixerit pater de pecunia suae rei et utrum potestate ipsi concessa, et in quantum ea usus sit, facti quaestio est: de qua non nisi ex verbis testamenti constare potest. Haec autem cum vim legis habere debeant, formam legis habeant, seu dispositiva sint necesse est. Quam vim ut habeant non nisi duplicem in modum concepta esse possunt, ut suus heres, de quo legem dicere debet testator, aut instituatur, aut exheres esse jubeatur. Legis enim verba vel affirmative vel negative disponunt. Itaque patris potestas, utut latissima, latius patere haud potuit, quam ut illi testaturo nullam omnino limitationem, nullam plane conditionem leges scriberent, et, quicquid se velle dixerit, pro lege esse juberent. Sed tamen manet hoc: patrem de liberis legem dicere et omnino curare debuisse, ut ipsius voluntas pro lege esse posset. Silentio autem lex dici nullo modo potest. Num igitur omnino sensus inest verbis asseverantium patribusfamilias liberos silentio praeterire licuisse? num silentium in testamentis ullum habet effectum circa dispo-

cui et jus et obligatio patris adversus heredem suum inest

 sitionem

ſitionem teſtatoris? num eum quem plerique eſſe volunt? Et ratio Juris Publici Reip. Rom. et lex naturalis, cuius rationem habuiſſe Decemviros conſtat, et rei natura poſtulant, ut *ex facto* patris, h. e. ex verbis teſtamenti conſtet, quid de herede ſuo juris eſſe voluerit, utrum et in quantum uſus fuerit poteſtate ipſi conceſſa. Nil ergo ex verbis Legis conſequitur, niſi hoc; patremfamilias et debuiſſe et potuiſſe legem dicere de herede ſuo, ut teſtamentum ipſius vim legis perpetuo valiturae haberet.

quam interpretationem veram eſſe variis comprobatur argumentis.

Atque veram hanc eſſe interpretationem patet

1) ex verbis POMPONII *l. 120. D. de V. S.* ad quam ſatis inconſiderate provocant opinionis contrariae fautores;

2) ex *pr. I. de exher. lib. coll.* §. 5. *eod. et l. 7. D. de bon. damn. l. 10. l. 30. h. t. l. 17. de iniuſto:*

3) ex origine et cauſa teſtamenti rupti; nam cum per Prudentes poſt XII Tabb. ut poſtumum ſuum inſtituere liceret, inductum eſſe omnes conſentiant, ruptum fuiſſe per eundem patris teſtamentum cogitur; rumpi autem non potuit, niſi propterea, quod natus poſt mortem patris jus ſui heredis in quo familiae conſervandae ſpes eſſet, per leges ei ſervatum nanciſcebatur; igitur idem jus natis fuiſſe efficitur. Jam ſi propterea ruptum eſt teſtamentum, quia pater non cogitavit de naſcituro; de eo cogitare debuit: debuit autem, quia poſtumus, ſtatim ut natus eſſet, habiturus erat jus ſui heredis. Ergo multo magis cogitare debuit de natis, h. e. qui idem jus jamjam ſibi quaeſiviſſent:

4) argumento eſt querelae de inofficioſo teſtamento origo et cauſſa; quae inducta eſt, ut liberis ſine cauſſa exheredatis ſuccurreretur contra parentes de ſanguine ſuo maligne judicantes, et locum habebat herede ſuo (ut de caeteris taceam) non quidem injuſte, ſed ſine cauſſa contra pietatis officium exheredato *pr. I. de inoff. teſt*: ex quo colligere licet; a) Prudentes, ſi querelam inofficioſi per hos inductam eſſe HEINECCIO *Antt. I. R. II. 18. 5. ed. ſec.* credere velimus, non ſolum teſtamentis caviſſe, ſed et liberorum juribus conſuluiſſe, atque, niſi ſemper ex verbis, ex mente tamen legum quas interpretatione adjuverunt *l. 2. §. 5. D. de O. I.* reſpondiſſe et rationes Juris ſcripti ſequutos fuiſſe; b) Decemviros autem, latiſſimam teſtandi poteſtatem patri concedentes, liberis ſatis praeſidii in amore paterno morumque bonitate fore, ne ſine cauſſa a debita hereditate excluderentur, exiſtimaſſe; c) querelam nullitatis, quam ex Reſponſis Prudentum ortam eſſe nullo modo probari poteſt, ex ipſa Lege Decemvirali eſſe; d) officium pietatis naturale omnibus liberis debitum, quum querela inofficioſi filiabus quoque ſine cauſſa praeteritis daretur *l. 3. D. de inoff. teſt.* Prudentibus religioni fuiſſe:

5) argumento eſt exheredatio filiae inter caeteros facta; quae ſatis juſta non erat, niſi legatum illi fuiſſet adſcriptum *pr. I. de exher. lib.* inde enim filium neque praeterire, neque inter caeteros exheredare licuiſſe efficitur.

Sex-

Sextum 6) denique hujus rei argumentum eſt praeteritio matris, quam antiquitus eundem cum exheredatione patris habuiſſe effectum inter omnes conſtat, ita ut praeteritis liberis, ſive natis, ſive poſtumis, matris teſtamentum neque nullum eſſet, neque rumperetur. Cujus rei ratio idonea nulla afferri poteſt, ſi communi de praeteritione patribusfamilias ex Legg. XII Tabb. licita inhaerere atque cum plerisque, per Prudentes, ut, liberis praeteritis, teſtamentum patris nullum eſſet aut rumperetur, inductum eſſe exiſtimare volumus. Hoc enim conceſſo; hos Prudentes, ſi derogare legibus vel iis licuiſſet, matribus plus faviſſe, quam patribus conſequitur: quod ſane imprudentiſſimum eſt, quia rationibus Juris Romani prorſus adverſatur. Sumto autem hoc, quod ac volo defendo, non licuiſſe patri ſilentio praeterire ſuum heredem, ſtatim juſta et ſufficiens ratio apparet. Erat enim patri, ſicut poteſtas in liberos maior minorve, ſic et maior minorve adverſus eosdem obligatio pro arctiori laxiorive illorum cum ipſo nexu, ita ut, aequalis quantitate, altera alterius faceret contineretque cauſſam et rationem, ut neutra ſine altera locum habere poſſet, unaque ceſſante vel deficiente altera quoque ceſſare, deficere deberet. Vnde manifeſtum, matris nullam eſſe potuiſſe adverſus liberos obligationem civilem, cum omni poteſtate in liberos careret, ita ut recte praeteriret liberos, quibus nullo Juris vinculo eſſet obligata.

Quibus quidem conſtitutis, Leges a WINCKLERO excitatas non per ſe, ſed propter rationes quas dixi, juſtam praeteritionis antiquitus h. e. ex Lege XII Tabb. illicitae probationem conficere, et quando per *Ius Civile* XII Tabb. intelligi poſſint debeantve, apparebit. Cum enim per haec verba: *Ius Civile*, *Antiqui*, *Antiquitas*, *Veteres*, *Vetuſtas*, *Ius Antiquum*, *Ius Veius*: partim Leges, partim Reſponſa Prudentum, partim utraque indicantur, cf. BRISONIVS de V. S. h. vocc. cumque Prudentes ex mente legum reſpondiſſe et Jus condidiſſe notum eſt: primum, quando unum alterumve horum verborum occurrit, videndum eſſe arbitror, utrum de Legibus intelligi poſſit, vel totum, vel ex parte, nec quicquam fingere. Quodſi ergo locum eiusmodi ad Leges referri non poſſe conſtat, tum demum recte de Prudentibus accipitur. Semper autem dicendum eſt, quid et quare intelligatur. Sic locus quem WINCKLERVS excitat, claſſicus §. 3. *I. de exher. lib.* totus pertinet ad XII Tabb. non propterea, quod ibi Jus Civile Praetorio opponitur, ſed quod ex Legibus certum eſt, emancipatos exeundo ex poteſtate patris deſiiſſe ſuos heredes eſſe, quia patria poteſtas eſt, uti ſupra docui, et nota et cauſſa conditionalis ſeu formalis ſuitatis; qua ceſſante effectus ejusdem, h. e. jus ſui heredis ceſſet neceſſe eſt. Sic VLPIANVS *tit.* XXII. §. *19.* eos, inquiens, qui in utero ſint, ſi, nati, ſui heredes nobis futuri ſint, poſſe nos heredes inſtituere; ſiquidem poſt mortem noſtram naſcantur, ex *Iure Civili*, ſi vero viventibus nobis, ex *Lege Iunia*: utrumque indicat. Et ſic dicta ratione juſta et idonea ſemper doceri poterit, quid per haec verba intelligi debeat. Plura exempla dabit Briſſonius de V. S. h. vocc.

Quae cum ita ſint: nullum plane praeſidium in Legibus invenire ſuos heredes praetereundi poteſtatem, quae XII Tabb. patribus data praedicatur, immo plane cerebrinam eſſe, recte mihi videor concludere; quippe quam neque juſta interpretatio, neque ratio Juris Romani patitur. Quare nil amplius addo, atque paginae anguſtiis coarctatus hic ſubſiſto; quod reliquum eſt ex hac tractatione praevia et juſtum pro virili ad legem Gallus commentarium proxima quae mihi offeretur, ſcribendi occaſione editurus.

VIRO

VIRO

PRAECLARISSIMO ATQUE DOCTISSIMO

CHRISTIANO GODOFREDO TILLING

PHILOSOPHIAE DOCTORI ET LIBERALIVM ARTIVM MAGISTRO

S. P. D.

PRAESES

Cum disputandi caussa a me ad cathedram perduci velles, ea quidem in re tanto lubentius honestissimo TUO desiderio morem gerendum esse duxi, quanto minus soleo deesse voluntati humanissimorum Commilitonum hoc meum qualecunque studium efflagitantium. Itaque reddo TIBI libellum, quem singulari prorsus diligentia et accurata atque copiosa eruditione exarasti, integrum quidem, sicuti a TE scriptum accepi, nullis plane emendationibus a me variatum, neque ullis accessionibus auctum aut locupletatum. Atque hoc quidem eo liberiori animo profiteor, quo magis volo, ut omnes, in quorum manus hic TUUS libellus fortasse inciderit, clarissime intelligant, eum ad TE totum pertinere, neque forte audeat quisquam mihi eum tribuere, cum ipse ego nihil prorsus eorum, quae in eo erudite scripsisti atque ingeniose coniecisti, mihi vindicare sustineam. Quemadmodum autem praeclarum hunc ingenii foetum TIBI ex animo gratulor, ita nec dubito, quin die TUO solemni illum tam fortiter ac strenue sis propugnaturus, ut cunctorum, qui litteras aestimare norunt, laudem et gloriam feras. Caeterum opto vehementer, ut diuina prouidentia, quae hactenus studia TVA ita rexit ac moderata est, ut Respublica

publica et bonae litterae in posterum optima quaeque ab insigni eruditione TUA expectare sibique promittere possint, TIBI longissimam vitam et prosperrimam valetudinem largiatur, atque TE iis diligentiae doctrinaeque praemiis ornet, quae votis TUIS quam maxime respondeant. De qua quidem TUA felicitate sicuti laetabuntur omnes qui TIBI bene cupiunt, quos inter adeo vel ipse Illustris atque Summe Reverendus BAUERUS *Academiae huius cum maxime Primarius Antecessor connumeratur, quem scio TIBI multum fauere: ita ipsemet ego haud parum gaudebo, si cuncta, quae susceperis, TIBI ex animi sententia evenisse intellexero. Ita vale, Vir Litteratissime, atque me, hominem TUI amantissimum, mutuo amore complectere. Scripsi in Lipsica Litterarum Universitate a. d. XII. Decembr. A. C. N. MDCCXC.*

DE

POSTVMIS HEREDIBVS

INSTITVENDIS VEL EXHEREDANDIS

AD LL. XXVIII. §. I. ET XXIX. D.

DE LIBERIS ET POSTVMIS ETC.

SPECIMEN PRIMVM

QVOD

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

PRAESIDE

D. CHRISTIANO RAV

SVPREMAE CVRIAE PROVINCIALIS ET FACVLTATIS IVRIDICAE
ASSESSORE INSTITVTIONVM PROFESSORE PVBLICO
ORDINARIO

A. D. XXIII. DECEMB. MDCCXC

H. L. Q. C.

AD DISPVTANDVM PROPOSVIT

AVCTOR

M. CHRISTIANVS GODOFREDVS TILLING
ANNAEMONTANVS

LIPSIAE,
EX OFFICINA SOMMERIA.