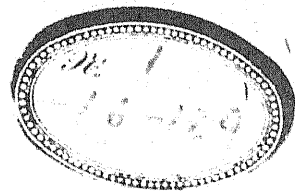
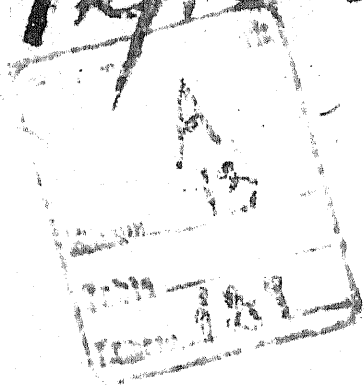


14. 7. 78



FRANC.
HOTOMANI
IVRISCONSVL
COMMENTARIVS

IN

*Duos Digestorum tractatus obscurissimos:
Quib. non est permiff. fac. test.*

&

De Liberis & Postum.

1357.

EX SCHOLIS VALENTINIS.



LVGDVNI,

APVD CLAVDIVM SENNETONIVM.

1565.



ENIMVNDVS BONEFIDIVS
 IVRISC. VNIVERSITATIS VALEN-
 tinæ Rector & professor, adole-
 scentibus iuris studiosis
 S. D.

QUOD est in veteri prouerbio (Adolescentes studiosi) In-
 fortunium nunquam solum euenire mortalibus: id nos in
 academia nostra Valentina nuper experti sumus. Nam
 vixdum fere funesto nostro civili bello defuncti eramus,
 cum ecce tibi pestilentia tanta toto Delphinatu nostro exorta est, vt
 non modò scholam nostram, sed prope etiam ciuitatem omnem. absor-
 buerit. Veruntamen, est Deo gratia, quod enim nobis in infortunio, idè
 contrà in prosperitate vsuuenit: vt ea nobis conduplicaretur. Postea-
 quam enim Franc. Hotomanum, Iurisconsultum clarissimum Aca-
 demia nostra instauratorem nãditi sumus, tum singulari Regis nostri
 benignitate nuper factum est, vt eiusdem academia dos altero tanto
 amplificaretur: sublato Gratianopolitano impedimento, & illius scho-
 la aucteramento nobis per sanctioris Senatus Regij decretum attribu-
 to. Itaque magna iam nos spes tenet, fore, vt collegis aliquot in societa-
 tem nostram ascitis, breui Academia nostra cum ijs qua celeberrima
 putantur, equari possit: omnibus certatim in hoc studium incumben-
 tibus, ac presertim eodem Doctore Hotomano: cuius dictata scholasti-
 ca quia cuiusmodi sint in vulgus notũ esse, permagni interèst: paucula
 hæc illius in duos obscurissimos Pandectarum tractatus diuulganda
 curauimus, vt & quod nos biennio antè de ipso vobis polliciti eramus,
 cumulatè ab eo præstitum cognoscatis: & quid in posterum ab ipsius
 industria expectandum sit, existimare possitis. Valete adolescentes
 studiosi, & viri doctissimi laboribus, dum vobis facultas est, fruimini.
 Valentia XV. kal. Septemb. 1565.



FRANC. HOTOMANI
 IVRISCONS. COMMENTA-
 RIVS IN TIT. PANDECTARVM

Qui testamenta facere possunt,
 & quemadmodum testa-
 menta fiant.

Lex I.

MODESTINVS Libro secundo Pandectarum.

TESTAMENTVM est voluntatis nostra iusta
 sententia de eo quod quis post mortem suam fieri
 velit.

COMMENTARIUS.



IUSTA SENTENTIA.
 ἰστένην homo Græcus di-
 cere voluit, melius Enun-
 ciationem dixisset: multo
 melius Testationem: vt VI-
 pianus cap. Instit. xx, Testa-
 mentum est iusta contesta-
 tio. Testamentum enim ex potiore sui parte de-
 finitur, censeatur, ac denominatur, potiore au-
 tem partem esse non decretum, seu dispositio-
 nem testatoris: sed ipsam testium contestatio-
 nem à testatore factam vel ex eo patet, quod VI-

a 2. pianus

pianus scribit in l. fideicommissa, II, §. 1, D. de leg. 3. quamuis testator decretum suum perscripserit, si tamen ante cōtestationem decesserit, scripturam hanc ne pro codicillis quidem valere. Iusta autem, triplici ratione dicitur: Primum respectu testatoris, deinde institutionis heredū, postremò ritus & obseruationis quæ in faciendis testamentis præscripta est. In persona testatoris hoc exquiritur, vt paterfamilias sit: propter legis verba, PATERFA. VTI LEGASSIT &c. non tantum, verum etiam, vt se patremfamil. esse exploratum habeat, neque de statu suo dubitet. l. 14, & l. 15, infra eod. In institutione autē primum vt plene atque integre mentem ac voluntatem suam enuntiarit. IVSTA enim quæ suis numeris cōstant plerumque appellamus. Itaque si cum plures nuncupare heredes veller, vnus heredis nomine pronuntiato obmutuisset, non testamentum fecisse, sed potius facere cōpisse, intelligitur. l. si is qui, 15, infra eod. De ritibus autē plena sunt omnia: vt septem testes adhiberentur, omnes ciues Romani, omnes puberes: item vt adhiberentur rogati, assidueque ad finem vsque superessent. Item vt vno contextu actionis omnia perficiantur, & testes eodem in vestigio subscribant atque obsignent: vt certis & sollemnibus verbis conciperentur, quæ Directa vocabantur. l. quoniam, 15, C. de testam. l. directas, C. de testam. manu. Hinc illud Quintiliani lib. III, cap. VI: Esse aliquid natura æquum, sed prohibitum

tum iure: vt libertas testamentorum.

De eo quod. Sic Vlpianus: In id sollemniter facta, vt post mortem nostram valeat. Potuit accuratius differentia notari. nam hæc omnia & in codicillos, & in mortis causa donationes, transferri possunt: in quibus testatio iusta interponitur. l. vlt. C. de Cod. l. vlt. C. de mort. caus. don. Fiunt autem vt post mortem denique nostram valeant. Potuit igitur hæc communitas ita remoueri, DE VNIVERSO iure nostro post mortem nostram in alterum trāsferendo. Nam in illis, de parte bonorum testatio fit: in hoc, de iure vniuerso. Fideicommissarii autem Codicilli prorsus exleges sunt. Potest tamen pro hac definitione pugnari: si quia verba DE EO infinita sunt, ea dicamus pro vniuersalibus valere. Vt autem quantum inter testamentum & ceteras vltimarum voluntatum species intersit, planius intelligatur, eas omnes hoc loco enumerabimus. Tredecim enim obseruauimus. Prima est: Testamentum scriptum, quod septē testium rogatorum subscriptione & obsignatione vno contextu facta constat. Secunda, Testamentum nūcupatum, quod totidem testium rogatorum sola contestatione & testatoris pronuntiatione confirmatur. Tertia, Testamentum militare, quod duorum testium præsentia cōtentum est. Quarta testamentum rusticanum, quod quinque testibus constat. l. vlt. C. de testam. Quinta, libellus Principi pro tribunali cum consilio fe-

denti oblati. l. omnium, 19, C. de testam. Sexta, Professio apud acta iudicis aut municipum. d. l. omnium. Septima, Codicilli, qui scripto quinque testium etiam non rogatorum, presentia confirmato valent. l. ult. C. de codicil. Octava, Dispositio inter liberos, quæ quinque similiter testibus contenta est. l. hac consultissima, 21, §. ex imperfecto, & §. ult. C. de testam. Nona, Donatio causa mortis, quæ in legatorum & ultimarum voluntatum ordinem relata, totidem testibus comprobatur. l. ult. C. de mort. caus. don. Decima, Epistola in mortis tempus obsignata, cum quis sua manu in charta scripsit, se aliquid alicui donare: quam chartam non nisi post mortem suam aperiri vult. l. miles ad sororem, 75, l. cum pater, 77, §. donationis, D. de legat. secundo. Cuius tamen rei quinque testes esse oportere, vel ex eo intelligitur, quod in d. l. ult. C. de codicil. statuitur, ut omnium ultimarum voluntatum ne minus quinque testes sint. Et de hac decima mentio fit in l. 4, C. de heret. & manich. Undecima, Rogatio legitimorum heredum, quæ sola nuncupatione, & quinque testium depositione constat. l. ex testamento, C. de fideicom. l. generaliter, 24, §. ex testamento, D. de fideic. libert. Duodecima est, Iuratoria exactio de qua in l. ult. C. de fideicom. cum defunctus nullis testibus adhibitis heredem dare facere aliquid iussit: eiusque rei iurandum ab eo legatarius exigit: quæ sane ratio periculosa est, neque Platonis institutis satis

fatis consentanea. Decimatertia, Testatio apud amicos ab eo qui ægrotaret facta, de re quapiam singulari post mortem relinquenda. l. Pamphilo, 39, §. 1, D. de leg. tertio. Iam quod addidit VOLUNTATIS, sic intellige, Postremam nam in eodem testamento mutari voluntas potest, & qui heres scriptus est, exheres scribi. l. Seius, 27, Ad leg. Falci. l. paterfa. 44, D. de hered. insti. l. uxorem, 41, §. eius heres, D. de lega. tertio. Item qui exheres scriptus est, heres scribi. l. si filium, 21, D. de lib. & postu. Item quæ data est hereditas, vel tota, vel ex parte adimi. l. 1, §. pen. D. de his quæ in testam. delen. Denique testamentum interdum non vna voluntas & scriptura est, sed cum plures sint, ex postrema censetur. l. si quis cum, 16, D. de vulg. substi. l. diui, 6, §. licet, de codicil. Unde Ulpianus in l. si quis, 22, D. de leg. tertio, Nemo, inquit, eam sibi legem potest dicere, ut à priori ei recedere non liceat.

Lex II.

L A B E O *libro primo posteriorum Iauoleno Epitomatorum.*

In eo qui testatur, eius temporis quo testamentum facit, integritas mentis non corporis sanitas exigenda est.

COMMENTARIVS.

Eius quo. Hoc in responso dubitandi causa duplex est: prior generalis est: quoniam plerumque

que accidit, vt mens morbo corporis affecta sibi non satis constet: vt in l. ob quæ vitia, 4, D. de ædil. edict. Si vitium, inquit, corporis vsque ad animum penetrat, fortè si propter febrem loquatur aliena, vel quæ per vicos more insanorū deridenda loquantur, in quo sit animi vitium, quod ex corporis vitio accidit. Itaque Paulus in l. 17, infra eo. In aduersa, inquit, corporis valetudine mente captus eò tempore testamentū facere non potest. quod idem traditur in l. 3, C. qui test. fac. non poss. Altera dubitandi causa sub his verbis subest, *EIVS TEMPORIS*: an testamentum eius qui sana mente testatus aliquanto post vi morbi in mentis errorem incidit, eueratur. sed Papinianus in l. vlt. D. de iniust. rupt. tantum abesse ostendit, vt rumpatur, vt etiam si in isto mentis errore testamenti sui tabulas incidit, tamen testamentum non rumpat. quod idem in l. 3, C. qui test. fac. de eo traditur, qui vi morbi oppressus sibi ipse mortem consciiuit.

Lex III.

PAPINIANVS libro quartodecimo

Questionum.

Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.

COMMENTARIVS.

Testamenti faciendi ius non à priuato aliquo sed à sola lege vel conceditur vel adimitur.

Non privati. Aliud est testamentum, aliud testamenti

stamenti factio. Testamentum est ipsum opus effectum: ἀποτέλεσμα. Factio, ius faciendi continet. sicuti cum dicimus Iuris dictio, id est, iuris dicendi potestas: Tutoris datio, id est, dandi potestas, l. 6, §. 2, de tut. Testimonii dictio, id est, testimonii dicendi ius: apud Comicum: seruum hominem causam orare leges non sinunt: Neque testimonii dictio est. Ignominioso non est legis actio, id est, lege agendi ius. Rursus, Testamentum inter acta priuata numeratur. Cicero Philip. II: In publicis actis, nihil est lege firmitus: in priuatis, firmissimum est testamentum. Hæc iuris publici est, hoc est, non vllius priuati voluntate, sed lege certa aut conceditur aut denegatur. l. 6, infra eo. l. Paulus, 47, §. 2, D. de bon. lib. l. quod bonis, 15, §. 1, D. ad l. falc. vbi ne is quidem cuius solius interest leges testamentarias obseruari, potest quicquam de legibus testamentariis remittere. Rursus priuatorū voluntate non adimitur. l. testamenti, 23, C. de inoffi. test. Quin ne per principis quidem rescriptum rescindi potest. l. si testamentum, 10, C. de testam.

Lex IIII.

CAIUS libro secundo Institutionum.

Argumentum.

In testamento cognoscendo prius an factio fuerit, quam quale factum sit exquirendum est.

Si queramus an valeat testamentum, in primis animaduertere debemus, an is qui fecerit testamen-

b

turro

tum habuerit testamēti factionem: Deinde si habuerit, requiremus an secundum regulas iuris Civilis testatus sit.

COMMENTARIVS.

In primis. Causa efficiens prior & antiquior est forma. Prior igitur illius quam huius disquisitio & cognitio est. Nam si illa abest, hæc quoque absit necesse est. at non si hæc adsit, continuo & illa adest. tamen si ne hæc quidem vere adesse, sine illa, possit. Denique ius testamenti non in se ipso vertitur tantum: sed aliunde, hoc est, ex iure testatoris præcipue pendet. Quare qui de testamenti iure Iurisconsultus interrogabitur, prius de eius qui fecit iure, quam de faciendi ritu & forma inquirat, necesse est.

Factionem habuerit. Id quod duobus temporibus exquiritur: primum, testamenti faciendi, deinde mortis.

Lex V.

VLP IANVS Libro sexto ad Sabinum.

Argumentum.

Recte testatur, qui decimi quarti, quæve duodecimi anni supremum diem agit.

A qua ætate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit: an sufficit comple-

pluisse? propone aliquem Kalendis Ianuarijs natum, testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? dico valere: plus arbitrari: etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum. iam enim complessit videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

COMMENTARIVS.

A qua ætate. Puto & QVA ÆTATE, scribendum: & hæc Sabini esse verba usque ad verbum, VTRVM autem.

Vel feminae. Ulpianus cap. Inst. xx: Fœminæ, inquit, post duodecimum annum ætatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sint. Eunuchis autem etiam testamenti faciendi ius est: l. 5, C. qui test. fac. poss. item Hermaphroditis, castratis & spadonibus. l. 6, infra de lib. & postum. Paulus autem lib. Senten. III, spadones, inquit, ex tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt: id est, anno decimo octavo.

Verius est. Significat varias hac de re Iuriscōsultorum sententias fuisse: quippe, cum pubertatis tempus definitum nondum esset. Itaque Ulpianus cap. Inst. x. nihil de ætate præfinitiens: impubes, inquit, licet sui iuris sit, testamentum facere non potest: quoniam nondum plenum iudicium animi habet. quod idem Imp. tradit in §. 2, Quib. non est permis. fac. test. Sabinum autem

b 2 Paulus.

Paulus sequitur lib. sent. iii, cap. iiii.

Utrum autem. Additamentum hoc Vlpiani esse arbitror: qui Compleffe annum vult eum qui supremum anni diem attigit: Excessisse, qui iam transegit.

Ipsa natali suo. Duplex proponitur consultatio: prior, de die Naturali: altera de Ciuili: Naturalis est ab ortu ad occasum: & duodecim horis constat. Ciuilis à media nocte ad insequentis noctis partē mediam: & x x i i i i. horis constat. l. more Romano, 8, D. de feriis & dilat. Ergo si qui Kal. Ian. natus erat, supremo anni decimi quarti die lucente iam sole testamentum scripserit, propterea non iure testatus videbitur quia Annus (vt Varro scribit) dictus est vt circus: sicuti Annulus, circulus. Ex quo sequitur, vt Annus, nō prius quàm orbis eius plane conuersus sit, numerari possit. Id quod in restituendis minoribus & temporalium actionum præscriptionibus obseruatur: vt à momenti ad momentum ratio ineatur. l. 3, §. minorem, D. de minorib. l. 6, D. de oblig. & act. Sed ea testamētorum ratio & fauor est, vt istiusmodi minutias repudiet. & annus in testatoribus non ad momentum sed ad diem computetur: vt qui eius partem ad quam exegerit, totū iam exegisse videatur. Quod idē & in manumissorum ætate fauore libertatis probatum est. l. 1, D. de manumis. & in legis Papiæ beneficio. l. anniculus, 134, D. de verb. signif. & in vsucapionibus. l. 6, & l. 7, D. de vsurpat.

Pridie

Pridie Kalendarum. Supremæ anni noctis posteriores sex horæ alterius anni sunt, qui incipit ex Kalendis: vt ait Q. Mutias apud Macrob. lib. Saturn. 1, cap. iiii. & Gelliū lib. iiii. cap. ii. Itaque Kalendæ à mediâ præteritæ noctis parte numerantur: quem Ciuilem diem appellari superius ex Censorino docuimus: & x x i i i i. horis constare. Quod cum ita sit, mirè dixit Vlpianus *PRIDIE KAL.* post sextam præteritæ noctis horam. sed vel populariter illum locutum dicendum est, quasi kalendæ à solis exortu cœpissent, vel multo cōmodius futurum fuisse hoc modo. Etiam si fecerit post sextam horam noctis pridie kal. Quem verborum ordinem ipse idem in l. i, de manumis. præclare secutus est, vt Noctis pridie dictum sit, pro, Eius noctis quæ diem Kalendarum naturalem, id est kalendarum solem antecessit. vt ante solis exortum testamentum scriptum sit. Sic malo: quàm *DIE PRO PRIDIE* corrigere: præsertim propter d. l. i, de manumis.

Lex VI

CAIVS Libro septimodecimo ad Edictum provinciale.

Argumentum.

Filius a. ne patris quidem permisso testari potest.

Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo vt quamuis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit.

b 3 COM

COMMENTARIVS.

Non habet. Idem in l. 3, col. penul. C. qui test. fac. pos. & §. 1, Inst. Quib. non est permis. Vlpianus causam asseribit: Quia nihil suum habet ut testari de eo possit. cap. Inst. xx. At mortis causa donare patris permisso potest. l. tam is, §. de mort. caus. donat. vere igitur & summa causa est: quia lege XII. tab. prohibetur: quæ cum ita concepta sit: PATERFA. VTI legasset &c. perspicue filiosfa. remouet. Quin nec ab eo quidem qui paterfa. nec ne sit, ignorat, fieri testamentum posse: ac ne codicillos quidem: patet. ex l. aristo, §. De iur. codicil.

Quamuis pater. Cur igitur patris permisso donare mortis causa potest? Quia testamenti factio publici iuris est: mortis causa donatio non est. Neque igitur quod alicui lex concessit, ei privati hominis voluntas potest eripere: neque quod alicui lex negauit, id ei permittere priuatus potest. ut in l. 3, dictum est. At potest princeps, cuius eadem quæ legis vis ac potestas est. Itaque D. Augustus de Castrensi peculio testandi potestatem filiisfa. dedit. uti scribit Vlp. cap. Inst. xx. & Iustinianus, §. 1, Quib. non est permis. Causa igitur constitutio hæc erit. Cum filiusfa. patris permisso testamentum fecisset, eo mortuo scripti heredes hereditatem petebant. Intentio igitur Agnatorum hæc fuit: Testamentum nullius momenti est. D. iure ratum & iustum est. Q. Ratum

Ratum nè an irritum sit testamentum? R. Quia patria potestas quæ testamenti factione illi priuabat, ei hæc ex parte remissa est. F. At non patria potestas, sed lex XII. tab. iusque publicum ei testamenti factionem adimebat. Disceptatio ex contrarie scriptis nascitur: An cum patriæ potestatis remissio libera sit, tamen propter ius publicum testamenti factio remitti non possit. Respondetur autem, Emancipationem quidem esse liberam: sed simul etiam indiuiduam esse: neque patriam potestatem ex parte solui, ex parte retineri posse. Nisi forte ut superius diximus, principis permisso: cuius eadem, quæ legis, vis ac potestas est. Itaque videmus in l. si ab eo, C. de legit. heredib. propter rescriptum principis contra iuris communis ordinem, Emancipatum ius agnationis retinere, quod cum priuilegium sit, produci ad alios non potest. Mirificum igitur hoc testamentorum ius notandum atque obseruandum est: ut qui & magistratus summos & imperia maxima gerere, summam denique Republicæ tenere atque administrare possunt, tamen testamentum facere ne permisso quidem patris possunt, Cuius rei ratio tota in eo solo posita est: quod Lex illa concessit, hoc negauit.

§. *Surdus.*

Argumentum.

Surdu & mutus testari sine principis permisso non possunt: sed hoc vitium testamenti facto contingens, illud non vitiat.

Surdus, mutus, testamentum facere non possunt:

sed

sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit ratum nihilominus permanet testamentum.

COMMENTARIVS.

Surdus, mutus. Recte: cum in aliis, Surdus & mutus, & contra latinæ linguæ consuetudine propter verbum POSSVNT: & ad sententiam obscure atque ambigüe legatur, quasi de eo tantum, qui simul surdus & mutus esset, ageretur.

Non possunt. Quia neque mutus, testes vt sibi operam dent, rogare: neque surdus, eosdem testimonium perhibentes audire potest, quorum vtrūque exquiritur. l. hæredes, 21, §. pen. D. Qui testam. fac. poss. Mutus præterea nuncupare hæredes non potest. de quo in eiusdem l. initio

Sed si post. Hoc idem traditur in l. confirmatur, 8, §. 2, de iur. codicill. §. 23. Quib. non est permis. Dubitandi causa esse potuit, vel quia de mentis ac voluntatis suæ perpetuitate mortis tempore non constabat: in qua tamen perpetuitate & constantia vis testameti posita omnis est: vel potius quia testamenti factio etiam mortis tempore exquiritur. Sed non est nouum vt quæ semel vtiliter constituta sunt, durent: licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt. l. in ambiguis, 85, de reg. iur..

Lex VII.

AEMILIVS MACER libro primo ad legem vicensimam hereditarium.

Si

Si mutus aut surdus vt liceret sibi testamentum facere à principe impetrauerit, valet testamentum.

COMMENTARIVS.

A principe. Hoc militibus in numeris manentibus licuisse, & iure militari licuisse, Vlpianus ~~audet~~ l. 4, D. de test. milit. postea Iustinianus id quod proprio & certo priuilegio impetrandum erat, omnibus concessit. l. discretis, 10, C. hoc tit. cuius hæc summa est: Qui tantummodo surdus est, nuncupare testamentum potest. qui tantum mutus, sua manu scribere. qui & mutus & surdus est, si natura, nihil potest: si casu, manu sua scribendi potestatem habet Testator autem qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est: inquit idem in l. iubemus, 29, C. de testam.

Lex VIII.

GAIVS libro septimodecimo ad Edictum Præuinciale.

Argumentum.

Testamentum, ab eo qui seruus erat hostium, factum, non valet. Item, Aquæ, ignis interdictio, in insulam deportatio, ad ferrum, bestias, & metallum damnatio, testamentum & antè & post factum infirmant: at relegatio, locique alicuius interdictio, nequaquam.

Eius qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit, non valet, quauis redierit. Si cui aqua & igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod antè fecit: nec id quod postea fecerit. Bona quo-

que

que quæ tunc habuit cum damnaretur, publicabuntur, aut si non videantur lucrosa, creditoribus concedetur. In insulam deportati in eadem causa sunt. Sed relegati in insulam, & quibus terra Italica & sua provincia interdicitur, testamenti faciendi ius retinent. Hi vero qui ad ferrum, aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur. Unde apparet amittere eos testamenti factionem.

COMMENTARIVS.

Quod ibi fecit. Caput hoc transcriptum est à Treboniano in §. 4, Inst. De hered. qualit. & diff. Huius autem prioris partis ratio est hæc, quia cum status eius fixus & certus non sit, sed ex incerto futuri temporis euentu pendeat, iis actionibus, quæ civium R. propriæ ac præcipuæ sunt, uti non potest. Unde Vlp. l. 10, De test. mil. Facere, inquit, testamentum hostium potitus nec iure militari potest. Quid ergo si antea fecisset? Decurtatus hic Caii locus est: quem Imperator plenius sic exposuit: Sed quod dum in ciuitate fuerat, fecit: siue redierit, valet iure postliminii: siue illic decesserit valet lege Cornel. Quod autem hoc loco de hostibus dicitur, idem etiam in iis locum habet, cum quibus neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus habemus: l. 5, §. 1, D. de captiu.

Quamuis redierit. Dubitandi causa ex postliminii iure nascebatur: quo reuersus ab hostibus
semper

semper in ciuitate fuisse fingitur. l. retro, D. de captiu. Sed Legis æquitas est, quia testator dum ius suum pendet eo iure, quod Quiritium proprium est, uti interea non potest. ut in l. in bello, 12, §. medio, D. de captiuis. vbi pater, qui apud hostes est, filii uxorem in ciuitate ducetis contra ius nuptiis non potest: uti nec dissentire. Testamenti ergo factio in captiuo pendet. Quamuis autem redierit, tamen propter Catonianæ regulæ rationem testamentum non ex incerto futuri temporis euentu, sed ex ipsius actionis tempore æstimandum est.

Quod ante fecit. Nam propter capitis deminutionem irritum fit, l. si quis filio, 6, §. eius qui, De iniust. rupt. Sed quæri posset, quomodo id quod lege & rite factum est, propter casum aliquem aduentitium sine lege contraria rescinditur: Respondendum igitur, verè contrariam legem interuenire: nemini enim aqua & igni sine lege magno comitiatu lata interdicebatur: ut in XII tab. docuimus.

Postea fecerit. In ea conditione: Restitutus autem testamenti quoque factionem recuperat. l. ult. C. de sent. pass.

Quæ tunc habuit. Aperte igitur ea excludit, quæ postea quæsitæ sunt. item ut apud Paulum in l. si mandauero. 22, §. is cuius, D. mand. Contra tamen Alexander Imp. in l. 2, C. de bon. proscript. Neque dici potest, superiores leges hac constitutione abrogatas. nam Alexandro imperante Paulus.

lus scripsit. Multo minus, tractare Paulum de eo cuius bona sine capitis deminutione publicata sunt. nam Caius hoc loco de Aquæ & ignis interdictione loquitur. videndū igitur ecquid Alexander de iis loquatur, quæ Deportatus in insula ipse habuit, quoquo modo ibi quaesita. Nostrum autem de iis quæ in ciuitate contigerunt: puta legitimis hereditatibus, quas non putarem ad fiscum, sed ad proximè insequentem agnatum pertinere.

Non lucrosa. Idest occupabuntur à fisco, sed si tam multi creditores compareant, vt non lucrosa videantur, quippe quæ soluendo non sit, concedentur creditoribus vt ea suo arbitratu vendant. Itaque nõ obstat l. non possunt, 11, aut l. 1, §. 1, D. de iur. fisc. nam occupantur quidem à fisco: sed primum locum creditores obtinent. Edictum autem ante scriptum est, vt si fiscus videat nihil sibi acquiri ex iis posse, ea creditoribus vendenda relinquat.

Relegati. Tres exilii species persequitur: Deportationem, Relegationem, & Interdictionem. vt in Rubr. de interd. & relegat. Deportatio capitis minuit ciuitatem, iura, bona & famam eripit. cæteræ omnia hæc relinquunt: existimationem tantum imminuunt, non consumunt. l. deportatorum, 8, C. de pœn. l. 4, l. 6, & l. 7, D. de interd. relegat. l. penul. D. de var. & extraor. cogni. Exemplum testamenti à relegato facti, profert Caius in l. quidam, 5, D. de reb. dub.

Hive

Hi vero. Sequitur pœnæ seruitus, quæ quia summa capitis deminutio est, etiam antè factū testamentum euertit. De bestiariis testimonium extat in l. aut damnus, §. quicumque, & l. quod ad statum, 12, l. qui vltimo, 29, D. de pœn. De metallo. in d. l. aut damnus, §. 3, l. sunt quidam, 17.

Ad ferrum. vt ferro decertet: idest, in arena cum gladiatoribus pugnet: quod in Comment. verb. iuris exposui. Genus hoc supplicii à Constantino abrogatum est. l. 1, C. de gladiatorib.

Lex IX.

VLP IANVS libro quadragesimo quinto ad Edictum.

Argumentum.

Qui ob accusationem in custodia est, testari ante damnationem potest.

Si qui post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus, testamentum eius valebit.

COMMENTARIVS.

Defunctus indemnatus. Damnatio capitis testamentum euertit: at neque accusatio, neque custodia euertit. l. in fraudem, 45, D. de iure fisc. vbi Paulus ait, Bono eorum qui in custodia, vel in vinculis, vel compedibus decesserunt, hereditas eorum non auferri, siue testato, siue intestato decesserunt. Condemnatio autem propterea euertit, quia damnati bona publicantur. Quod posterioribus temporibus institutum fuit. Nam

c 3 & Cor

& Cornificius lib. ad Herenn. & Cicero lib. de Inuent. II. testatur, certam nullam fuisse legem, quæ testamenti factionem iis qui rei capitalis iudicati, & dānati in carcerē coniecti essent, adimeret. Quia & illud eo amplius à nostris additur, quamuis condemnatus quis sit, tamen si appellarit, & pendente appellatione testamentum fecerit, atque ante sententiam decesserit, testamentum valere. l. qui à latronibus, §. 1. infra. l. 6, §. eius qui, D. de iniust. rupt. Sed quænam dubitandi subesse causa potuit, cum falsa potuerit esse accusatio, & benignè de accusatis potius quàm secus existimādum! Et profectò ita est, vt in re obscura & ambigua dubitādi causa nō magna sit, potiusq; hæc lex ad eos pertinuisse videatur quorum de crimine ita iam constaret vt prope conuicti essent & (vt scribitur in l. qui pœnæ, 8, D. de manumiss.) qui futurū prospiciebant, vt damnarentur. Nam cū cōuictus prope pro damnato numeretur, præclare dubitari poterat, an illa conuictio pro damnatione habenda esset. Disceptatio igitur ex iuris & æquitatis contentione nata est: & totum hoc partim in testamtorum fauorem, partim propter præsumptam innocentie existimationem institutum est. Excipiuntur autem qui maiestatis aut repetundarum accusati sunt: quiq; mortem sibi conficiuerunt. Nam illa manus illatio, quæ propter scele- ris conscientiam facta iudicatur, pro condem- natione numeratur: quasi de se ipso reus pœnas
sump

sumpserit. l. in fraudem, 45, §. 2, D. de iur. fisci. d. l. 6, §. eius qui, D. de iniust. rupt. & l. ex iudiciorū, 20, D. de accusat. quanquam cum illorum duorum criminum nomine etiam post rei mortem condemnatio fiat, vix est, vt illa verè exceptio dici possit. Quod autem obiicitur ex l. qui pœnæ, 8, D. de manumiss. l. post contractum, D. de donat. accusatum neque manumittere, neque donare quicquā posse: vnde sequitur multo minus testari de vniuerso iure suo posse: Respondendum est, meo iudicio, leges illas agere de iis qui postea condemnati sunt. Nam si ante condemnationem decesserit, defendi non potest, eos qui testamentum facere possunt, non & libertates dare posse. Eamq; sententiam nostram confirmant illa legis post contractum, postrema verba: SI CONDEMNATIO SECUTA sit. Sic enim legendum est: non vt in Florentinis libris, NISI. Legis enim sententia est hæc: Donatio post contractum crimen facta, si condemnatio subsequatur, fit irrita. Quod autem alii tradunt in fraudem fisci manumissionem illam factam intelligi: & propterea locum esse l. in fraudem, 45, D. de iur. fisci. mihi nō satisfacit. Cū si damnationē mors anteuertērit, benigne de reo sentiendum sit, neque vlla fiat publicatio: ac propterea nulla de fraude querela admittatur.

Lex XI.

VLP IANVS *Libro decimo ad Sabinum.*

Obsides

Obsides testari non possunt, nisi eis permittatur.

COMMENTARIVS.

Obsides. Obsides peregrini manent. testamēti autem factio iuris Quiritium est. Itaque verba illa Sabini esse arbitror. **OBSIDES TESTARI NON POSSVNT.** cetera Vlpiani. Primus enim Commodus constituit, vt obsidum morientium, tanquam captiuorum, bona confiscarentur. l. diuus, 31, De iur. fisc. Non mirum igitur si testari, nisi principis permisso, non possint. Testari autem, non vt peregrinos & populares suos, verum vt ciues R. heredes instituant. Duobus autem modis testamenti factionem obsides acquirunt: primum ex certo Principis rescripto: vt in l. nostra: deinde, ex vsu togæ accepto: qua ratione ciuium R. ius adipiscuntur. l. sed si accepto, 32, eod.

Lex XII.

IULIANVS *Libro quadragesimo secundo Digestorum.*

Argumentum.

Eius qui apud hostes decessit, testamentum antè factum, lege Cornelia confirmatur.

Lege Cornelia testamenta eorum qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent, in hostium potestatem non peruenissent. & hereditas ex his eodem modo ad unumquem-
que

que pertinet. quare seruus heres scriptus ab eo qui in hostium potestate decesserit, liber & heres erit, seu velit seu nolit: licet minus proprie necessarius heres dicatur. Nā & filius eius, qui in hostium potestate decessit, inuitus hereditati obligatur: quamuis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.

COMMENTARIVS.

Lege Cornelia Testamentaria, quam L. Cornelius Sulla victor tulit. Confirmantur. Antè legem igitur testamenta per captiuitatem hostium, utpote per summam capitis minutionem, irrita fiebant.

Non peruenissent. Sed mortui in ciuitate fuissent. vnde illud permulgatum, *Lege Cornelia fingere eum qui apud hostes decessit, captiuitatis tempore decessisse.* l. in omnibus, 18, D. de captiuis. l. 1, C. de postlimin. l. iusto, 44, in fi. D. de vsurpat. vt igitur lege XII tab. mors testamentum confirmat: sic lege Cornelia, captiuitas.

Ad unumquemque. Sic in l. lex Cornelia, 28, De vulgari subst. Ad omnes hereditates quæ ad quemque ex eorum testamento peruenire potuissent, si in hostium potestatem non peruenissent. Itemque in l. bona, 22, D. de captiuis. *Quare seruus.* Cum ad unumquemque, hoc est, ad cuiusvis generis heredes pertineat, etiam ad necessarios pertinebit. Dubitandi causa erat, quia mortis domini tempore in ipsius potestate non erat, (quippe qui hostium ipse ser-

d uis

uus esset) verum ei qui proximus domini agnatus erat, ex intestati causa quaesitus.

Minus proprie. Sic de hereditate, in l. 3, De verb. signif. de liberti in l. 4, De bon. libert. Sed fictio legis Corneliae & heredis, & hereditatum, & liberti nomen induxit: ait l. filiusfa. 18, ad legem Falcid. l. in bello, 12, §. 1, D. de captiuis. Sane in l. captiuus, 9, C. de postlim. videtur. *Diocletiani fuisse, cum legis Corneliae fictio, pro ea qua postliminii esse constat, nominauit. §. interdum, Inst. de heredit. qua ab intest.*

Lex hoc XIII.

MARCIVS Libro quarto Institutionum.

Argumentum.

Et a latronibus capti, & apud externos legati testari possunt.

Qui a latronibus capti sunt, cum liberi manent, possunt facere testamentum.

COMMENTARIVS.

A latronibus. Dubitandi causa est, quoniam in sua potestate esse non videntur. Sed non si quis in sua potestate non est, continuo paterfamilias non est. l. in fraudem, 45, D. de iur. fisc. Latronum autem & hostium dissimilem esse rationem patet ex l. hostes, 24, De captiu. l. hostes 118, De verb. signif. ubi captus ab hostibus, seruus eorum fit: captus a latronibus, liber & ciuis

uis

uis manet. Sed ratio summa inuestiganda est. Et constat hanc esse, quia communi gentium consensu ius illud constitutum est: at hoc, non est. Itaque hostes definiuntur, qui & perduelles, id est, quibus bellum indictum est. Quod cum ita sit, non tantum ad latrones haec lex pertinet: verum etiam ad illa seruilia bella quae cum Euno, cum Athenione, cum Spartaco gesta sunt: itemque piratica quae cum Cilicibus Seruilius, cum omnibus Pompeius gessit.

§. Item qui.

Item qui apud externos legatione funguntur, possunt facere testamentum.

COMMENTARIVS.

Apud externos. Externos dici arbitror eosdem quibus Pomponius scribit in l. 5, §. 1, D. de capt. nimirum cum quibus neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus. Vbi ascribit, id quod ex nostro ad illos peruenit, illorum fieri: & vicissim. Vnde dubitandi causa nascebatur, an qui apud illos legationem obtinet, cum in illorum potestate, non in sua esset, testari posset. Sed dissimilis legati & priuati hominis ratio est: nam priuatus qui ad externos peruenit, illorum seruus fit: legatorum autem corpora iure gentium sacrosancta sunt. l. vlt. D. de legationib. Hoc cum ita sit, videntur in l. 7, de captiu. nunquid negatio desit:

d 2 vt

vt sic legatur: Non dubito, quin foederati & liberi, nobis nec externi sint, nec inter nos atque eos postliminium sit.

Si quis.

Argumentum.

Qui capite damnatus appellauit, testari pendente appellatione potest.

Si quis in capitali crimine damnatus appellauerit, & medio tempore pendente appellatione fecerit testamentum, & ita decesserit: valet eius testamentum.

COMMENTARIVS.

Disceptatio ex scripto & sententia nascitur: quia ius est, vt damnatio rei capitalis testamenti factionem adimat, nimirum propter bonorū publicationem, At respondetur. damnationē intelligendam, quæ rata fuit. appellatione autem damnationem extingui constat ex fine l. 1, D. ad trypill. Qua de causa neque huic aduersabitur, quod dubitantibus de statu suo testamenti factio non est. vt in l. seq. nam vt ait Vlpian. l. si quis, 6, §. hi autem, de iniust. rupt. sunt hi certi status, nec ipsi de se interim incerti.

Lex XIII.

PAVLVS. *Libro secundo Regularum.*

Argumentum.

De suo iure incertus testari non potest.

Qui

Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse, aditamque eius esse hereditatē, testamentū facere non potest: licet iā paterfamilias, & sui iuris est. nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest.

COMMENTARIVS.

Aditamque. N. Libertatē testamēto datam non ante testatoris mortem aditamq; hereditatem deferri, l. 1, §. in nouissimo, C. de caduc. toll.

Licet iā. His verbis significat totā hanc disputationē ex illo legis capite fluxisse: PATERFA. VTI rei suæ legassit &c. Itaque disceptatio ex scripto & sententia nata est. Legē enim sic interpretamur, quasi non de omni paterfa. scripta esset, sed de eo demum qui se paterfa. esse sciret.

Quæ incertus. Subest vis argumenti ex repugnantibus Non & quis de iure suo incertus est, & certum ius de suis rebus statuere potest. Testamentum certum esse oportet: neque vlla legis actio est, nisi cuius certum & exploratū ius sit. Ac nimirū hoc illud est quod in definitione testamenti significatur, Testamentum est iusta testatio: idest, iure certo & explorato constans: vt in l. 1, ostendimus. Videndum etiam ecquid cū CERTAM LEGEM dicit, ad illud XII Tabularū verbū alludat: LEGASSIT.

d 3 quo

quo in verbo legis vim inesse in Cōment. verb. iuris docuimus.

Lex XV.

VLPIANVS *Libro duodecimo ad Edictum.*

De statu suo dubitantes, vel errantes, testamentum facere non possunt, ut Diuus Pius rescripsit.

COMMENTARIVS.

Dubitantes vel errantes. Aliud igitur esse statuit, ignorare, aliud dubitare, aliud errare. vt certus paterfa. is demum dicatur, qui neque errat, neque ignorat, neque dubitat. Summum enim gradum error obtinet. plus enim est errare, quam aut ignorare, aut dubitare. Errat, veluti legatus qui se hostium seruum putat, l. 1, de legat. tertio. item filiusfa. qui se patrēfa. esse putat, l. 1, §. exigit, de bon. poss. secund. Ignorat, veluti seruus manumissus, qui hereditatem aditam fuisse nescit: item (vt Vlpianus docet cap. Inst. xx) qui patre peregre mortuo nescit se sui iuris esse. Dubitat, qui vtrum ab hostibus, an a latronibus captus sit, incertus est, l. 1, D. de legat. tertio. item filius, in ciuitate, qui vtrum pater ab hostibus reuersurus sit, an non, ignarus est, l. 2, §. 2, D. vnde legitim. Vsq̄ue adeo autē certum testatoris statum esse oportet, vt etiam qui de ipsius statu dubitat, adire hereditatem non possit, l. heres, 30, & ll. seq. D. de acq. heredit.

Lex

Lex XVI.

POMPONIVS. *Libro singulari Regularum.*

Argumentum.

Testamenti factionem habere dicitur, cui quid relinqui testamento potest, quamuis testamentum facere non possit.

Filiusfamilias & seruus alienus & postumus & surdus testamenti factionem habere dicuntur. licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi veli alius acquirere possunt. Marcellus notat: Furiosus quoque testamenti factionem habet, licet testamentum facere non potest. Ideo autem habet testamēti factionem, quia potest sibi acquirere legatum, vel fideicommissum. nam etiam compositibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur.

COMMENTARIVS.

Seruus alienus. Hoc idem Iustin. exemplum profert, §. testamenti, 3, de hered. qual. & diff. Sed multo cōmodius Vlpianus cap. Instit. xxii. Seruos heredes instituere possumus, nostros cū libertate: alienos, sine libertate: cōmunes cum libertate, vel sine libertate. Multo vero & certius & verius quod sequitur: Alienos seruos heredes instituere possumus: eos tamen, quorū cū dominis testamenti factionem habemus.

Et postumus. Sane in postumum quæ subiungitur ratio non conuenit: LICET enim testamentum facere non possunt. Nam si impubes est

est

est, non quia postumus est, sed quia pubes nō est, facere testamentum non potest. Itaque disputari posset, vocem *MVTVS* multo commodius huic loco conuenire. præsertim cum plerumq; in hoc genere disputationum mutus & surdus coniungantur. Mouet me tamen omnium librorum auctoritas, sed multo maxime Institutionum consensus: d. §. testamenti, de hered. qualit. vbi & sic legitur, & pro surdi exēplo quod hoc loco proponitur, muti exemplum profertur. Videndum igitur ecquid nota superior *ALIENVS*, coniuncte ad vocem Postumus pertineat. Nam hic certe disputationi de postumis suis, nullus locus est: partim quia eos institui non modo licere, verum etiam oportere, nimium iam in vulgus notum ac peruulgatum erat. partim etiam quia vetus illa locutio de qua hic agit Pomponius, Testamenti factionem cum testatore habere, conuenire in postumos suos non potest. Sed nihilo magis, hac interpretatione recepta, superior ille serupulus eximitur: quod subiecta ratio conuenire in postumum non potest: nisi forte *POSTVMVS INFANS* adiectiue, apud Imperatorem, non coniunctiue, legamus.

Factionem habere. Huius rei nisi auctorem Pomponium haberem, credidissem equidem veteres leges ita potius locutas, vt dicerent, His, vel Cum his testamenti factione esse: potius quam Hos habere. Sed iam morbum omnem

nem animaduerto. nā Vlpianus cap. Inst. xxi. Heredes, inquit, institui possunt, qui testamēti factionem cum testatore habent. Non igitur simpliciter & præcise veteres ita loquebantur, Filiosfa. testamenti factionem habere: sed plene & coniuncte, Habere cum aliquo.

Facere non potest. Nisi quo tēpore furor eius intermissus est. l. furiosum, 9, C. qui test. fac. poss. §. 2, Quib. non est permiss.

Acquirere legatum. Huic Marcelli notæ alteram eiusdem & auctoris & generis aptandam esse ex l. furiosus, 63, De acq. hered. etiam ab aliis obseruatum est. Testamentum autē quod ante furorem factum erit, valebit: vt infra. l. qui testamento, 20, §. 4, eod.

Lex XVII.

PAVLVS Libro tertio sententiarum.

In aduersa corporis valetudine mente captus, eo tempore testamentum facere non potest.

COMMENTARIVS.

Hoc quicquid est, expositum est sub l. 2, supra, eod. Extat ante hæc Pauli sententia in lib. eiusdem sentent. iii. cap. iiii.

Lex XVIII.

VLPIANVS Libro primo ad Sabinum.

Argumentum.

Interdictio bonorum testamentum post factum infirmat:

e antè

anté vero nequaquam : quin & testem in alterius esse testamento prohibet. N. Cui testamenti factio adempta est, is nec testis adhiberi testamentis potest.

Is cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest : & si fecerit, ipso iure non valet. quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat.

COMMENTARIVS.

Is cui. Sabini verba produci arbitror vsque ad versum, Merito. Nam Vlpiani nota particula. ERGO indicari videtur illa superiora autem omnia sententiosa & plane Sabiniana sunt.

Lege interdictum. Lege XII. tab. vt in l. 1, D. de curat. fur. Idéque traditur ab Vlpiano cap. Inst. xxii. Dubitandi caussa multiplex esse potuit. prima hæc est, quod cum testamenti factio iuris sit publici, & lege concessa, Prætor eam pro imperio adimere non potuit. Responderetur, ergo non Prætoris, sed legis ipsius hanc interdictionem esse. Prætozem autem viam legis vocem fuisse. Altera caussa hæc fuit : quia cum in interdictionis formula commercii verbum vsurpetur, ad eas dumtaxat alienationes quæ inter viuos sunt, pertinere videbatur. Nâ illam Vlpiani rationem, Cum ei commercium ademptum sit, familiam mancipare non potest : quia mos ille sublatu est, omitto. Tertia dubitandi subesse caussa poterat, quoniam aliud est administratio

ministratio, de qua legis interdictum est, aliud Testamentaria dispositio. Sed cum in formula etiam illud addatur EA RE INTERDICO, contentaneum est, nullum ei ius in eas res vlla ex parte relinqui. At enim (dixerit aliquis) minor qui sub curatore est, neque bonorum suorum administrationem habet, testamentum tamen etiam sine curatoris auctoritate potest facere. l. aurelio, 20, §. 1, D. de lib. legat. Sed respondendum est, prodigos, quantum ad bona ipsorum attinet, furiosis comparari : & (vt ait Imp.) furiosum facere exitum. l. his qui, 12, in fin. D. de tut. & curat.

Ipso iure. Quippe cum contra leges interdictum factum sit.

Vetustius. Idem traditur in l. 1, §. si quis autem, D. secund. tab. vbi traditur, regulam qua exigitur vt & testationis & mortis tempore testamenti factio sit, exceptionem in superueniente furore, & bonorum interdictione recipere. quippe, cum capitis diminutio his casibus non contingat. Vitia igitur insita, capitis scilicet diminuti, testamenti factionem adimunt : externa autem non adimunt. Sed, vt ad questionem nostram redeamus, quid si cum iam aperte prodigus esset, quamuis interdictum illi nondum fuisset, testamentum fecerit? vti de aperte prodigis agitur in l. tres tutores, D. de admin. tut. denique quid si mentis illius suæ leuitatem, temeritatem, stultitiam in eo testamento

iam aperte ostenderit? Ergo hoc quidem intel-
ligendum est, unde huius quoque iuris acqui-
tas perspicitur, nimirum testamenti factione
iuris esse publici: neque id quod lege factum
est, (hoc est sine vilo legis interdico) nisi con-
traria lege rescindi posse. Hoc autem loco illud
asscribendum est, quod Paulus lib. Senten-
3: cap. 4, cominoratus Prodigum recepta
vitae sanitate ad bonos mores reuersum & tes-
tamentum facere, & ad testamenti sollemnia
adhiberi posse. Idque, ut opinor, ipso iure
quemadmodum ipso iure in potestate curato-
ris esse desinit. l. 1, D. de cur. fur.

Merito ergo. Verba hęc Vlpiani esse non du-
bito: suo more, id est perplexe, & obscure ratio-
cinantis. Obseruandum igitur, prodigis
dicendi testimonium ius non fuisse. quippe, cum
eorum nequitia nominatim à Pratore damna-
ta maculam illis aliquam afferret. unde illud le-
gis Rosciae, ut decoctoribus certus in teatro
locus constitutus esset. Sed & Valerius lib. 3,
cap. 2, non obscure significat, Q. Fabium, Q.
Maximi filium dedecore affectum fuisse, cum
ei Q. Pompeius Prætor Urbanus paternis bo-
nis interdixisset. Ac Vlpianus quidem cap. Insti-
xx; mutos, furdos, furiosos, pupillos, & fœmi-
nas ab hoc testimoniorum genere submouens,
prodigorum mentione omittit. Paulus verò lib.
Sent. 3, Prodigus, inquit recepta vitæ sanitate
ad bonos mores reuersus & testamentum face-
re,

re, & ad testamenti sollemnia adhiberi potest.
Sed Vlpiani ratio citatio perplexa, ut dixi, &
obscura est: cum & testamenti factionem ac si-
quirendi quidem causa prodigis habeat, l. mu-
tum, §. D. de acquir. heredit. neque filius fa-
reum testamentum ius non est, à testimonio remouea-
tur. Ergo huius sententia rationem Vlpianus
prohibet. Admissam sententiam spectadito. Ra-
tio enim cur testamenti fabricandi potestatem non
habeant, hæc est, quoniam nequitie damnati
dedecore aliquo affecti sunt: quasi Vlpianus sic
scripsisset. Cum neque testamenti factionem
propter nequitiam suam habeant.

*Si quis ob carmen famosum damnatus, neque testari, neque testa-
mentum adhiberi potest.*

Argumentum.

Ob carmen famosum damnatus, neque testari, neque testa-
mentum adhiberi potest.
*Si quis ob carmen famosum damnatur, senatus
consulto expressum est, ut intestabilis sit. Ergo nec
testamentum facere poterit, nec ad testamentum
adhiberi.*

COMMENTARIUS.

Intestabilis. Vlpianus legi Corneliæ id assi-
gnat in l. lex, §. pen. De iniur. sed probabile
est eandem etiam Senatusconsulti sanctionem
fuisse. Idem autem traditur in l. ob carmen, §.
D. de testib. Sed queri video, an et qui intesta-
bilis esse iussus est, relinquit aliquid per testa-
mentum possit. Et cum heredi post testatoris
bulla

mortem testimonium dicatur: Intestabili autem non dicatur: probabilius est, nihil ei civis. R. testamento relinqui posse. *lib. 1. de iur. iudic. l. 1. §. 1.* Queritur etiam de infamibus, an eadem eorum qua intestabili ratio sit: de quo disputare nos non sinit l. 1. C. de secund. nupt. l. testamento, 33, D. de testam. militu. vbi de testamento ab infami facto ius dicitur. Aliud est enim infamem, aliud intestabilem esse.

Lex XIX.
 MODESTINVS *Lib. 1. Pandectarum.*

Seruius quoque Sulpitius negabat tabulas testamenti esse eas quas instituit is qui factionem testamenti non habuerit, ut ait Cic. Epist. fam. lib. 17. Epist. 22.

Si filius familias aut pupillus aut seruus tabulas testamenti fecerit, signauerit: secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filius familias sui iuris, aut pupillus pubes, aut seruus liber decesserit, quia nulla sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habet.

COMMENTARIVS.

Licet sui iuris. Quia lex xii. tab. & testamentis & ceteris omnibus legitimis actionibus vim ex praesentis temporis statu, non ex incerto & fortuito posterit temporis euentu tribuit, alioquin earum ius incertum & fortuitum esset, quam ad rem Catoniana regula pertinet, vnde

illud

illud. Ser. Sulpitii, & Offilii, apud Ciceronem lib. vii. Epist. fam. neque testamenti tabulas eas esse, quas instituerit is, qui factionem testamenti non habuerit: neque verum esse, bonorum possessionem secundum eas tabulas dari posse. Idemque traditur in l. 1. §. exigit, D. de bon. secund. tab. vbi Praetor exigit, ut is cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius faciendi testamentum habuerit: & cum facit testamentum & cum moritur. Interdum tamen ex aequi & boni ratione contra iuris summi regulas tabulae contralescere iudicantur: ut l. filio, 17, D. de iniust. rupt. l. qui soluendo, 42, De heredib. inst. Sed ea tota res dirigi ad certum aliquod ius non potest: sapientia & aequitati iudicium committenda & permittenda est.

Lex XX.

Argumentum.

Heres testamento adhiberi testis non potest. Legatarius & tutor, nisi in testatoris manu sint, possunt. Item, Ei qui de castrensi peculio testatur, & pater, & frater adhiberi testes possunt.

Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. quod in legatario, & in eo qui tutor scriptus est, contra habetur. hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur: ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris. Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est: Verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus: quamuis placeat

placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri donec pretium soluat. Per Contrarium queri potest, an pater eius qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus libro decimo Digestorum scribit posse. Et frater ergo poterit.

COMMENTARIUS.

Qui testamentum Sabini sententia vtrum hac enuntiatione comprehendatur, an vero usque ad §. Potestatis perducatur, nō facile dixerim. quanquam & proxima verba olere Vlpianum videntur: & ius hoc de legatariis posterius Sabino fuisse, mox docebimus. Verum ut cū que sit, aduersari huius sententia videtur, quod Imp. scribit in §. sed neque, 5. De testam. vbi ait, veteres heredibus permisisse, testimonium præstare: licet hoc iure minime abuti eos debere suadebant. Quod si de iis testamentis Sabini loqui dicimus, quæ non secreto, & per æs & libram: sed palam aut scribebantur, aut nuncupabantur: tamen illud rursus pugnabit, quod in Miloniina Cicero, de Cyri architecti testamento sic scribit: Vna fui, testamentum simul obsignavi cum Clodio: testamentum autē palam fecerat, & illum heredem & me scripserat. Videndum igitur, cum Iustinianus testetur, incertum hoc ius apud veteres fuisse, rectene dici possit, Sabini in ea parte Iurisconsultorum fuisse, qui heredum testimonia in iis quidem

quidem testamentis quæ palam fiebant, improbant. In legataria: Ius hoc usque ad Scauola Ceruidii ætatem ambiguum fuisse, huius autem auctoritate constitutum, Imp. Arcad. & Hon. significant in l. 3. in fi. C. TH. de testament. Itaque Marcianus in l. si quis ita, 14. D. de reb. dub. Trebatii & Pomponii sententia Ceruidiana cōsentanea ita profert, quasi nondū certā & plantē constituta. quin ne Iustinianus quidē subicit. De testā. §. legatariis, de eo iure quasi admodū certo & explorato loqui videtur. Dubitādi enī causa perspicua erat: cum in rem suam legatarius adhiberi testis videretur. æquitatem autem Iustinianus eodem loco hanc affert: Quia non iuris successores sunt, quasi verò aliis in rebus in quibus singulare aliquod negotium geritur, adhiberi testes possimus. Quinetiam falsi genus fuisse, si quis legatum sibi adscriberet: id que lege Cornelia factum: nemo ignorat ex Rub. D. ad. leg. Cornel. de fals. Pomponius autē rationem hanc protulit: Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis. Quod sic interpretor, quasi diceret: Cum res ex potiore sui parte censeantur, ac denominentur, pars illa in qua legata sunt, proprie testamentum dici non potest. Testamentum enim est, vbi heredis institutio est. l. vlt. D. de iure codicil. itaque legatarii non tam donationem & negotium illud suum, quā ipsum testamentum confirmare videntur. præsertim

geritur per quod adquiratur. Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, sum compos mentis non sit, sed si habet intermissione, ea tempore adhiberi potest, testamentum quoque quod ante furorē consummavit, valebit. Et bonarum possessio ex eo testamento competit.

COMMENTARIVS.

Quæ autem. Verba hæc Vlpiani esse omnia, genus orationis arguit.

Ne furiosus. Hanc Sabini sententiam esse non dubito: vique ad verbum, Testamentum.

Compos mentis. Quæ in testationibus requiritur, non enim corporis tantum, sed & animi præsentia desideratur, furiosi autem absentium loco numerantur, l. ybinon voce, D. de reg. iur.

Eo tempore. Nam eo quoque tempore testamentum facere potest, l. furiosum, 9, C. qui test. fac. quod tamen apud veteres nondum constitutum fuerat.

Ante furorē. Vt supra l. filius fa. 16, eod. & l. 1, §. si quis autem, D. secund. tabul.

§. *Eum qui.*
Argumentum.

Mulier, item feruus, in testamentis: repetundarum verò damnatus, in iudiciis, at non in testamentis testis esse prohibetur.

Eum, qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse existimo: quoniam in iudicium testis esse vetatur.

COM-

COMMENTARIVS.

Eum qui. Sabini totam hanc sententiam esse arbitror: legendumque vt in aliis libris omnibus, NON POSSE. vt in l. repetundarum, 15, de testib. l. 6, D. ad leg. repetund. idque etiam subiuncta ratio perspicuè ostēdit. Idem autem & de adulterii damnatis traditur in l. scio, 4, D. de testib. Quod verò de infamibus hoc loco quæritur: nondum satis exploratum est, nam etsi permultæ publicorum iudiciorum leges, damnatos, ac propterea infames, à testimoniis in publicis iudiciis dicendis non remoueat: vti scribit Papin. in l. quæsitum, 13, D. de testib. tamen maiore in testibus ad testamenta quàm ad alias res admittendis, religionem adhiberi, vel ex proximo §. intelligitur. Quin etiam video Quintilianum aperte scribere, ignominioso legis actionem non esse: lib. 3. cap. 6, Non habes, inquit, ius abdicandi, quia ignominioso non est actio. habeo ius, quia abdicatio non est actio. Quamquam si mei iudicii quid esset, vix certe testamentum quod ab infami obsignatum esset, propter hanc vnam causam, repudiandum putarem. præsertim cum tantus testatorum fauor sit. Denique præclare traditur in l. 3, D. de testib. totum illud de testibus negotium sapientiæ & religioni iudicium permittendum esse.

Quoniam in iudicium. Argumentum notatione dignum, & obseruandum. Est enim ex comparatione

f 3

paratione

paratione maioris: idest, eius quod magis consentaneum & probabile videbatur. Si quod magis conuenire posse videbatur, non conuenit, &c. Magis autem conuenire videbatur, Reperundarum damnatos ad rerum capitalium testimonia recipi, quam ad testamentum: quia in illis rebus aut pauci, aut nulli alii testes sunt. itaque penuria illos admitti cogit. at in testamentis faciendis abunde testium copia cuius vndeque suppetit. Propterea autem notandum hoc argumentum est, quia cum capitalia iudicia multo maioris sint momenti quam testamenta, in quibus de fortunis tantum agitur: facilis esset ex ambiguo captio: quasi Sabini ratiocinatio hæc esset: vt cui non licet quod maius est, ei non liceat quod est minus. quæ ratiocinatio absurda & falsa est. Intelligendum est igitur, sub hac Vlpiani argumentatione vim illius regulæ subesse: Cui non licet quod minus est, ei non licet, quod plus est. cum autem ad refutandum hanc comparationem inducat, necesse est, ex maiore argumentum sumat. nam quod ex minore sumitur, nunquam nisi ad confirmandum valet. Quid ergo est? nimirum quod in illa iuris regula, Minus appellatur, id ipsum est, quod dicimus magis conuenire, magis esse probabile, magis consentaneum & verisimile. Minus est igitur adhiberi testem in causis capitalibus, quam in testamentis: quia propter penuriã necessitas cogit eos sæpe ad-

mitti

mitti, qui si esset copia non admitterentur. Quod ab exemplo facilius intelligetur. nam in testimoniis, etiam qui non rogati sunt vt ei rei operam darent, admittuntur. l. ad fidem, ii, D. de testib. at in testamentis rogari debent. l. seq. §. penult. item mulier in causis publicis testis admittitur: at in testamentis (vt mox dicemus) non admittitur.

§. Mulier.

Mulier testimonium dicere in testamento quidem nõ poterit. Alias autem posse testem esse mulierem, argumento est lex Julia de adulterijs, quæ adulterij damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat. Seruus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest: cum iuris ciuili communiõne non habeat in totum, ne prætoris quidem edicti.

COMMENTARIVS.

Mulier. Hanc quoque Sabini sententiam esse, non dubito. quod verò sequitur, Alias autem, ab Vlpiano est. Cũ autem de sexu hoc loco disputetur, non alienũ est etiam de hermaphroditis hoc addere, si in iis virilia præualebunt, testes adhiberi testamentis posse. l. reperundarũ, ii, D. de testib. Quid autem de spadone? sed cum ille & vxorem ducere, & adoptari possit, apparet eum in virili sexu numerari.

Testimonium in testamento. Neque aduersatur, quod testamentum potest facere: in quo ta-

men

men aliquanto plus est. Nam vt testamentum faciat, necesse est: vt testis adhibeatur, cū aliorum testium copia suppetat, nihil necesse est.

Argumento est. Sic Paulus in l. ex eo, D. de testib. Contrā tamē Gellius lib. 6, cap. 7. nulli feminæ dicendi testimonii ius fuisse scribit. Quæ difficultas prope inexplicabilis videtur: præsertim cum ex eo quod lege Horatia rogatum scribit, vt Terraciæ testimonii esset dictio, verisimile videatur, legē ea de re antiquitus fuisse. tametsi inueterata quoque consuetudo esse potuit. Considerandum igitur, ecquid hoc modo statui posset: vt in actionibus legis, id est quæ iuris ciuilis sunt, quibus in rebus leges testationem exquirerent, ad eas admitti mulieres non possent. Rerum autem aliarum testes, propter aliorum penuriam, esse possent: veluti coniurationis, l. in quæstionib. 8, D. ad leg. maiest. Quod cum ita sit, probabilius quoque esse arbitror, mulieres neque ad codicillos conficiendos, neque ad mortis causa donationes, admitti. quam sententiam video ab Harmenopulo, quasi suo tempore receptam & probatam, exponi. Et profecto ita est, vt ius codicillorum, nisi quid singulariter & propriè de iis constitutum sit, ad commune testamentorum ius referri ac reuocari debeat. arg. l. i, C. Th. de testam. vbi Constantinus testamento ciuili, id est per æs & libram, nondum sublato, recepto etiam prætorio, vel quinque vel septem testes

in

in codicillis exigit. quinque scilicet ad ciuilis instar: septem ad Prætorii. vt & Annianus sub ead. Rubr. annotauit.

Seruus quoque. Vlpiani hæc esse omnia, stylus arguit. Et si autem iuris gentium sit testimoniū, tamen intelligendum est, testamentariam hanc testationē legis actionis, hoc est familiæ mancipationis partem esse. Legis autem actiones omnes iuris ciuilis esse, nemo ignorat. Quod autem nonnunquam seruorum aut testimoniū aut etiam delatio in iudiciis auditur: id iure singulari fit. vt l. vix certis, 52, D. de iud. l. i, D. ad leg. iul. de annon. l. nullo, 7, D. de falso.

§. *Et veteres.*

Argumentum.

Testis ad vsque testamenti exitum non inuitus, sed lubens ad esse debet. in eo autem non vti que sermonis, sed negotii tantum & rei quæ geritur, intelligentia requiritur.

Et veteres putauerunt eos, qui propter sollemnia testamenti adhibentur, durare debere donec suprema contestatio peragatur. non tamen intelligentiam sermonis exigimus. hoc enim diuus Marcus Didio Iuliano in teste qui latine nō nouerat, rescriptit. Nam si vel sensu percipiat quis cui rei adhibitus sit, sufficere. sed si detenti sine inuiti ibi testes, putant non valere testamentum.

COMMENTARIVS.

Suprema contestatio. Id est, nuncupatio, HÆC VTI in his tabulis cerisue &c. apud Vlpianum

g cap.

cap. Inst. 25. Ratio in illo testamentorum ritu hæc erat, quia legis actiones indiuiduæ sunt: & vno eodémque tēpore absoluendæ sunt. Quid igitur in hodiernis testamentis? quid iuris est? Vlpianus in l. fideicommissa, II, §. I, D. de legat. tertio: scribit, quoties quis exemplum testamenti præparat, si prius decedat, quam testetur, scripturam illam ne vt codicillos quidem valere. Sed alia item quæstio exoritur. Nam si testatio exquiratur, quid ita non ea probabitur, cum clausæ complicatæque testamenti tabulæ singulis testibus diuersis diebus obsignandæ tradentur? Intelligendum est igitur, testamentum non esse testationem omnino, siue simpliciter: sed testationem septem testium. qua de causa dictum in definitione est: Testamentum iustam esse contestationem. idque ipsum traditur à Theodosio in l. hac consultissima, 12, C. de testam. vbi statuit licere complicatum quidem aut inuolutum testamentum obsignandum testibus præbere, sic vt nullam ex illo partem intelligant, dummodo vno eodémque tempore & simul obsignent.

Non tamen. Hæc cum proximis verbis non satis cohærent. Et, vt quod suspicor aperiam, haud scio, an hoc Vlpiani verbum potius ad aliquam Sabini sententiam accommodatū sit, in qua scriptum eiusmodi aliquid fuisset: Mutus & surdus testes adhiberi in testamentis non possunt. Quæ tamen sententia puero cui hæc Tribonianus

bouianus notanda cōmiserat, effluxerit.

Vel sensu percipiat. Paulus, SENTIAT. Nā in III, Sentent. Ex his, inquit, qui ad testamentum adhibentur, si qui sunt, qui Latinè nesciant, vel non intelligant, sed tamen sentiant cui rei sint adhibiti, non vitiant testamentum. Quibus verbis difficile dictum est, non illud aperte significari, solam mentis intelligentiam exquiri: sermonis, non esse necessariam. quasi videlicet solo nutu opus sit. Quod si ita est, primū cur surdos & mutos ab his testationibus arcemus: cum etiam nutu & mente sentire quid agatur possint? præsertim propter l. vbi non voce, D. de reg. iur. deinde quid illud est, quod in l. seq. traditur, testes rogandos esse, vt huic actioni operam dent: heredes ita nominatim appellandos esse, vt à testibus exaudiantur? Sed vt inuolutum testamentum præberi testibus obsignandum ponamus, tamen aut rogari testes & respondere rogatos, oportet: aut nutu negotiū istud transigi. Quod si per interpretem hæc confici dicamus, arg. l. I, in fi. D. de verb. obligat. quid est, quod sola mēte sentiri hæc oportere traditur? Denique coram Titio aliquid facere iussus, non videtur præsentē eo fecisse, nisi intelligat: ait Florent. in l. coram, 209, D. de verb. signific. Ne multa, arbitror istud ex D. Marci rescripto contra cōmunis & ordinarii iuris rationem inductum fuisse.

Latine non nouerat. Nam latinè scribi testa-

stamenta oportebat: ante Theodosii quidem cōstitutionem. d. l. hac consultissima, in fin. & l. directas, C. de testam. manumis. l. vlt. C. de testam. tut. quin nec legatū quidem nisi Latine relinquere non poterat: ut scribit Vlpian. cap. Inst. xxv.

Putavit non valere. Significat alios fuisse, qui contra putarent: quorum opinionis ratio inuestiganda est. an igitur, quod aditio hereditatis coacta iure ciuili heredem efficit: qui tamen à Pratore postea restituitur? ut in l. si mulier, 21, §. si metu, D. quod met. caus. Dissimilitudinis autem ratio hæc fuisse videtur, quia restitutio ei qui læsus est, tribuitur. testis autem nō læsus est: sed aut agnati proximi, aut heredes præter optatum suum instituti.

Lex XXI.

IDEM Libro secundo ad Sabinum.

Argumentum.

In testamento per scripto scribi heredes debent: in nuncupatio, discrete sunt nominibus appellandi, ut testes adhibiti exaudiant.

Heredes palam ita ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere. Sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit. exaudiri autem non ab omnibus, sed à testibus. Et si fuerint plures testes adhibiti, sufficit sollemnem numerum exaudire.

COM-

COMMENTARIVS.

Hæredes. Et Sabini & Vlpiani verborū summa hæc est: In testamento nuncupato heredū nomina ita pronuntianda sunt, ut à septem testibus exaudiantur, l. iubemus, §. oportet, C. de testam. Duo testamentorum genera fuerunt, Scriptum & Nuncupatum. Ex heredis autem institutione denominabantur. itaque si nuncupatus heres sit, legata verò in scripto relicta, Nuncupatum testamentum dicebatur: legata ex codicillis deberi. l. vlt. D. de iure codicill.

Licebit ergo. Superior sententia Sabini fuit. nunc Vlpiani sequitur interpretatio. Ex qua quantum inter utriusque & ingenium & scribendi elegantiam interfit, non difficile est existimare. quid enim ab Vlpiano hic dicitur, quod non à quouis, qui modò communi sensu & mediocri intelligentia præditus esset, non facile ex Sabini verbis intelligi potuisset? aut verò quis ex eius verbis dubitare potuisset, an Palam heredes nuncupare, sit in foro, aut macello per præconem pronuntiare.

Vel nuncupare. Et bonorum possessio secundum nuncupationem dabitur. l. 2, C. secund. tabul. l. vlt. C. de codicill.

Si nuncupat. Obseruandum igitur, Nuncupatum testamentum ex testatoris voce, & testium auditione constare. Quod cum ita sit, difficile dictu est consuetudinem illam qua Tabel-

g 3 lions

liones acceptum ex ore testatoris nomen testibus pronuntiant, cum hoc iure congruere. Neque ad rem pertinet, l. Pamphilo, 39, §. 1, D. de legat. tertio. primùm quia testatore eo loco palam omnibus audientibus C. Seiũ affatus erat. deinde quia dissimilis est ratio fideicommissi singularis, quod legibus nullis tenetur: & hereditum institutionis, quæ certo & proprio iure definita est. Vtrum autem nomine, an certa demonstratione designetur heres, nihil interest. l. quoties, §. si quis, & l. nemo dubitat, 58, D. de hered. instit. vnde quæsitum est, an illa demonstratio valeat: Cuius nomen in scheda quam in fano deposui, vel quam L. Titio commendavi, perscripsi. Et cum Papinianus in l. asse toto, 77, D. de heredib. instit. illam demonstrationem probet: Quem heredem codicillis fecero, heres esto: quamuis codicillorum usus sit obloletus, schedulas pro codicillis accipi, ratio postulat.

Si plures. Paulus lib. Senten. 3, Plures quàm septem ad testamentum adhibiti, non nocent. superflua enim facta prodesse, iuri tamen nocere non possunt. Hinc illud Augustini lib. de ciuit. Dei 4, cap. 27, De superuacuis, inquit, non magna cura est. solet enim & à viris peritis dici, Superflua non nocēt. Quo loco *IVRIS, NŌ VIRIS*, legendum, planè mihi persuadeo.

§. I. *Si quid.*

Si quid post factum. Sabini sententia: quæ cum

cum generalibus verbis cōcepta sit, sine dubio ad omnes testamenti partes pertinuit: hoc est, & heredis institutionem, & legata, & libertates & tutelas. Posterioribus autem temporibus & codicillorũ ius tantũ factum est, vt mutari legata per illos potuerint: l. si quis eum, 16, D. de vulg. & pupil. & doli exceptiones vsque eo productæ, vt etiam nuda voluntate & grauissimis exortis inimicitiis, adimi legata posse traditum sit. l. militis, 36, §. 3, D. de mil. test. l. 3, §. vlti. D. de adim. legat. Quid? quod etiam posterioribus temporibus natum hoc ius est, vt mutari institutio possit, si modò cum extranei instituti fuissent, nunc qui ab intestato successuri erant, instituantur: dummodo quinque testium iureiurando id comprobetur. l. hac consultissima, 21, in fin. C. de testam. vbi tamen Theodosius non quasi testamentum id valere vult, sed quasi vltimã intestati voluntatem. Quod cū ita sit, haud scio an verba illa l. 2, D. de iniust. rupt. **VEL IN EO SCRIPTVS EST QVI AB INTESTATO VENIRE POTEST:** non Vlpiani, sed potius Triboniani sint. qua de re tamen nondum quicquam affirmo.

§. *Si quid post factum.*
Argumentum.

Mutari nulla testamenti pars, nisi omnia de integro renoventur, potest declarari tamen, & planius explicari potest.

Si quid post factum testamentum mutari placuit omnia ex integro facienda sunt. Quod verò quis.

quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post sollemnia explanare possit queritur: ut puta Stichum legauerat, cum plures haberet: nec declarauit de quo sentiret. Titio legauit, cum multos Titios amicos haberet. errauerat in nomine, vel praenomine, vel cognomine, cum in corpore non errasset. poteritne postea declarare de quo senserit? Et puto posse. nihil enim nunc dat, sed datum significat. sed et si notam postea adiecerit legato vel sua voce, vel litteris, vel summam, vel nomen legatarij, quod non scripserat, vel numerorum qualitatem: an recte fecerit? Et puto etiam qualitatem numerorum posse postea addi. nam et si adiecta non fuisset, uti que placeret coniectionem fieri eius quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis.

COMMENTARIVS.

Post factum. Ante perfectum autem nihil prohibet priorem scripturam posteriore corrigere, commutare, rescindere. l. nihil prohibet, 17, D. de adim. legat. Cum autem consulto deleta, & inducta non valeant. l. 1, D. de his quae in testam. perspicuum est, Mutandi verbum in Sabini sententia non ad lituras pertinere: sed ad inscriptiones. de quibus Vlp. d. l. 1, § 3.

Quod verò. Sequuntur additamenta Vlpiani: quae nisi ad alteram Sabini sententiam, hoc est de inscriptionibus, d. l. 1. commodius pertineat, errare me fateor. Quid enim ad sententiam quae

quae de Mutando est, obscurorum interpretatio pertinet? cum Mutare, ut paulo post significat, proprie sit, quod prius datum non fuerat, nunc dare: aut verò quod datum antea fuerat, adimere. l. 1, § 3, D. de his quae in testamen.

In corpore non errasset. Nam error in rei legatae corpore legatum vitiat. l. quoties, 9, D. de hered. inst. in vocabulo, non vitiat. l. 4, De legat. primo.

Coniectionem fieri. Ut in l. si feruus, 50, §. vlt. de legat. primo.

Vicinitate scripturae. Sic in l. qui filiabus, 17, De legat. primo.

Consuetudine patrisfamilias. Ut l. librorum, 52, §. quod tamen, De legat. tertio. l. labeo, 7, de suppell. legat. l. ex vsu, 10, De tritic. vino legat.

§. In testamentis.

Argumentum.

In testamento testes esse, nisi qui hanc se operam rogatos nominatim testatori dare intelligant, non possunt.

In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos, ad testandum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiores ad testamentum se adhibitos: posse eos testimonium suum recte perhibere.

COMMENTARIVS.

In testamentis. Sabini haec sententia est, vsq; h ad

ad illud, QVOD SIC accipiendum. idémque significatur in l. vlt. §. vlt. C. de iur. codicill. vbi hoc amplius traditúr, in codicillis rogationem non requiri. Quod autem idem iuris traditur in l. ad fidem, D. de testib. generaliter intelligi posse non puto. nam in testationibus faciendis, rogandos esse testes, satis constat.

Quod sic accipiendum. Demiror Vlpianum in re minime necessaria operam consumere. Nam si Sabinus Aduocandi verbo vsus esset, vt apud veteres Aduocati testes dicebátur, quemadmodum ex Plauti comœdiis intelligitur: locus fortasse huic annotationi fuisset. Nunc cū simpliciter Rogandi verbo vsus sit, huius annotationis causam video non magnam.

§. vlt.

Argumentum.

Testamentum vno contextu sine vllius alterius negotii interpositione fieri debet.

Vno contextu actus testari oportet. Est autem vno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere. quod (si) aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur.

COMMENTARIVS.

Vno contextu actionis. Sabini sententia: quã Vlpianus iis interpretatur verbis, ex quibus Iustinianus testatur, innumeras concertationes natas esse. l. cum antiquitas, 28, C. de testam.

Rem

Rem autem sic definit, vt alieni omnes actus numerentur, qui neque ad testamentum faciendum, neque ad testatoris aut testium fortuitum aliquod vitæ periculum euitandum pertineant. Quæ cū ita sint, quæsitum est à nostris, ecquid inter testamentum faciendum interponi stipulatio, aliúsue aliquis contractus possit. Veluti si testator dicat, fundum illum tot aureis tibi vendo. Argumentum sumitur ex l. 1, §. assignare, & l. assignare, D. de assign. libert. vbi traditur, Assignationem neque vt legatum, neque vt fideicommissum deberi: & tamen testamento recte fieri. Hoc perabsurde sic disputatur. Nam Aliena dicuntur, quæ vel contraria vel repugnantia sunt. eiusmodi alienationes sunt quæ inter viuos fiunt. quid enim testamentis quæ post mortem demum valent, & mutari in horas possunt, à contractibus alienius est? At quæ consentanea sunt, aliena non dicuntur. qualis assignatio liberti est, quæ non nisi post mortem, item vt testamentum, vel naturalem vel certe ciuilem, valet. Itaque Donatio causa mortis ita testamētis consentanea iudicata est, vt legatis plane comparata sit. l. vlt. C. de donat. caus. mort.

Testari oportet. Intelligendum est, Testationis nomine eam demum significari, quæ iuris ciuilis est: hoc est denuntiatione & responsione. cū alioqui Testationis noīe & subscriptio & obsignatio vno contextu facta comprehen-

h 2 datur.

datur. l. hac consultissima, 21, C. eod. Hoc autem notandum fuit propter Vlpiani disputationem in l. si testamentum, 23, infra eod.

Lex XXII.

IDEM *Libro trigesimo nono ad Edictum.*

Ad testium numerum simul adhiberi possumus, ut ego & pater, & plures qui fuimus in eiusdem potestate.

COMMENTARIVS.

Vt ego. Legendum, Et ego. Rationem autem Vlpianus exponit in l. pater, 17, D. de testib. itemque Iustin. §. 4, De testam. quoniam nihil nocet ex vna domo plures testes alieno negotio adhiberi. Dubitandi causam afferebat, quod idoneus testis non est, cui testimonium imperari potest. l. idonei, 6, D. de testib. ac proinde summa patris in filium potestas cogere testimonium videretur. Legis autem æquitas est, quia cum in re aliena nihil patris fa. interfit, locus huic suspicioni esse non potest.

§. *Conditionem.**Argumentum.*

Testium cōditio non ex mortis, sed signandi testamenti tempore spectanda est.

Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc cum signarem, tales fuerint ut adhiberi possint: nihil nocet si quid postea eis contingerit.

COM

COMMENTARIVS.

Conditionem. Ius enim testamenti ex testationis tempore æstimatur: siue ut valeat, siue ut non valeat. l. si filius fa. 19, supra eo. Vulgo autem contra in aliis testationibus omnibus putatur. & sola huic sententiæ auctoritas quæritur ex l. notionem, 99, §. instrumentorum, D. de verbo. signifi. Primum in ea l. traditur, dilationem instrumentorum recognoscendorum causa peti posse. quod meo iudicio, ad id quod agimus, nihil pertinet. deinde quænam esset istius opinionis æquitas, ut testationes propter accidentem aliquam in testium mutatione conditionem vitarentur? cum contra regula iuris sit, ut quæ ab initio recte atque ordine gesta sunt, propter aduentitium aliquod vitium non infirmentur. l. in ambiguis, D. de reg. iur. præterea cum maior in testimoniis testamentariis quàm in aliis religio adhibeatur, ut ex mulierum testimonio apparet: hoc autem in testamētis comprobetur, quidui etiam in ceteris non admitteretur? Dicet aliquis, Ecquo igitur exēplo seruus aut intestabilis in ius ad prætorem testimonii dicendi causa produceretur? Respondetur, primum si necesse est, extra ordinem produceretur. deinde testamentum posse etiam per duorum testimonium probari, si forte vel ceteri mortui sint, vel instrumentum perditum fuerit, communiter receptum est arg. l. 2, De bon. pos. secund. tab.

h 3 §. 2.

§. 2.

Argumentum.

Testatoris annulo signare testis potest.

*Si ab ipso testatore anulum accepero, & signa-
uero, testamentum valet: quasi alieno signaue-
rim.*

COMMENTARIVS.

Quasi alieno. Dubitandi causam afferebat, quod cum vna imago esset, non septem singulatum, sed vnus septies obsignasse videretur. æquitas legis est, quia plerique vno signo sine sculptura utebantur. vt ex Papiniano iudicatur in §. 2, Inst. De testam. De annulo alieno etiam traditur in l. si vnus, 12, C. de testam.

§. *Si Signa.**Argumentum.*

Signum a testatore turbatum, pro nihilo habendum est.

Si signa turbata sint ab ipso testatore, non videtur signatum.

COMMENTARIVS.

Turbata. Hæc enim turbatio, mutatae testatoris sententiæ argumento est. item vt lini quo pertusæ tabulæ alligatæ sunt, abscissio, aut signorum euulsio. l. nostram, 30, C. de testam.

Ab ipso testatore. Rectè, nam ab alio facta sine domini iussu conturbatio, nihil nocet. Turbatum igitur à domino, id què consulto & de industria

industria factum esse oportet: idest rescindendi testamenti animo atque consilio. l. 1, infra, De his quæ in testam. delent. & proximo capite planius intelligetur.

§. *Signum autem.**Argumentum.*

Non modo annulo, verum etiam quauis re quæ modo *κατα-
τιμή* habeat signari potest.

*Signum autem vtrum annulo tantum impres-
sum adhibemus: an verò et si non annulo, verum
alio quodam impresso? Varie enim homines signant.
& magis est, vt tantum annulo quis possit signare:
dum tamen habeat *κατατιμή*.*

COMMENTARIVS.

Vt tantum annulo. Legendum vt non tantum, ante annos duodecim multis audientibus disputauit. itaque nota illa proxima, DVMMODO, perspicue flagitat. alioqui quorsum illa sigilla, quæ lingua nostra Cachettos appellamus? quæ sententiam nostram in Instit. commentariis testati sumus.

§. *Posse & nocte.**Argumentum.*

Signato linteo signatæ tabulæ intelliguntur.

Posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est. Signatas tabulas accipi oportet, & si linteo quo tabulæ inuolutæ sunt, signa impressa fuerint.

COM-

Linteo. Cui superinducta cera sit. Linteo igitur tabulæ inuoluebantur: lino traiciebantur. §. 4, De vulg. & pupill. Suetonius Nerone: Aduersus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ, nisi pertusæ, ac ter lino per foramina traiecto, obsignarentur. Eiusque rei vestigiū extat. in l. 1, in fin. D. secund. tab. Dubitandi autem causa hæc fuit, quia tabulæ ipsæ ceratæ, imæ, idest postremæ obsignabatur. vt apud eundem Suetonium: Cautum, vt in testamentis primæ duæ ceræ testatorum nomine inscripto vacuæ signaturis ostenderentur. vbi tamē IMÆ, idest vltimæ pro PRIMÆ corrigendum arbitraret. qua de re in 3, Obseruationum descriuimus.

Lex XXIII.

IDEM *Libro quarto disputationum.*

Argumentum.

Resignatum testamentum, si modo iterū signatū sit, valet.

Si testamentum quod resignauerit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum: sed vtroque iure valebit tam ciuili, quam prætorio.

COMMENTARIVS.

Resignauerit. Resignare, est signa reuellere. Itaque dubitandi causam afferre potuit, quod cum signa reuellere multo plus sit, quam conturbare: præterea reuelli signa sine lini abscissione

scissione non possint, superius tamen dictum sit solam signorum turbationem, solamue lini abscissionem testamentum rumpere. ex l. nostram, 30, C. eod. Eò accedit, quòd subscriptio sine obsignatione nullius momenti est. l. prox. §. si quis. hoc autem testamentum aliquandiu sine obsignatione mansit, vt plane ruptum atque extinctum videatur, nouaq; ab integro sollemnitas adhibenda. Respondendum igitur, testatoris mentem, animum, consilium, voluntatem in his rebus dominari. Nam si signa rumpendi testamenti animo reuellit, sine dubio testamentum intercidit. at hoc loco non rumpendi, sed relegendi, & recognoscendi, & aliquid fortasse mutandi consilium fuit. Maior aliquāto quæstio exoritur propter l. hac cōsultissima, 21, C. eod. vbi Theodosius iubet, vno contextu subscriptionem & obsignationem fieri. Nam si huius obsignationis eandem esse rationem dicamus, quæ illius fuit, quam in mysticis testamentis obseruabant, vt inuolutæ testamenti tabulæ obsignandæ testibus traderentur: contra illud pugnabit, quod etiam in huiusmodi testamentis subscriptio & obsignatio vno contextu fieri iubetur. Itaque, vt iam dixi, magna & prope inexplicabilis hæc quæstio est. Nam vt Theodosium multo posteriorē ætate Vlpiano fuisse dicamus, tamen subscriptiones huius quoque tēpore vsitatas fuisse, superiore capite expositū est. Reliquū est igitur, vt clausulā illā confide-

remus qua Vlpianus vtitur: quasi similis eius esset disputatio quæ Iuliano attribuitur in l. gal-
lus, §. ille casus, De lib. & post. nimirum testa-
mentum hoc neutro iure separatim, ac proprie
considerato, perfectum esse: sed utroque: ut
à testium præsentia & subscriptione, iure ciui-
li valeat: ab obfignatione verò, iure Prætorio.

Septem testium. Vtrum eorundem, an etiam
aliorum? Nam si eorundem, male profectò de
nostris ingeniis meritis est, Vlpianus dicat, an
Tribonianus? cum hæc indefinitè scripta enun-
tiatio significare videatur nihil interesse. alio-
qui vocem EORUNDEM Latinæ linguæ con-
suetudo postulabat. Itaque contrarias hæc in re
video Doctorum nostrorum esse sententias. Et,
ut paucis quod sentio exponam, cum orationis
huius Latinæ ratio, tum etiam subiecta clausu-
la eodem adduxit, ut existinem, etiam aliorum
testium obfignationem valere, sic enim Vlpia-
nus infert: Vtroque iure valebit, tam ciuili, quàm
Prætorio. Ciuilis autem iuris esse præsentiam
testium, & ex Constitutionibus subscriptionem,
à Prætorio autem obfignationem manasse, Iustin.
in Institut. testatur. Constat autem moris fuisse,
ut complicatæ inuolutæq; tabulæ obfignan-
dæ testibus præberentur. Itaque iure quidem
ciuili valebit hoc testamentum, sed ex parte:
hoc est, à præsentia & subscriptione testium:
iure verò Prætorio ex parte item, nimirum ab
obfignatione. quòd si iura singula separatim
confi-

consideraremus, & testamentum hoc ad strictam
cuiusque regulam exigeremus, sine dubio im-
perfectum videretur. sed in fauorem testamen-
torum propositum hoc ab Vlpiano existimo:
non tamen asseueratum. quod meo iudicio in-
scriptio illa declarat, quæ significat caput ex
quarto illius disputationum libro sumptum
fuisse.

Lex XXIII.

FLORENTINVS Libro decimo institutionum.

Argumentum.

Quotcumque testamenti exempla ritè consignata sunt, tot
valent.

*Unum testamentum pluribus exemplis consi-
gnare quis potest. idque interdum necessarium est.
forte si nauigaturus, & secum ferre & relinquere
iudiciorum suorum testationem velit.*

COMMENTARIVS

Pluribus exemplis. Recte, Pluribus exemplis
aliquid perscribere. cum omnium par similis-
que auctoritas est. Itaque Suetonius in Tibe-
rio: Duplex, inquit, testamentum fecerat, al-
terum sua, alterum liberti manu, sed eodem ex-
emplo. Et sic, Vlpianus in l. vlt. infra. De his
qui se delent. Sic in epist. Vatinii: Litteras ad
Senatum nostris de rebus gestis, quo exemplo
miseram, infra tibi perscripsi. At si alterum au-
theticum est, altera descriptio: illud exem-
plar, hoc exemplum dicitur. ut in l. 1, §. 1, vers.

sed si vnum Dissecund. tab. Ibi tamen Vlpianus Plura exemplaria dixit, pro iis quę hic Florentinus exempla nominavit. Dubitandi causa non magna est: nimirum, quia non plura vnius hominis testamenta esse possunt. hoc autem casu plura videbantur. Itaque Duplex, vt dixi, Tiberii testamentum Suetonius appellauit. sed reuera vnum est, pluribus exemplis scriptum: quorum tamen ita eadem vis eademque auctoritas est, vt vno non extante, alterum valeat. d. l. 1, §. si quis. & d. l. vlt. De his quę in testam. Aliud autem est, Pluribus exemplis, aliud Pluribus codicibus testamentum scribere. in illorum singulis totum perscribitur, in his pars duntaxat: vt scribit Vlpianus d. §. si quis. Indęque illud Suetonii in Augusto: Testamentũ factũ ab eo, ac duobus codicibus, partim ipsius, partim libertorum Polyi & Hilarionis manu scriptum, depositũque apud se Virgines Vestales, cũ tribus signatis æque voluminibus, protulerunt.

Lex XXV.

TAVOLENVS *Libro quinto Posteriorum Labeonis.*

Argumentum.

Qui primis heredibus nominatis, quum alios nominaturus esset, obmutuit, eius testamentum nullum est.

Si is qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, prius quàm secundos exprimeret heredes,

des, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere quàm fecisse, Varus digestorum libro primo Seruum respondiisse scripsit. itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verũ esse existimat, si constaret voluisse plures eum qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare. ego nec Seruum puto aliud sensisse.

COMMENTARIVS.

Prius quàm secundos. Primi heredes plerunque appellatur, qui primo gradu instituti sunt: Secundi, qui secundo: hoc est substituti. Sed Labeonis verba perspicue ostendunt, nihil hæc ad substitutos pertinere: cum ita loquitur: Voluisse plures pronuntiare. Cũ enim plures heredes dicimus, eiusdem gradus atque ordinis heredes intelligimus. præterea iuris quoque ratio id ostendit. nam in substitutis aliud respondendum fuisse, non dubito. constare scilicet testamentum, perfectũque esse sola primi gradus institutione: quippe quæ testamenti anima & substantia est. l. quod per manus, 10, D. de iur. codicill. l. 3, De his quæ in testam. del. quid enim, si instituti extant, substitutionis ad nos disputatio pertinet? Vnde illud vulgatum in l. 1, De hered. inst. l. errore, 7, C. de testam. testamentum duobus hisce verbis constare posse: Titius esto: vel his, Titius heres. Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia & firmamentum est: substitutio

i 3 autem

autem, & legata, & fideicommissa, & tutorum dationes externa sunt, & accidentia: quæ sine subiecti interitu & adesse & abesse possunt. Ut mihi quidem dubium esse non possit, quin falsa nostrorum opinio sit, qui idem in legatis putarunt esse ius, quod hic Seruius in pluribus heredibus statuit.

Varus. Alfenus Varus, Ser. Sulpitii auditor.

Seruium respondisse. Causæ constitutio hæc est. Qui quatuor heredes instituere volebat, posteaquam duorum nomina nuncupauit, vi valetudinis oppressus obmutuit. Eo mortuo, nuncupati bonorum possessionem postulant. Intentio agnatorum: Nullum defuncti testamentum est. D. Imo est. Q. Vtrum testamentum sit, an non. R. quia testamentum dicitur, quod heredis institutione constat. F. Imo Testamentum perfectum dicitur iusta, hoc est plena & integra mentis ac voluntatis contestatio. Hæc autem iusta ac plena non est. Disceptatio ex verbi ambiguitate nascitur. Seruius respondit: Non esse testamentum, in quo non iusta & plena defuncti sententia extaret. Contra tamen putatur Iustinianus statuisse in l. iubemus, §. quid si non fuerit, C. de testam. vbi si testator plures pronuntiarit heredes, testes autem quorundam duntaxat nomina scripserint, habet eos demum heredes esse, quorum nomina notata fuerint. Sed Iustinianus de Scripto, nos de Nuncupato testamento agimus. Scripti autem nisi quatenus scriptura

scriptura extat, vis nulla est. denique ex eo testamentorum genere postulari bonorum possessio, nisi secundum tabulas, non potest. Ex eodem testamento agi simul & secundum tabulas, & secundum nuncupationem non potest. Iam vero quod traditur in l. hac consultissima, C. eod. vbi heredes instituti sunt, qui ab intestato successuri fuerant, imperfectum testamentum valere: primum, ius hoc totum singulare & extraordinarium est: neque iuri communi opponendum. deinde ne testamentum quidem hoc appellatur, sed vltima intestati voluntas: postremo imperfectum eo loco dicitur, non à testatoris persona, aut institutionis iure: sed à ritu & sollempnibus duntaxat.

Constaret voluisse. Vnde autem constabit opinor ex eo præcipue, si forte ex certis assis partibus priores instituisset, neque assen compleset.

Nec Seruium puto. Ingenuè Iauolenus: cum in Labconis nota subesse cauillationem constaret. Cur enim Primos Alfenus nominasset, nisi alios superesse constitisset? Similis cauillatio notatur aliis locis nonnullis. Hac de re superius sub l. is cui, §. 1, satis dictum est.

Lex XXVI.

CELVS *Libro quintodecimo Digestorum.*

Argumentum.

Qui testamentum scribit, testis eidem adhiberi testamento potest.
Domitius

Domitius Labeo Celso suo salutem. Quæro an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripisset, signarit. Iubentius Celsus Labeoni suo salutem. Aut non intellego quid sit de quo me consuleris, aut valide stulta est cōsultatio tua. plus enim quàm ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem & tabulas testamenti scripserat.

COMMENTARIVS.

Domitius. Qui ad scribendum testamentū rogatus est, obsignare illud, vt testis potest. Hos autem Testamētarios appellabant. l. 1, D. si quis aliq. test. prohib. l. 9, D. de hered. instit. Dubitandi causa hæc fuit: quia nemo in re sua testis est idoneus. Scriptum autem illud, res eius esse videbatur, qui id confecerat, quasi Depulsiois Ratio sit, res sua cuiusque dicitur, in qua quid ab eo gestum est. vnde illud legis Corneliae & Neronis apud Sueron. Ne quis alieni testamenti scriptor, legatum sibi ascriberet, quasi sibi ipse testimonium diceret. Firmamentum autem eius, qui scriptoris testimonium oppugneret, huiusmodi: Imo, Res sua cuiusque dicitur, in qua eius negotium gestum est. Totum autē hoc quicquid est negotii inter testatorem & heredem transigitur: vt ait Imp. §. 3, De testam. At Doctores nostri, vt Labeonis pudorem conseruarent, eiusque consultationē ab opinione stultitiæ

stultitiæ vindicarent, alteram Iubentiani dilemmatis partem arripuerunt: quasi Domitii consultationē Iubentius non intellexisset: quæstionis autem causa hæc fuisset, quod in testamentis in quibus testes rogati adesse debent, alterius rei causa forte rogati, ad testandum idonei esse negantur. in l. heredis, 21, §. pen. supra eod. hic autem ad scribendum aduocatus, & rogatus, post scriptum confectum rogatus nō fuisset, vt testimonium perhiberet, & obsignaret. Qua ex re de mirifica nostrorum argutia & subtilitate existimari potest: qui vt Domitii existimationi consulant, & Iubentium stuporis ac tarditatis, & illum longe maioris stultitiæ cogunt. Non animaduenterunt scilicet Iubentium hunc Celsum Adriani temporibus, quibus Domitius Labeo adolescēs exortus est, natu iam grandem, & morosum, & illius, vt credi par est, præceptorem, hac responsionis acerbitate illius studium acuire voluisse. Increpari autem adolescentes à senibus, præsertim studiorū & disciplinæ causa, honori potius illorū quàm vitio vertitur. Propterea autē stultior nostrorum consultatio fuisset, quia & Sabini regula in d. §. penult. & quæuis alia similis sententia, perspicue loquitur de aduocato alterius rei quàm testamenti causa. veluti si medicus curationis causa rogatus, sine altera rogatione noua & certa, testamentum obsignaret. At is de quo agebamus cuiusnam alterius rei, nisi testa-

k menti

menti caussa, euocatus & rogatus fuerat: an qui ad scribendum testamentum rogatus est, alterius cuiuspiam negotii quàm testamenti caussa rogatus est? Cum enim, rem alterà dicimus, alteram nimirum à testamenti negotio & actione intelligimus. Dubitandi ergo hac quidam ex parte caussa fuit nulla. At ex altera parte eo maiorem fuisse, vel ex nostris moribus facilius erit intelligi, quibus Notarios & Tabelliones in testamentis scribendis, ceterisque testationibus conficiendis adhibemus. quos in ea re cuius ipsi testationem conficiunt, testes adhiberi, nulla ratio est.

Lex XXIX.

PAVLVS *Libro quartodecimo Responsorum.*

Argumentum.

Scriptura ad testamentum parata, vim testamenti non habet, nisi hæc ei verba defunctus subscripserit, Hoc testamentum, quacunque ratione poterit, ratum esse volo.

Ex ea scriptura quæ ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset: nec ea quæ fideicommissorum verba habent, peti posse. Ex his verbis quæ scriptura paterfamilias addidit, τὰς τῆς οὐκ ἀκαθάρτου βέβαιον ἔχει τῶν κλητῶν ἐξουσίαν, videri eum voluisse omnimodo valere ea quæ reliquit, etiam si intestatus decessisset.

COMMENTARIVS.

Huius legis duo quidem sunt capita: sed inter

ter se coniungenda, & simul legenda sunt: hoc modo: Ex imperfecto testamento, quavis fideicommissariis verbis constet, nisi pro codicillis valere iussum sit, nihil debetur. Enunciationes igitur duæ sunt: quarum hæc prior est: Scripturæ ad testamentum paratæ, quanuis fideicommissaria sit, tamen vis nulla est. Quod idem traditur in l. si veritas, 23, & l. ex testamento, 29, C. de fideicom. l. fideicommissa, 11, D. de leg. tertio. Altera hæc est: Testamentum imperfectum si pro codicillis valere iussum sit, valet. l. si iure, 11, C. de testam. manumis. l. vlt. C. de codicill. & l. 3, D. de milit. testam. Eoque pertinet l. Lucius, 89, §. vlt. De legat. secundo. Neque aduersatur l. vlt. D. de iur. codicill. quia codicilli etiam nuncupati testamenti appendices sunt. Multo minus l. in testamento, 38, De fideic. liber. quia pietatis caussa singulare ius contra iuris ordinarii rationem introductum est. Quarum caussarum consequentia nulla est. l. quod contra, De reg. iur. Restat l. Titia, 13, De inoff. testam. sed cum testamentum per inofficiosi querelam tanquam furiosi rescissum sit, ne codicilli quidē ex eo valere possunt. nihilomagus enim codicillos quàm testamentū facere furiosi possunt. l. ne codicillos, 5, C. de codicill. l. 2, §. 2, D. eod.

ἐν τῶν κλητῶν ἐξουσίαν. Clausulæ codicillaris formulæ duæ sunt: quarum hæc prior est: Si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum:

k 2 l. si iure

l. si iure, 2, C. de testam. manumiss. l. vlt. C. de codicill. l. coheredi, 41, §. 2, De vul. & pupill. altera clausula hæc est: Quoquo modo, quacunque ratione poterit. vt hac l. & l. 3, D. de mil. testam. l. Lucius, 89, §. vlt. De leg. secundo.

Lex XXX.

IDEM *Libro tertio sententiarum.*

Argumentum.

Testis, quis, & cuius testamentum signet, adnotare debet.

Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare conuenit, quis, & cuius testamentum signauerit.

COMMENTARIVS.

Proprio chirographo. Ex omnibus obseruationibus testamentariis summa hæc & acerrima fuisse uidetur: vt testis nemo nisi qui scribere possit, admittatur. quin & subscriptionis formula præscribitur: L. Titius C. Meuii testamento testis subscripsi, idq; ob signauit. Obseruandum igitur quod aliquoties iam dictum est: multo maiorem in testamentariis quam in aliis testimoniis religionem adhiberi solitam fuisse.

Lex XXXI.

IDEM *Libro quinto sententiarum.*

Argumentum.

Hæc verba, *illum heredem instituo*, vim testamenti non habent.

Eius

Eius bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactauerat, à fisco occupari non possunt.

COMMENTARIVS.

Huc illud Suetonii pertinet in Domitiani rita: Confiscabatur alienissimæ hereditates vel vno existente qui diceret, audisse se ex defuncto, cum diceret, heredem sibi Cæsarem esse.

F I N I S.



DE LIBERIS ET POSTVMIS HE- REDIBVS INSTI- TUENDIS VEL EXHEREDAN- DIS. TIT. II.

Lex I.

VLPIANVS *Libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Nominatim exheredari etiam dicitur, qui vel nomine, vel prænومine, vel cognomine tantum appellatus est.

Quid sit nominatim exheredari videamus. nomen, & pronomen, & cognomen eius dicendum est, an sufficit vel unum ex his? & constat sufficere.

COMMENTARIVS.



Vid sit Nominatim. Antecedebat scilicet Sabini sententia, ex præscripto. l. inter cetera, 30, D. de lib. & postum. nimirum, Testamenti caput esse, vt Filiifa. vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur. Cuius positio- nis ratio hæc est. Nã cum rei paternæ, quasi suæ, heredes l. xii. tab. designati sint: iure ciuili, hoc est à Iurisconf. constitutum fuit, vt eorum præter-
ritione

ritione testamenta vitiarentur: quasi obliuio-
ne præteriti fuissent. Aut igitur instituendi, aut
exheredandi fuerunt. sed quia non quæuis ex-
heredatio, verum ea demum quæ rite facta est,
valet: l. non putauit, 8, §. 2, D. de contr. tab. pro-
pterea quid sit, Rite exheredari ab initio demõ-
strandum fuit. Intelligendum est igitur, Exhe-
redationis duas formulas fuisse: vnam vulgarẽ,
& in testamentis prope sollempnem atq; vsitatã:
CETERI exheredes sunt. vti patet ex l. Lucius,
53, De hered. instit. qua formula reliqui omnes
præter filiosfa. continebatur. hoc est, parentes,
liberi secundi gradus, filia, propinqui, affines,
amici. in hos enim etiã Exheredandi verbũ abu-
sione quadam transferri, multis testimoniis in
Commentario verborum iuris, docuimus. Al-
tera exheredationis formula filiorumfa. pro-
pria, præcipua, ac peculiaris fuit: eaque NO-
MINATIM fieri dicebatur. Nomen autem
propterea exigebatur, quia cum exheredatio
& naturæ iuri, & leg. xii. tab. contraria sit, nisi
de testatoris voluntate certũ & exploratum es-
set, nunquam Iurisconsultorum interpretatio-
ne adiuuabatur. Non igitur satis fuit scribere,
CETERI exheredes sunt: vt filiifa. excludan-
tur. Sed aliud est, CETERI exheredes sunt:
aliud CETERI filii exheredes sunt. tum enim
nominatim propter filiorum vocabulum con-
cepta exheredatio videtur. l. titius, 25, inf. eod.
Constat sufficere. Nam, hoc amplius, dũ ex-
ploratum.

ploratum sit de quo agatur, vtrum nomine, an certa demonstratione res designetur, nihil interest. §. siquidem, De legat. l. quoties, 9, §. si quis, D. de hered. instit.

Lex II.

IDEM Libro sexto Regularum.

Argumentum.

Oratio hæc, filius meus exheres esto: si vnicus sit filius, valet: si plures, nequaquam.

Nominatum exheredatus filius & ita videtur, Filius meus exheres esto, si nec nome. eius expressum sit, si modo vnicus sit. nam si plures sunt filij, benigna interpretatione potius à plerisque respodetur, nullum exheredatum esse.

COMMENTARIVS.

Benigna interpretatione. Ex iuris igitur & æquitatis contentione nata disceptatio est. Sûmi autem iuris rationem hanc esse arbitror, quòd indefinita oratio, idem quod vniuersalis valet. Vnde Vlpianus in l. si quis ita, 16, D. de testam. tut. Siquis, inquit, filio tutorem dederit, & plures filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? magis est, vt omnibus dedisse videatur. quin & si dixerit, Filiis meis tutores do: etiam filiabus dedisse intelligitur. l. si ita sit scriptum, 45, D. de legat. secund. Ex quo intelligi potest, si qui plures filios habebat, ita scripserit: Filius meus heres esto: non esse dubitandum, quin

quin omnes filios instituisse videatur. Constat autem contrariorum eandem esse disciplinam. Hæc igitur cum iuris summi subtilis & exquisita ratio esset, tamen potiore æquitatis, & benignitatis quàm rigoris habendam esse ratione, existimatum est: vt Paulus scribit in l. cum quidam, 19, infra eod. aliam causam esse institutionis, quæ benigne acciperetur: aliam exheredationis, quæ interpretatione adiutuanda non esset. Quod autem de filiis hoc loco traditur, idem de postumis intelligendum est. Itaque si postumus singulari numero institutus est, plures nati ex æquis partibus instituti intelligentur. l. vtrum, 7, D. de reb. dub. l. clemens, 31, D. de hered. inst. At si exheredatus est postumus, & vel plures filii, vel filius & filia nascantur, nulla erit exhereditio. l. 1, §. 2, D. de vent. in poss. mitt. quin etiam cum in causis odiosis fœmininum sub masculino non comprehendatur, postumi filii neque institutione neque exheredatione filiam contineri existimarem. arg. l. si ita scriptum, 13, D. infra eod. Ad superiorem partem pertinet Iustiniani constitutio ex æquitate nata in l. cum inter, in fi. C. de fideic. libert.

Lex III.

IDEM Libro primo ad Sabinum.

Argumentum.

Hæ formulæ, Vxore mea natus, non nominandus, non filius meus, latro, gladiator, adulterio natus, exheres esto: valent.

I Et

Et si pepercerit filium dicere, ex Seia autem natum dixit: recte exheredat. & si cum conuicio dixerit, Nō nominandus, Vel non filius meus, latro, gladiator: magis est ut recte exheredatus sit. & si ex adulterio natum dixerit. Pure autem filium exheredari Iulianus putat, qua sententia utimur.

COMMENTARIVS.

Nominatim exheredari dicitur, qui certa demonstratione quauis contumeliosa designatur.

Ex Seia natum. Ex vxore, ex qua alius præterea nullus superstes erat.

Cum conuicio. Melius dixisset, Cum maledicto. nam Conuicium, multarum vocum est: vt in Verbis iuris docuimus. neque ad rem pertinet quod traditur in l. turpia, 54, De legat. secund. nam maledictum & cōtumelia in extraneum, quauis institutionis legatiue nomine quæsito, coniecta, eius existimationem lædit. Itaque nec legatum, nec institutio contumeliosa in extraneo probatur. l. quoties, 9, §. si quis, De hered. instit. at ob patris maledictum neque filii existimatio læditur, neque iniuriarū actio nascitur. vnde etiam filii institutio quantūuis contumeliosa probatur: Ille filius meus impiissimus, male de me meritus. l. his verbis, 48, D. eod.

Ex adultero. Nisi tamen contrarium probeatur, hoc est ex testatore natum fuisse. l. si postumus, 14, in fi. & l. seq. infra eod.

Pure

Pure autem. Hermogenianus in l. sed sub conditione, 18, D. de contr. tab. causam hanc affert, quia certo iudicio liberi à parentum successione remouendi sunt. hoc est, cum lex x i i. tab. filiosfa. rei paternæ heredes ac dominos designarit, eisque quodammodo paternā hereditatem adiudicarit: tametsi alio capite iubeat, Vti paterfa. legarit, ita ius esse: tamē nunquam iis hereditatem abiudicandam esse, nisi iustis & certis de causis exhereditatio facta sit. l. vlt. D. de bon. damnat. Exheredationes autē conditionales cū ex incerto futuri temporis euentu pendeant, magis fortuitæ sunt: quàm certo & explorato iudicio constitutæ. Eadem porro institutionis ratio est: vt sub fortuita conditione facta, nullius momenti sit. l. 4, De hered. inst. Vbi tamen sub conditione concepta institutio est, sub contraria conditione concipi exhereditatio poterit. l. iam dubitari, 86, D. de hered. inst. l. si pater, 4, C. de inst. & subst. Cuius rei ratio perobscura est. Conditionalis .n. enuntiationis hæc vis est, vt quæ si affirmetur vera est, eadem si negetur, falsa sit. itaque qui sic loquitur, Heres esto, si Consul fiat: vi ipsa hoc dicere videtur, Heres non esto, si Consul non fiat. Huiusmodi inquam harum conditionum *ισοδυναμία* est, qualis apud Dialecticos in subalternis pronuntiationis esse solet, cum per geminæ negationis adiectionem æquipollentes efficiuntur. Veluti, Omnis homo est animal.

1 2 Aliquis

Aliquis homo est animal. Nā si in alterutra duplicem interponamus negationem, idem vtraque valebit atque efficiet. veluti, Omnis homo est animal: Non aliquis homo non est animal. item, Aliquis homo est animal. Non omnis homo non est animal. Hæc igitur harum conditionalium enūciationum vis est, vt contrariarum contraria sit consequentia: hoc est, vt quæ conditio si affirmetur, verā facit enūciationem, eadem si negetur, fallam: illā efficiat. veluti, Heres esto, si volet: hanc in se vi sua cōplectitur: Si non volet, exheres esto. l. i. ad dubitari, 86, D. de hered. instit. Itaque quæstio exoritur: Cum omnis institutio sub conditione facta, sub contraria conditione exheredationem contineat: vicissimq; eadem exheredationis ratio sit: quid est, quod in filiis, alterutra sola non valet, vtraque coniuncta valet? Responsio est; quia cum & naturæ ius, & lex xii tab. filiis paternā hereditatem adiudicari: nisi pater disertè ac nominatim eā ab illis ab iudicet, (cuius rei potestatem ex altero capite obtinet, VTI LEGASSIT &c.) Iurisconsulti nunquā interpretatione exheredationes adiuuant. Hæc autem *ισοδυναμία* ex interpretatione est: non verbis disertis concepta & expressa. Itaque eam Iurisconsulti repudiant. ac disputant quoniam alter tantum euentus expressus est, alter vero tacitus: hoc casu tacito præteritionem admissam esse. quæ præteritio testamentum vitiat

tiat, iniustumq; solet efficere. Quæ ex disputatione patet, id quod Pomponius ait in l. si quis Sempronium, 68, De hered. inst. in testamentis quædam tacita valere, quæ expressa corrumpant: in vtraque partem accipiendum esse: vt sit, quædam expressa valere, quæ tacita corrumpentia non: & contraria.

§. Filius.

Filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur: & erit à toto gradu summotus: nisi forte ab vniuersa persona eum testator exheredauerit, nam si hoc fecit, vitiosa erit exhereditatio: quæ admodum si ita eum exheredauerit: Quisquis mihi erit filius, exheres esto. nam vt Iulianus scribit, huiusmodi exhereditatio vitiosa est: quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile.

COMMENTARIVS

Filius ante institutiones exheredatus, ab omnibus gradibus remouetur: inter medias institutiones, ab vno illo gradu: inter institutiones & exheredationes, etiam si mixtæ sint, ab vtroque gradu: à toto porro gradu exheredari filius debet: ab vna eius persona, non potest. Vel sic, & breuius: Exhereditatio ante omnia facta, vndeque summouet inter medias institutiones, ab illo gradu: inter gradus, etiam permixtos, ab vtroque. ex parte vero facta, nõ valet. Gradus est ordo deferendæ hereditatis, qui pro or-

dine testatoris in exheredes factos descriptus est. Itaque primus gradus dicitur, cui primo loco hereditas defertur: secundus, cui secundum illum, & illo deficiente defertur. qua de causa Substitutio dicitur. constat autem institutos priore esse amoris gradu apud testatorem, quam substitutos: hoc est, malle hunc ab institutis suam hereditatem capi, quã à substitutis. Nunc doctrinã summam perstringemus: quã quinquepartito distribuemus. Exhereditatio enim quinque in locis tantum collocatur: hoc est, aut ante omnia: aut post omnia: aut inter institutiones & substitutiones: aut inter medias institutiones: aut inter medias substitutiones. l. 3, De iniust. rupt. test. Locus sextus reperiri non potest. Exhereditatus ante institutiones, ab omnibus gradibus summotus est. hoc ipso §. Post omnia exhereditatus, similiter. l. 1, C. de inst. & subst. Inter duos gradus, ab utroque gradu exclusus est. hoc ipso §. Inter medias institutiones, illo toto gradu remotus est. hoc ipso §. Illud porro intelligendũ est, exhereditationẽ ab vno toto gradu fieri oportere: à parte verò, hoc est non omnibus eius personis, non posse. l. non putauit, 8, §. 3. D. de cont. tab. & l. cum quidam, 19, infra eod. vbi ratio adiicitur, cur non vt institutio, sic etiam exhereditatio in certa parte valeat: cum tamen contrariorum contraria sit consequentia. quia non vt institutiones, sic etiam exhereditationes
inter-

interpretatione adiuuandæ sunt. hoc est, cū lex xii tab. paternã hereditatem filio totã atque integram adiudicari: si pater ei partem duntaxat abiudicet, eum in reliqua parte præteriisse iudicatur. Interpretatio ergo Iurisperitorum non adiuuat, sed oppugnat exhereditationes. alioqui si parem in exhereditationibus quam in institutionibus interpretandi rationẽ admitterent, eandem esse rationem harum formularum responderent: Filius & Titius heredes sunt. Filius ex semisse exheres esto: Titius ex illo semisse heres esto. Sed si hæc admitteretur, filius non ex testamento, sed ex lege atque ab intestato heres esset: Titius autem ex testamento. contra regulam, Nemo potest ex parte testatus, &c.

Quisquis mihi. Hæc formula, Titius mihi heres esto: Filius exheres esto: recta & probabilis est. at illa, Titius mihi heres esto: si Titius heris erit, filius exheres esto: propter illã adiunctionem non admittetur. l. si quis Sæproniũ, 68, De hered. instit. quid ita? an quia conditionalis est? vt nostri vulgo existimant. nequaquam. hæc enim, *QUIS QVIS* mihi heres erit, cui illa comparatur: conditionalis non est: nequetamen probatur. Præterea Iulianus nõ dixisset, impossibilem hanc esse exhereditationem. quid ergo est? nimirum quia Heres & Exheres ex eorum contrariorum genere sunt, quæ Priuantia nominantur: quorum ea natura est, vt alterum

alterum non prius esse desinat, quam ab altero pellatur. Hoc autem casu neque filius exheres esse potest, quia Titius heres sit: neque rursus Titius esse potest, quia hereditatem adierit: hoc est, quia exheres filius fuerit. nam ut ait Triphon. in l. filium, 20, De contr. tab. Exheredatio, non adita ex testamento hereditate, nullius est momenti: ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur. Alter igitur alteri sic obest, ut recte Iulianus conceptionem hanc impossibilem esse affirmet: quia neutri ex testamento locus esse potest.

Si ita testatus.

Argumentum.

A quo gradu filius exheredatus est, ab eo valere testamentum incipit.

Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium præteriret, a secundo solo exheredaret: Sabinus & Cassius & Iulianus putant, perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est. quæ sententia comprobata est.

COMMENTARIUS.

Papinianus in l. si filius, 75, De hered. inst. & Paulus eius auditor in l. ex facto, 43, §. huius, De vulg. subst. ita quæstionem hanc tractare existimantur, quasi primus gradus pro nullo ac pro non scripto numeretur: ac proinde eo ob-

literato

literato testamentum à secundo gradu valere incipiat. Cui sententiæ apertissime noster hic idem Vlpianus aduersatur in l. non putavit, 8, §. 1, & §. 5, D. contr. tab. ubi disertè scribit, si à primo gradu exheredatio prætermissa sit, quavis à secundo sit adhibita, tamen si hereditas in illo primo gradu versetur, hoc est, si institutus testatori superstes sit, testamentum nulla ex parte valere. Quæ sententia primùm cum illo veteris Iurisconsultorum instituto consentanea est: Exheredationes non esse interpretatione adiuvandas, sed quoad facultas feret repudiandas. Deinde naturalem æquitatem habet, ut quo in gradu versatur hereditas, si ab eo gradu præteritus sit filius, totum testamentum propter præteritionem filii vitietur. Nonnulli autem ita hæc diluunt, quasi de filiofa. hic agatur: illic autem de emancipato: quorum dissimilis ratio sit. sed videamus, ne non satis animaduertat, id quod ius ciuile hoc in genere filiofa. præstat, Prætorum simillima ratione emancipatis præstare: præterea si propter emancipatorum præteritionem testamentum rescinditur: quanto æquius est propter filiorumfa. præteritionem rescindi? Alii verò sic disputant: iure quidem ciuili nullum esse testamentum, cum à primo gradu præteritus est filius: iure autem prætorio, valere: & quia bonorum possessio secundum tabulas eius datur, præterito filio possessionem contra tabulas esse necessariam. At enim si hanc Sabinianam

nianorum sententiam quàm hoc loco Vlpianus probat, ex Papiniani & Pauli sententia interpretemur: perspicue hic traditur, iure civili valere testamentum: quia, vt illi sentiunt, tanquam oblitterato primo gradu, initium sumit à secundo. præterea vbi istius inter civile & prætorium ius differentiæ mentio in libris nostris vlla est? Quare videamus cū Vlpianus hoc loco Sabinianos & Cassianos huius sententiæ auctores laudet, ne significet, atque adeo aperte ostendat, in contraria sententia Proculianos & Pegasianos fuisse. Quid igitur? (dicit aliquis) secūmne Vlpianum pugnare & contraria tradidisse dicemus? nam eius nomē cū hoc loco, tum in d. l. non putauit, inscriptū est. Quare videamus, ne verbum hoc PEREMPTO non sic accipiendum sit, vt à nostris solet, pro oblitterato, inducto, pro nihilo numerato: sed potius pro Destituto, vel Deficiente. nimirum cū institutus ante testatorem decesserat. quasi huius loci sententia hæc sit: Exhereditatio à primo gradu præterita, à secundo facta, si modò primus perimatur, ac deficiat, valet. Similiter enim in l. 5, de iniust. Vlpianus dicit, gradum in quo nō versatur hereditas, esse nullum. Et profecto ita est, vt Africanus in l. si postumus, 14, infra eod. aperte sententiam hanc sequatur: cū ait, si postumus à primo exhereditatus, à secūdo præteritus, à tertio exhereditatus sit, quāuis & postumus deliberatè primo moriatur

riatur, & primus repudiet, secundus autem vitiosus sit, non tamen testamentum à tertio gradu exordium capturum. scilicet quia secundus gradus peremptus non fuit: sed in eo hereditas versata est. Neque magnopere nos moueat, quod in d. l. si filius, §. lucius dicitur, vbi filius à primo gradu præteritus, in secundo vero scriptus heres, hoc est, substitutus est: quasi oblitterato primo gradu testamentum à secundo incipere. quia cum omnis substitutio, institutio sit: filius præteritus dici non potest: sed vere & legitime institutus. etiam si centesimo gradu scriptus fuisset. Itaque dici non potest, hereditatem in primo gradu vnquam versatam fuisse. vt non sane similis horum casuum ratio dici possit. Quod cum ita sit, aut Papiniani & Pauli sententiā ex Vlpiani verbis interpretandam existimarem: hoc est, vt defecisse peremptūque primum gradum fuisse dicamus: aut certe vtrunque illorum sese ad Proculianorum numerum & sententiam aggregasse. Sabinianorum autem sententiam secutus est Pomponius in l. si à primo, 8, infra eod. cum statuit, vbi à secūdo gradu exhereditatio præterita est, quāuis in primo facta sit, tamen si omittente primo hereditas ad secundum deuoluatur, quia iam hereditas in secundo gradu versatur: irritum vsquequaque testamentum esse: & substitutum heredem non futurum. quāuis filius quoque ante prioris omissionem decesserit.

vnde intelligitur, Exheredationem non in vno tantum gradu esse necessariam: sed omnino in omnibus: duntaxat, in quibus hereditas versatur. Similiter Scauola in. l. pen. D. de iniust. rupt. planissime demonstrat, exheredationem à secundo gradu præteritam, quamuis à primo facta sit, (in quo ipso primo hereditas ex parte versetur) tamen si ex altera parte in secundo versari incipiat, (nimirum ob vnus ex institutis mortem, cuius in locum vnus ex secundo gradu successit), testamentum vsquequaque irritum iudicari. vt iam dubitari non possit, eandem horum omnium sententiam fuisse, quæ & Vlpiano ascribitur in d. l. non putauit. §. 1, De contr. tab. aliqua parte tabularum exheredè scribi non sufficere: sed iis omnibus gradibus in quibus hereditas versatur. Sed exoritur dubitatio propter l. 5, D. de iniust. rupt. test. vbi Vlpianus hic idem noster sic scribit: Rumpendo autem testamentum sibi locum facere postumus solet: quamuis filius sequentem gradum, à quo exheredatus est, patiatum valere. Respondendum est, verba hæc ex subiecta disputatione intelligenda esse. nimirum vbi sub conditione institutio facta est. Hanc enim inter filium & postumum differentiam Vlp. statuit, quod postumus pendente conditione sub qua primus gradus institutus est, agnascens, quamuis non hereditas, sed spes tantum in ea versetur, testamentum rumpit: etiam si postea defecerit

defecerit conditio. filio verò non tantum tribuitur. conditionis enim euentum expectare cogitur: quæ si defecerit, sequentem gradum à quo exheredatus est, valere patitur. Multo minus nos locus insequens mouere debet, quæ tamen omnes nobis interpretes obiiciunt: Sed si (inquit Vlp.) à primo gradu præteritus à secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit: totum testamentum ruptum est. nam tollendo primum gradum, sibi locum facit. Nihil dici potest cum hac nostra sententia congruentius. Idem enim prorsus de postumo statuitur, quod in l. non putauit, de filio responsum est. nimirum si eo tempore nascatur postumus, quo hereditas in primo gradu versatur, totum testamentum rumpere. In d. l. 5, tripartita disputatio est: hoc modo: Postumus à primo gradu sub conditione instituto præteritus, à secundo exheredatus, agnascitur aut pendente, aut existente, aut deficiente conditione. siue pendente autem, siue existente nascatur, vniuersum testamentum rumpit: quia hoc casu hereditas in primo gradu versatur: in illo, spes. si defecerit conditio, nihil dubitationis est, quin quasi oblitterato primo, secundus gradus, valeat, & ab eo testamentum exordium capiat. Superest, vt causæ constitutionem exponamus. Ergo qui filium habebat, ita testamentum scripsit, vt à primo gradu eum præteriret, à secundo exheredaret.

Dupliciter aut hęc tractatur quęstio: primũ cũ institutus testatori superstes fuit: deinde cum ante illũ decessit. Superstitem igitur institutũ ponamus, & cum secundum tabulas bonorum possessionem peteret, ei filium aduersatum, quod se pręteritum diceret. Intentio filii, Pręteritus sum. D. Non es. Q. Vtrum pręteritus sit, an non. R. Quia Pręteritus dicitur, cuius mentio nusquam facta est: quasi obliuione omissus sit. Tui autem à secundo gradu ita mentio facta est, vt obliuione omissus dici non possis. F. Imo pręteritus dicitur, cuius mentio ab eo gradu in quo hereditas constitit, facta nulla est. Pręteritus enim non dicitur ab eo gradu, qui nullus est: pro nullo autem numeratur is, in quo nunquam hereditas constitit. Disceptatio ex ambiguitate verbi Pręteritus nascitur: vtra melior definitio sit. Sed cum pręteritus sit, relationem habet sine dubio ad eum gradum, in quo hereditas versatur.

Lex IIII.

IDEM Libro tertio ad Sabinum.

Argumentum.

Et maritus & non maritus facere postumum heredem potest: cuius institutio in omnes postumos, quauis ex posteriore matrimonio, valet.

Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere, siue iam maritus sit, siue nondũ uxorem duxerit. nam & maritus repudiare uxorem potest

potest: & qui non duxit uxorem, postea maritus effici. nam & cum maritus postumum heredem scribit, non utique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea quam habet uxorem, ei natus est, vel is qui tunc in utero est: verũ is quoque qui ex quacunque uxore nascatur.

COMMENTARIVS.

Hęc Sabini sententia de quibusuis postumis intelligenda est: hoc est, tum de antiquis, tum de Velleianis. qua de causa Sabini verba hęc omnia esse arbitror: Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere, siue iam maritus sit, siue nondum uxorem duxerit. Prius enim membrum ante vocẽ SIVE, multo ante Sabini ætatem constitutum fuisse constat. Pręterea notandum est, Sabini sententiam in l. 3, De iniust. rupt. ex hoc eodem & libro tertio & discipline genere sumptam fuisse. Postumi virilis sexus, inquit, ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentũ agnascendo rumpant. Quo in loco cum de testamenti ruptione agatur, verisimile non est nõ illa quoque verba interiecta fuisse, VEL INSTITVENDI. quinetiam satis constat, multo magis de institutione, quàm de exheredatione factam mentionem fuisse. Quod cum ita sit, nonne post illam sententiam absurdissimũ fuisset, hoc tatum inferre: Placet omnem masculum, posse postumum heredem scribere. præsertim

fertim, vt iã antè dixi, cùm id multis ante Sabinũ atatibus cõstitutũ fuerit. Cùm autẽ Sabinus illo verbo *PLACET* vtatur, verisimile est eũ significare, placitũ hoc de nõ maritis suo tẽpore decretũ cõstitutũq; fuisse. vt in d. l. 3, §. Sed et si. Placet, siue post mortem testatoris &c. eã enim secundam Sabinũ sententiam esse arbitror. Placiti autem æquitatem ex eo sumptã puto, quòd Vellea lex indefinite scripta sic erat: Qui testamentum faciet, is omnem qui ei suus heres futurus erit, instituendi exheredã diu ius habeto. Cum enim *OMNEM* dixisset, generaliter & ex iam marito & ex nondum marito nasciturum cõplexa videbatur. Itaque disceptatio ex scripto & sententia legis nascebatur. Ex hoc autẽ Iurisperitorum placito quæstiones natæ sunt innumerabiles, veluti de senibus, de spadonibus, de muliere quæ iam vxor esse non potest.

Omne masculum. Sic correximus in lege Vellea: *QUI VIRILIS SEXVS*, testamentum faciet &c. Nam propter mali ominis rationem, de mulierũ postumis nihil statuitur. quid enim? Scriberetne mulier: Si quis ex me caso vtero meo nascatur, qui solus muliebris postumi casus est. Hæc igitur, vt dixi, disputatio non attingitur: quasi abominabilis.

Postumum. Duntaxat, suum. Est autem postumus suus, qui si testamenti tempore natus fuisset, proximum ab eo in ipsius familia locũ obtinuisset. l. scripto, 7, D. si tabul. test. null. Alieni

Alieni autem postumi qui dicantur, & quamobrem institui non potuerint, alio loco explicatum est.

Siue maritus. Harum trium caussarum disceptationes meo iudicio ex Iuris & æquitatis contentione natæ sunt. Ius enim prohibere videbatur, ne tam incertum testatoris consilium admitteretur. præsertim in eo postumo, qui ex posteriore matrimonio susciperetur. constat enim testatorem de eo sensisse, qui ex præsentis matrimonio nasceretur. De eo verò, qui ex insequenti conciperetur, abominabile est dicere, quicquam illi in mentem venisse, quasi tum vel de vxoris morte, vel de diuortio cogitasset. Contrà æquitas, id est, fauor testamentorum & institutionis pugnabat. plerumque autem præsertim in testamentis, vbi ius & æquitas inter se contendunt, æquitas præponderat.

Heredem scribit. Indefinitè: Si quis mihi intra decem menses quam moriar, genitus erit. non definitè: Ex Seia vxore. Tum enim finibus certæ personæ circũscripta institutio est. l. filius, §. Si quis, infra eod. Quid igitur si simpliciter dixerit. Ex mea vxore? Fauor, vt opinio mea fert, & æquitas testamenti etiam huic momento præponderabit.

Lex V.

I A V O L E N V S *Libro primo ex Cassio.*

Ideoque qui postumum heredem instituit, si post
n testa-

testamentum factū mutauit matrimoniu: is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est.

COMMENTARIVS.

Ex posteriore matrimonio. Hoc, vt antè dixi, cōtra iuris summi rationem propter æquitatem & fauorem testamētorum benigna interpretatione inductum est. Itaque præclare quæri potest, quid de exheredatione iuris sit, quam toties diximus interpretatione nō adimeri. Sed potius oppugnari. nam si scriptum ita sit: Postumus heres esto: & plures nascantur, omnes instituti intelliguntur: l. qui filiabus, 17, §. 1, de leg. primo. arg. l. si quis ita, 16, de testam. tut. at per hanc scripturam: postumus exheres esto, si plures sint nullus exheres erit. vt l. 2, supra, eod. Quid igitur si qui sic scripserat: Postumus exheres esto: postea uxorem aliam duxerit? Sanè nostri similem exheredationis & institutionis rationē esse existimant, propter d. l. 3, §. pen. vbi sic scribitur: Sed et si dixerit postumus exheres esto: natus vel post mortem vel viuo testatore, non rumpet. Verum videamus primum ne hoc contra Regulæ superioris de exheredationis odio, analogiam dicatur. Deinde ex his verbis nihil eiusmodi cōcipi posse.

LEX

VI.

VLP IANVS Libro tertio ad Sabinum.

Argum

Argumentum.

Qui generare propter insanabile vitium non potest, is heredem facere postumum non potest. atqui propter non desperatum, potest.

Sed est quæsitum, an is qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit. Et scribit Cassius Et Iuolenus posse. Nam Et uxorem ducere, Et adoptare potest. Spadonem quoque posse postumum heredem scribere, Et Labeo Et Cassius scribunt: quoniam nec ætas nec sterilitas ei rei impedimento est. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus, non putat postumum heredem posse instituere quo iure utimur. Hermaphroditus planè si in eo virilia præualebunt, postumum heredem instituere poterit.

COMMENTARIVS.

Sed est quæsitum. Ex notis illis OMNEM Masculum, quinque partita hæc disputatio nata est: de hermaphroditis, senibus, hypospadiæis, spadonibus & castratis.

Generare facile. in *nostris*, vt opinor, significat: cui (vt Galenus lib. de vsu part. xv. scribit) ob vinculū quod in extremo cōle habet, meatus est distortus, qua de causa procreare liberos non potest. non quò fœcundū semen non habeat, sed quò in colis anfractibus adhærescēs, vibrari procul non possit.

Facere possit. Cū enim postumum habiturus non sit, (id quod de castrato quidem constat) quasi vitiosa & impossibilis hæc adiectio

n 2 sit,

fir, non ritè testamentum factum videtur: præsertim cum testamenta legitimis & sollennibus obseruationibus constarent. Contra Sabiniani, adiectionem hanc, quasi superuacaneam, nihil nocere iudicarunt. si quidem (vt Paulus lib. Sent. 111. scribit) in testamentis superuacanea non nocent.

Cassius & Iavolenus. Significare videtur, propriam hanc Cassianorum sententiam fuisse. contrarium autem Proculianos sensisse. At mox infert, nihil inter illos de spadonibus controersæ fuisse. Antistium enim Labeonem cum dicit, principem Proculianæ sectæ dicit. Male igitur de nobis meritum Tribonianum dicemus: deterius verò nosmetipsos de nobis ipsis, qui in istis saxetis excolèdis operam abutamur.

Spadanem quoque. Tria hoc loco impotentium genera perspicuè constituit, Spadones, & castratos, quos tamen omnes generali spadonum nomine contineri, traditur in l. Spadonum, 128, De verb. sig. Hypospadiæ coire possunt & verò sublato vitio generare. Spadones coire possunt: generare non possunt. Castrati verò neq; coire, neque generare possunt.

Nam & uxorem. Idem quoque de spadone traditur in l. si serua, 39, §. 1, D. de iur. dot. & l. 2, & de adopt.

Ei Rei. Postumi institutioni: quod idem de atate & valetudine traditur in l. 9, infra eod.

Proculi opinionem. Sanè perspicuè ostendit

in con-

in cõtrariâ sententiâ Sabinianos fuisse, quasi adiectione superuacanea testamenta non vitiantur. Eorùmque sententiam testamentorum fauor adiuuant. Proculianorum autem ratio hæc fuisse videtur, quasi in testamentariis actionibus nihil nisi sollempne, certum ordinarium & legitimum adhibendum esset. Castrati sanè neque vxores ducere, neque adoptare possunt, d. l. Si serua. & l. 2, De adopt.

Hermaphroditus. Quasi apertè significet, duci ab eo vxorem posse.

Lex IX.

PAVLVS libro primo ad Sabinum.

Argumentum.

Quem neque natura, neque honestas, sed vitium aliquod contingens postumum habere prohibet, is postumum tamen instituire, itaque prius testamentum rumpere potest.

Si quis postumos, quos per atatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit: superioris testamentum rumpitur. quod natura magis in homine generandi & consuetudo spectanda est, quam temporale vitium aut valetudo, propter quam abducatur homo à generandi facultate. Sed si ex ea quæ alij nupta sit, postumum quis heredem instituerit: ipso iure nõ valet, quod turpis sit institutio.

COMMENTARIVS.

Si quis. Hanc Sabini sententiam esse arbitror, vsque ad verbum QVOD NATVRA.

n 3 Acta-

Aetatem. Annorum sexaginta, secundum legis Pappia Poppeae auctoritatem. l. pen. C. de nupt. l. Si maior, G. de legit. herediti. De aetate autem non puto à Sabinianis Proculianos discessisse.

Valetudinem. Vtrum aegrotationem tantum significat, an verò etiam & naturæ vitium, & casum, & artem. Et cum superius dictum sit, proculianorum de castratis contrariam sententiam fuisse, non obscure, vt opinor, hanc quoque de iis Sabinianorum opinionem fuisse significatur. Demonstrat enim sexum potius spectari quam vitium. cuius rei perspicua est æquitas. Multos enim maritos esse constat, de quibus non dubitatur quin rectè postumos instituât: cum tamen arcano quodam naturæ vitio laborêt, quo procreare liberos impediuntur. Quæ igitur in communi naturæ ordine posita sunt, Iuriconsulti spectant; arcana autem, itemque accidètia, denique, vt rem in pauca conferam, coniugii mysteria non scrutantur. Sabinianorum sanè sententiam testamentorum fauor adiuuat. Causæ constitutio hæc fuerit. Cum generandi impos testamentum fecisset, postumumque sibi heredem instituisset, eo mortuo legitimi heredes vitiosum esse testamentum dicebant. Intentio igitur scriptorum hæc fuit: Testamentum vitiatum illa adiectione, quippe superuacanea non est. D. Imo vitiatum est. Q. Vtrum sit, necné? R. Quia institutus heres est, qui in rerum natura

neque

neque erat, neque esse potuit. F. At æquitas testamentorum postulat, vt naturam duntaxat & sexum spectemus: hominum autem imbecillitatem non scrutemur.

Lex VII.

Argumentum.

Prius testamentum per posterius, quod ipso iure nullum est, non rumpitur.

Si filius qui in potestate est præteritus sit, & viuo patre decedat: testamentum non valet, nec superius rumpitur: & eo iure utimur.

COMMENTARIUS.

Non valet. Disceptatio ex ambiguitate scripti nata est: Vtrum suus præteritus dicatur, qui mortis patrisfam. tempore suus erat: an qui testamenti. Et respondetur præteritionem sui ex testamenti tempore aestimandam, quoniam legis actiones ex præsentis temporis iure vires sumunt: non ex incerto futuri temporis euentu pendent. §. 1, De exhered. lib. l. Si quis, 16, in fin. D. de vulg. substit. Dubitandi causam angebat, quòd mortis tempore, quo præcipuè testamenti ius aestimatur, nemo præteritus reperiatur. Casus enim & euentus testamentum comprobarat: neque filiofam. vlla ex eo iniuria nascebatur: Sed, vt dixi, testamenta ab initio vitiosa ex post facto non conualescunt. Obiicitur. l. postumus, 12, De iniust. testam. Vbi contrarium de postumis

mis

mis statuitur. Sed Vlpianus testatur, id non ex iuris ordinarii ratione, sed potius contra iuris summi normam atque ordinem ex duorum Cæsarum imperio constitutum fuisse: neque longius vlla petenda solutio est. nam eadem & filii & postumi viuo patre agnati præteritorum ratio est. tamen si post patris mortem agnatus tum demum rompar. l. 3. De iniust. testam. Sed vt dixi, præter iuris ordinem id à Cæsaribus pro imperio constitutum est. Frustra etiam obiicitur l. filio, 17, eod. tit. Nam ibi quoque Papinianus aperte scribit, id se ex bono & æquo contra iuris summi rationem respondisse. Duplex autem ibi æquitas valebat: Testamenti conseruandi, & filii præteritionem comprobantis. At in lege nostra, testamenti posterioris fauor nullus est: quin potius primum testamentum adiudandum est. Filius porro ante testatorem decesserat: neque intestatus pater moriebatur. Superest l. si duobus, 12, §. 1, De contr. tabul. Sed cum eo loco, tum etiam in l. hac consultissima, §. ultim. C. De testamen. exceptio ab hac nostra lege & regula proponitur: Cum in testamento posteriore & imperfecto, legitimi heredes instituti sunt. qua de causa in d. l. si duobus, argumentum hoc notauimus: Prius testamentum, per secundum imperfectum quo præteritus est filius, si in hoc venientes ab intestato scripti sunt, filio remoto euertere solet.

Lex

POMPONIVS libro primo ad Sabinum.

Argumentum.

Non si filius à primo exheredatus, à secundo præteritus ante primam repudiationem decedat, idcirco substitutus heres erit, quasi quia filius non extaret, idcirco eius non esset vitiosa præteritio. nam substitutio ab initio vitiosa, postea non conualescit.

Si à primo herede instituto filium exheredauero, à secundo autem substituto non exheredauero: Dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit: secundum sententiam quã utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit: quod si in postumo filio idem acciderit, vt natus viuo patre, à quo exheredatus sit moriatur, eadem dicenda erunt de substituto: quoniam cum est natus filius, loco eius est qui superstes est.

COMMENTARIVS.

Si à primo. Filio postumòue à secundo gradu præterito, quamuis & à primo gradu exheredati sint, & iis mortuis primus deficiat, testamentum tamen intercidit.

Dum pendet. Dum institutus deliberat.

Secundum sententiam. Quidam alii, Secundum Iuliani sententiam, quod mihi (vt paulò post dicemus) magis placet. Nam ad Sabinum disputata hæc sunt.

Non erit secundus heres. Latinæ linguæ consuetudo sic postulabat, Secundus nõ erit heres.

o Inutili-

Inutiliter institutus. Vnde duplex doctrina sumitur: Exheredatio ab omnibus gradibus in quibus hereditas versatur, facienda est. l. non putauit, 8, §. 1, D. de contr. tab. Item: Exheredatio ab initio vitiosa, per euentum insequens non conualescit. quoniam, vt saepe dictum est, legis actiones ex presenti tempore vires sumere, non ex incerto futuri temporis euentu pendere debent. Sed causae constitutionem videamus. In testamento proximi agnati: Substitutio ritè facta non est. D. Imo ritè facta est. Q. Rectè an secus? R. Quia cum eo tempore quo substitutio locum habuit, filius dici præteritus non possit, quippe iam mortuus: ac propterea nulla ei iniuria facta sit: fauor testamenti postulat, vt mens testatoris potius quam iuris summi subtilitas spectetur: Denique fatius est testamento, & certae testatoris voluntati, quam iuris summi rationi seruire. F. At propter filiorum fam. rationem, summum ius obseruandum est, vt ab initio vitiosa substitutio propter euentum insequens non conualescat. Disceptatio ex iuris & æquitatis contentione nascitur. Paulus respondet pro iure summo, Secundum, inquit, Iuliani sententiam, qua vitimur: sic enim nonnullis in libris legitur: vt facile appareat, varias hac de re Iuriscōsultorum sententias fuisse. & profecto ita est, vt aperte summum ius Paulus hac in causa sequatur. Cum contra æquitas & testamentum sustineri, & testatoris voluntatem sequi iuberet: quippe cum

fatis

fatis cōstet, testatorem maluisse substitutos suam hereditatem habere, quam agnatos. neque filiorum fauor hac in re locum habeat: cum iam ante decesserit. Ab hac Pauli sententia facit illud Iuriscōsultorum axioma: Exheredationes odiosas & quam maxime auersandas esse. l. cum quidem, infra eod. cuius rei exemplum proxima superior lex suppeditat: item, l. Si postumus, 13, infra eod.

Natus viuo patre. Viuo priore, sine dubio corrigendum est: vel (vt nonnulli alii ex antiquis libris corrigunt) Viuo primo. Nam si viuo patre natus & mortuus fuisset, Pomponius propter Adriani sui rescriptum aliter respondisset: ex l. postumus, 12, D. de iniust. testam. Præterea dissimilis à superiore controversia hæc fuisset. In hanc autem sententiam Africanus quoque respondit in l. Si postumus, 14, infra eod. Sed quæri potest quamobrem magis in hac causa qua postumus deliberante instituto natus & mortuus est, ius summum obseruetur: quam in ea qua viuo patre natus & mortuus est? vt d. l. postumus. Ac meo iudicio hæc causa est: quia in hac causa postumus heres esse potuit: vt d. l. si postumus, 14, Nimirum si prætermittentibus institutis superuixisset. At cum ante patrem decessit, heres esse non potuit.

Loco eius est. Sequitur in Enuntiatio: postumus à secundo gradu præteritus & deliberante primo moriens, testamentum rumpit. d. l. Si postumus.

02 Lex

AFRICANVS libro quarto *Questionum.*

Si postumus à primo gradu exheredatus, à secundo prateritus sit: quamuis eo tempore nascatur, quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum vitari placet: ad hoc ut pratermittentibus institutis ipse heres existat. immo & si defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire. Itaque & si à primo gradu exheredatus, à secundo prateritus, à tertio exheredatus sit, & viventibus primis, & deliberantibus decedat, quæri solet omissentibus primis aditionem, utrum ad eos qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas. quo & ipso casu rectius existimari putauit, ad legitimos eam pertinere. nam & cum duobus heredibus institutis, & in singulorum locum facta substitutione, à primis exheredatus postumus, à secundo prateritus fuerit: si alter ex institutis omiserit, quamuis postumus excludatur, non tamen magis substitutum admitti.

COMMENTARIVS.

Caput hoc cum octauo propter argumenti similitudinem, coniungendum est. Eius autem summa hæc est. Postumi prateritio à secundo gradu commissa, si modo ad eum gradum hereditas deuoluantur, totum testamentum, quamuis ipse primis deliberantibus decedat, euertit.

Pertinet

Pertineat. Id est, defertur: vel, in eorum gradum versatur: ut Vlpianus loquitur in l. non pul-
tauit, §. S. à primo, D. de contab. in b. d. x. m. i. b. o.
Vitiari. Enuntiatio postumus à secundo prateritus, & primo, à quo exheredatus fuerat, deliberante, agnascens, secundum gradum vitat. Non enim dixit, RIMMRETT: cum adhuc nullus esset. Vt in l. 5. D. de iniust. test. Sed ut filii prateritio antequam testamentum locum habeat, vitari illud dicitur: sic prateriti postumi agnatio substitutione locum habiturá tanto ante vitati.

Heres existat. Enuntio postumus à secundo tantum prateritus, priora repudiante, hereditatem auferit.

Anno et si. Hæc eademque prima enuntiatio est: nisi quod illis verbis amplificatur: Primo deliberante agnascens, & moriens, ut non possit.

Ad legitimos. Sequitur: Postumus à primo & tertio exheredatus, à secundo prateritus, quamuis primis deliberantibus decedat, si que omittant, totum testamentum euertit. Disceptatio ex eodem quo superior fonte dicitur, nimirum ex iuris & æquitatis contentione. Nam æquitas à substitutis faciebat, primum propter testamentorum sustinendorum fauore: deinde propter certam testatoris voluntatem, à quo constat substitutos agnatis prepositos fuisse. prater ea filii fauori nihil hic loci habebat, is enim decesserat. Quæ de causa variè hac de re inter Iuriscōsultos disputatum, verba hæc significat, Quæri solet. Item,

Rectius existimari putauit. Africanus tamen ius summum æquitati anteponit: nimirum propter odium exheredationis, quæ semper ad summum iuris regulam exigitur: & tanquam ad viuum refecatur.

Nam & cum. Argumentum est ex comparatione maioris: q. d. Si substitutus non admittitur, ubi tamen heredi legitimo (nimirum postumo) locus non est: multo minus admittetur, ubi legitimo locus est. Nam Africanus hoc ius quasi pro certo & confesso sumit: in quo tamen magnam video controuersiam versari. Nam Scauola in l. pen. infra de iniust. test. aperte contra statuit, ruptum testamentum esse: neque iuri accrescendi locum fore nisi forte instituti inuicem substituti sint. Cum autem veteres Iurisperitos non puduerit aperte dissentientes suas opiniones profiteri, nostri opinor, ut illorum existimationi consulant, atque etiam Triboniani auctoritati pareant, conciliationes querunt. Quid impudentius Accurtii interpretatione? Quamuis postumus excludatur: id est, non admittatur tanquam institutus: at tanquam legitimus. Nam eoque modo ut institutus adiret, qui & à primo exheredatus est, & à secundo præteritus? Nihil probabilius est Dini interpretatio, quam tamen ab omnibus receptam video: ut excludi dicatur postumus per mortem: quasi item ut in superiore casu primis deliberantibus decesserit. Quis enim locutus vnquam

ita

ita est: Excludetur ab hereditate qui mortuus est? Nam excluduntur, opinor, non qui sepulti sunt, sed qui ingredi conabantur. Denique huiusmodi deliria hominibus Latinæ linguæ imperitis relinquenda sunt. Quid igitur dicemus? Africanus sane excludi postumum significat: nimirum ut pars instituti deficiet alteri coniuncto accrescat. quippe cum neque substitutio propter præteritionem valeat: neque propter vnus ex institutis repudiationem, conualescat: & postumus ab hoc primo gradu exheredatus sit, in quo nunc hereditas versatur. At enim si sic postumus excludatur, adiuuari exheredatio videbitur. Sed cum de testatoris voluntate constet, ut inter coniunctos accrescendi ius sit, non interpretatione vlla exheredatio adiuuatur: sed certa & explorata testatoris voluntas ac sententia conseruatur. Scauolæ autem opinionem valde admiror: qui significare videtur, in alterius ex institutis deficientis locum, alterum ex substitutis vocari: sed tamen testamentum rumpi: cum satis constet & inter coniunctos accrescendi ius esse: neque substitutionem hanc vitiosam propter vnus ex institutis defectionem conualescere. Africani ergo sententiam hæc enuntiatio comprehendet: Duobus institutis quorum singulis singuli substituti sunt, si postumus à substitutis tantum præteritus sit, vno ex primis omittente, pars eius alteri accrescit: id est neque postumus neque vllus ex substitutis admittetur.

Contro

Controuersia igitur hæc inter postumum & institutum admittentem versata est: Nam cum ille ruptum testamentum diceret, Intentio huius hæc fuit: Præteritus diei non potes. D. Inno præteritus sum. QU An præteritus diei possit. R. Quia cum in deficientis instituti locum alter ex substitutis vocetur, patet hereditatem in secundo gradu versatam, à quo exheredatus non sum. P. At substitutio ab initio vitiosa, propter euentum insequens, hoc est, propter vnus ex institutis repudiationem non conualescit: Disceptatio ex contrariè scriptis nata est, quorum alterum ab altero modificatur: Hereditas enim qua versari in secundo gradu non potest, rectè propter vnus ex institutis admissionem in primo gradu consistit.

In singulorum locum. Primus & secundus heredes sunt: si Primus non erit, tertius esto: Si secundus non erit, Quartus esto. Idem iuris est, si vterque vtrique substitutus sit: veluti si vterque heres non erit, illi sunt. Scæuola autem in d. l. pen. §. 1. putauit, nisi instituti inuicem substituti sint, repudiantis partem deficere, atque ita ex ea parte intestati exitu patrem fa. habuisse, quippe ab herede destitutum. Quod contra Africanus sentit: quasi cum substitutio vitiosa fuerit, pro non scripta ac pro nulla numeretur: Ob eamque causam ius accrescendi coniuncto fore, quasi substitutio ascripta non fuerit.

omno

§. Quod

§. Quod vulgo.

Argumentum.

Filius à secundo præteritus, dum in primo vel exasse vel ex parte sit institutus, testamentum non vitiat.

Quod vulgo dicitur, eum gradum à quo filius præteritus sit, non valere: non usquequaque verum esse ait. Nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum à substitutis exheredari. Ideoque si filio & Titio heredibus institutis, Titio Mauius substitutus sit, omittente Titio hereditatem, Mauium eam adire posse, quamuis filius secundo gradu exheredatus non sit.

COMMENTARIUS.

Eum gradum. Enuntiatio .i, Gradus à quo filius præteritus est, non valet. l. 3, supra eod. Gradus autem is demum intelligitur, in quo hereditas versatur. Nam in quo deficit, nullus est. l. 5, infra tit. prox. l. non putauit, 8, Con. tab.

Usquequaque verum. Modestius dixisset, Exceptionem hanc recipit: Nisi filio ius suum constet.

Non debere. Sequitur .ii, Filius primo gradu institutus, substitutionem à qua præteritus est, non vitiat. Cuius rei æquitas hæc est: Nam si filius viuit, hereditatem obtinet: ac proinde queri nihil potest. si mortuus est, non potest proximus agnatus dicere substi-

p tutio

tutionem ab initio vitiosam fuisse: ac propterea ob insequentem filii mortis euentum non conualuisse. Cùm enim filio suum ius primo loco redditum sit, vitii in substitutione nihil fuit. Tum enim vitium est, cùm iniuria filio facta est. Similima ratio est, cùm à primo præteritus filius, in secundo substitutus est. Cùm enim omnis substitutio, institutio sit, patet ius suum filio constare: ac propterea testamentum primo gradu oblitterato, ac pro nihilo habito, à secundo gradu exordium capturum. l. si filius, D. de hered. instit. l. ex facto, 43. §. Lucius, de vulg. & pupill.

Manium adire. Seq. III, Substitutio ei qui cum filio coniunctus est, quamuis ommissa filii mentione, facta comprobatur. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur. Scriptum (hoc est enuntiationem primam) filius urgebat. Sententiam substitutus: At regula hæc intelligitur, nisi filio ius suum constet, vel nisi filio nulla iniuria facta sit. Nam profecto ita est: Gradum à quo filius præteritus est, propterea vitiosum dici, quia filio iniuria facta est, & suum ius non redditum. Itaque valet hæc Enuntiatio, siue ipsi filio siue coheredi, siue vtrique facta sit. idque eo magis, quia dando testator coheredem filio, facit eum voluntarium. l. apud Iulianum, 11. §. Iulianus, D. ad Trebell.

Ex Lege. IX. §. Sed si ex ea.

Argu-

Argumentum.

Postumus ex ea quæ vel alteri nupta est, vel duci vxor non potest, non rectè instituitur. at ex sorore adoptiua rectè institui potest.

Sed si ex ea quæ alij nupta sit postumum quis heredem instituerit, ipso iure non valet: quòd turpis sit institutio.

§. pen.

Sed si ex ea quam nefas sit ducere, postumum heredem instituerò, non putat rumpi testamentum Pomponius. Sed si per adoptionem sororem factam habeam, poterò postumum ex ea heredem instituere: quia adoptione soluta possum eam ducere uxorem.

COMMENTARIVS.

Ipso iure non valet. Enunt. I, Postumi ex ea quæ alteri nupta est, turpis est institutio. Hæc enim formula, Si quis mihi ex illa post meam mortem nascatur, conditionem in alieni matrimonii solutionem confert, quæ mali omnis & detestanda est. At ex vidua postumum instituere filium ius est. l. postumum, 27, infra eod. Aliud ergo est, Turpis institutio: aliud Institutio sub turpi conditione facta. Nam illa nihil nocet, & pro non scripta numeratur.

Nefas sit. Seq. II, Postumus ex ea quam ne-

p 2 fas

fas sit ducere, non rectè instituitur. Quod enim ait NON RUMPI, ad superiorem Sabini sententiam referendum est: vt sit, Prius testamentum per posterius in quo talis postumus institutus sit, non rumpi. Sed aliud est nefas esse, aliud non licere, Nam ex ea quam non licet, sed spes est fore vt liceat, rectè concipitur institutio. l. filius, 28, §. pen. D. de lib. & postum.

Per adoptionem sororem. Seq. III, postumum ex sorore adoptiua institui heredè ius est quippe cum adoptione soluta cognatio illa omnis intercidat. §. 4, De nupt. l. per adoptionem, 17, De ritu nupt. Quod autem Iustinianus in §. Tutor, 26, De legat. scribit, postumum alienum institui posse, nisi in vtero eius sit, quæ iure nostro vxor esse nõ potest: quæri potest, an ad Vestalis & ascetriæ postumum referri possit: quoniam postumum ex sorore nihil, hoc quidem iure, prohibeat instituire. Sed videamus ne verba hæc, QVI IN VTERO SIT, in vestali de testanda sint. Qua de re in Institut. Commentariis planius explicabimus.

§. Si filium. Lex IX.

Argumentum.

Nepos filio ex heredato præteritus quamuis ante aditionem filius decedat, non rumpit, nisi iam tum apud hostes captus filius, ibidem postea decesserit. At si institutus repudiarit, legitimus heres nepos existet.

Si

Si filiū exheredauero, nepotēque ex eo præteriero, & alium heredem instituerō, & superuixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Iulianus & Pomponius & Marcellus aiunt. Difersumque est si in hostium potestate filius sit, & decesserit in eodem statu. Rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente auctore filij ius pependerit, non abscissum, vt superiore casu fuerit. Sed et si heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus heres, quoniam hæc verba, Si intestato moritur, ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.

COMMENTARIVS.

Nepotem præterito. Nepos viuo filio superstes, non propriè præteriri dicitur. Nam præteriti verbum in eos demum qui sui sunt, conuenit. Etsi autem exhereditatio fuitatem extinguat, tamen non nisi post aditam hereditatem valet exhereditatio. l. filium, 20, D. cont. tab. Cum tamè hoc casu filij exhereditatio exitum habeat, idcirco præteritionis verbum in nepotis persona admittitur. Rumpere porro dicitur nepos, quia successio eius in filij suitate quasi agnatio est. Quod autem de superstite nepote Paulus hoc loco disputat, idem ab Vlpiano tractatur de postumo in lege Siquis, 6, infra titulo proximo.

p 3 Superui-

Superuixerit. Nam si ante testatorem esset mortuus, nepos succedens sine controuersia rumpet.

Non rupturum. Enunt. 1, Exheredato filio nepos præteritus, quamuis filius ante aditionem decedat, non rumpet. l. Siquis, 6, infra titulo proximo, & l. Scripto, 7, D. vnde lib. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur. Scriptum est, Sui heredis præteritio testamentum infirmat. Sententiam autem scriptus heres urgebat: At sius non dicitur nisi qui mortis tempore primum in familia gradum obtinet. d. l. Scripto. Secundum hanc sententiam Paulus scribit Iulianum Pomponium & Marcellum respondisse. quibus verbis non obscure significat, alios nonnullos in contraria sententia fuisse: opinor, propter odium præteritionis & liberorum fauorem. Nam hunc nepotem obliuione præteritum disputabant: ac propterea æquius esse, eum auitam hereditatem quam extraneum habere. Itaque horum sententiam Iustinianus secutus, & aliorum nimiam argutiam improbens in l. Siquis filium, 34, C. de inoff. test. Inofficiosi querelam hoc casu nepoti defert. Eò accedit, quòd si intestati exitum auus faciat, à scripto videlicet herede destitutus, tum huic nepoti sui heredis nomen conceditur: ut posterius dicemus. Quare cum Suitas ex insequenti euentu aut aditionis aut repudiationis non pendeat, tam hoc casu, quam illo altero sius

ro sius hic nepos esse videbatur. Paulus autem eam rationem secutus est, quam Ulpianus in d. l. 6, profert. Cùm nec exheredari inquit, huiusmodi nepos deberet ab auo, quem pater præcedebat. ac proinde sibi iniuriam factam queri non potest. Papinianus autem in l. Scripto, 7, D. vnde lib. subtilissimè disputat, inter causam testati & causam intestati. Nam in causa testati, hoc est, in hac ipsa, cùm heres scriptus adiit filium obstaturum nepoti, ne sius heres dici possit. At si intestati exitum Auus habuerit, à scripto scilicet herede destitutus, tum filium nepotis Suitatem non impediturum. Quòd sane per subtiliter disputatur, non quò rerum naturam argutis nostris superemus: sed quia quum dubium non sit, quin nepos heres sit, nullo iure nisi Sui heres esse possit. Quòd si veritatem subtilius inspicere velimus, necessario certè dicendum esset, Nepotis Suitatem propter filii superstitis rationem tantisper sopitam fuisse: Ut si scriptus adeat, planè extinguatur: sin repudiet, tum verò quasi reuiuua excitetur.

Rumpit enim. Seq. 11, Nepos filio qui apud hostes est exheredato, præteritus, si filius ibi decebat, rumpit. d. l. 6, §. secundo, In hac enim quæstione eosdem quos in superiore terminos retineri arbitror: nimirum, ut filius captiuus exheredatus sit. ex l. illa institutio, §. primo, De hered. instit. Alioqui nihil

nihil prope dubitationis res haberet. Huius autem æquitas sententiæ ex insequenti Enuntiatione constabit. *Filij ius pependerit.* Enunt. l. i. i. Exheredatio sui ius extinguit: at captiuitas suspensum relinquit. l. prima, §. penultimo, D. de suis & legit. l. filium, 20, §. Videamus, in fin. D. cont. tab. l. illa institutio, 32, §. primo. De hered. instit. Suspensum autem captiuitas relinquit, propter postliminii fictionem: de qua in §. 4, Quibus mod. ius patr. potest, Dixi autem SVI IVS: in pristina sententia mea permanens, vt pro FILII IVS, legamus SVI IVS. hac de causa, quia non de filii sed de nepotis Suitate hic agitur. Quod vel ex his verbis potest intelligi: NON ABSCISSVM, VT SVPERIORE CASU FVERIT. Nam hoc quoque casu filij ius per exheredationem abscissum est? Communis autem error ex eo natus est, quia non animaduvertebatur captiuum hunc filium, æquè vt superiorem exheredatum fuisse: quod nisi ponamus, causam, vt ante dixi, dubitandi omnem subducemus. Mira etiam subtilitas hoc loco notanda est: quam in l. Gallus. §. Si eius, & §. videndum, notauimus, nimirum neque veritatem neque legis Corneliæ fictionem vsquequaque accipi: sed vtranque ex parte duntaxat. Nam si fictionem in totum acciperemus, qua filius ipso captiuitatis momento decessisse fingitur, Nepotem

Nepotem iam tum ab eo tempore, ante testamentum suum heredem fuisse diceremus: ac proinde non rumpere, sed scriptis heredibus accrescere. Nunc cum Suitatem adeptum fingimus duntaxat post testatoris mortem: cum filio per mortem de Suitate remoto, in eius locum successit. Nepotis ergo Suitas superiore casu propter filii exheredationem abscissa fuerat. Nam exheredatio filii, si exitum habeat, nepotis quoque exheredationem secum affert. At hoc casu non abscissa, sed suspensa erat, quia si filius redeat, Nepos non dicitur mortis testatoris tempore suus fuisse, sin ibi decedat, dicitur. Subtilissimè ergo differentia notatur, inter exheredationem filii qui in potestate est, & eius qui apud hostes est. Nam illa nepotis Suitatem statim abscindit. Hæc verò suspensam relinquit. quia si ibi filius decedat, pro nulla numeratur, quasi iam mortuus exheredatus fuisset.

Omisserit. Enunt. l. i. i. i. Nepos exheredato filio præteritus, si institutus repudiet, legitimus heres erit. l. Scripto, 7, D. vnde lib. vbi Papinianus causam hanc explicat.

Hæc verba. Legis xii, tab. Si intestato moritur cui suus nec extabit heres, agnatus proximus familiam habeto. Dubitandi causam Papinianus hanc affert, quia proximum gradum nunquam tenuit. Diluit autem, quia cum illum heredem esse constet, nullo alio iure q re quàm

re quam hoc vnico Suitatis heres esse poterit. Simul causam hanc adiicit, quia tamen filius gradu processit, tamen successione non praeuenit. Nunquam enim tempus extitit, cum ei hereditas deferretur, & in eius persona versaretur. Pauli autem quae hoc loco traditur ratio, subobscura est. cui nanque dubium vnam esse potuit, quin verbum illud legis. **INTESTATO**, non ad mortis tempus referatur, cum siue postumi agnatione testamentum rumpatur, siue propter scripti repudiationem irritum fiat, ac destituatur, semper intestato mortuus paterfam. dicatur. Itaque obtusa haec disputatio videretur. Quare videamus ne Paulus legis verba, utpote in vulgus nota, praecise protulerit, adiecta nota illa vsitata, &c. ut non principium illud capitis significet, sed proxima potius verba: **CUI SVVS NEC EXTABIT HERES**, quasi sententia haec sit: Cum lex iubet intestato paterfamilias mortuo eum qui suus ei heres extat, familiam habere: non restrictè ac praefinitè de eo demum statuit, qui mortis tempore suus heres extat, sed etiam de eo qui per id quidem tempus abditus, aliquantò post existet ac patefiet: quod idem de Agnato proximo Iulianus tradit in l. 1, D. vnde legit. Vbi ait edicti verba his legis verbis consimilia ^{capite suo} accipienda esse: id est, non pressè & angustè, sed laxè &, ut ita loquar, extensiuè. quippe cum, etsi filius mortis tempore

gradu

gradu prior esset, tamen ei priore loco delata hereditas non fuerit.

Lex X.

POMPONIVS libro primo ad Sabinum.

Argumentum.

Postumus eo casu natus quo praeteritus reperitur, testamentum rumpit.

Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur, siue vivo me, siue mortuo natus fuerit, heres esto: aut etiam pure neutrius temporis habita mentione. si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit natus, rumpit testamentum: quia hic filius nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento adprehensus.

COMMENTARIVS. *Siue vivo.* Enunt. 1, Nondum natus rectè sic instituitur, si me vivo mortuove nascatur. l. Si ita scriptum, 43, De hered. instit. Nam lege vellea ut nondum natos institui exheredariè liceret, sancitum est.

Aut etiam pure. Seq. 11, Nondum natus

tus, sine temporis agnascendi mentione, rectè instituitur. Cùm enim infinitè testator locutus sit, infinitè quoque institutio accipienda est: siue viuo, siue mortuo testatore agnatio contingat.

Rumpit testamentum. Seq. 111, Agnatio eo tempore quod omissum est contingens, testamentum rumpit. l. Si pater, 26, D. de vulg. & popill. Disceptatio nascitur ex contrariè scriptis. Nam pro testamento pugnat vulgata sententia: Liberorum institutioni menti testatoris, & testamento fauendum esse. Erat filius institutus: de mente & voluntate testatoris constabat, cui quoad fieri potest, subseruiendum est: testamentorum autem magnus fauor est. Eò accedebat superior proxima Enuntiatio. Nam si pura conceptio valuisset, non videbatur adiectio superuacanea nocere. Contra testamentum tamen pugnat odium præteritionis. Quoniam ex contrariorum disciplina constabat, filium eo casu qui natus est, præteritum fuisse. Illud autem Iuriconsultorum sollemne est, vt propter odium præteritionis testamenta quoad facultas ferat, oppugnent. Hoc tamen Iustinianus pro imperio correxit, in l. vltima, C. eodem, & quemadmodum D. Marcus statuerat, vt substitutio in alterum casum facta, in vtrumque valeret: l. 4, infra de vulg. substit.

fic decre-

fic decreuit, vt institutio postumi in alterum casum concepta, in vtrumque valeat. Quæ verò conciliationes à nostris proferuntur, plane nugatoriæ sunt: ac præsertim ea quæ cæteris probabilior videtur: quasi verba hæc, INTRA DECEM MENSES, non ad moriendi momentum, sed ad testamenti faciendi tempus referenda sint. Quo quid obtusius dici potest? quasi verò decem mensium mentio non translatitia esset, & in postumorum institutionibus sollemnis: propter caput legis XII tab. quo cautum est, vt decimo mense natus legitimus habeatur. Præterea si testator ita sensisset, ecquænam in re perspicua tanta dubitandi causa fuisset, vt propterea iurgium inter prudentes exoriretur? nam hoc verbo Iustinianus vtitur.

Nec sub conditione. Obscurus locus. Nam sententia postulare videbatur, vt ne purè quidem institutus videretur, quasi scilicet dubitari posset, an superuacanea adiectio pro non scripta habenda esset. Dubitandi enim an filius hic sub conditione institutus sit, causa, sanis quidem hominibus nulla est. Quare videndum vtrum hoc significet, quod traditur in l. Sub conditione, 20, infra. eodem & eo loco planius intelligitur: an fortasse legendum sit, NEC NON SVB CONDITIONE, pro eo quod dixit, PVRE.

In hunc casum nascitur. Similis ferè locutionis

q 3 acer

acerbitas: pro, In hunc casum institutus nascitur.

Lex XI.

Paulus libro secundo ad Sabinum.

Argumentum.

Filius familias ideo suus dicitur, quia patri succedens non nouum dominium acquirere, sed illud ipsum quod in vita patris habuit, continuare videtur, & liberiolem eorum bonorum administrationem consequi.

In suis heredibus euidentius apparet continuationem dominij eò rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse. quasi olim hi domini essent, qui etiam uiuo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur, sicut pater familias: sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit, itaque post mortem patris non hereditatem percipere uidentur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt. nec obstat quod licet eos exheredare, quos & occidere licebat.

COMMENTARIVS.

Continuationem. Enunt. i, In suis heredibus continuari potius quam acquiri dominium uidetur. §. Sin autem, De hered. qualitat. Patet autem ex l. liberorum, De verb. signif. locutionem hanc non à Iurifconsultis excogitatam

gitatam, sed in lege xii tab. usurpatam fuisse, ut sui dicantur, quasi qui suarum potius quam alienarum rerum dominium atque hereditatem obtineant. Fuit enim consuetudinis antiquæ, ut patresfamilias suis filiis aliquod pecudum capita, post etiam certos agros fruendos attribuerent, in quibus suam industriam exercerent. Vnde Peculii profectiui nomen ductum. Eoque pertinet illud Ciceronis Verrina, iii, Quibuscum uiui bona nostra partimur. Et apud Terentium: Donec saluus redierit meus particeps. Sed quæri uideo hoc loco: an ut dominium, sic etiam possessio in suis heredibus continetur. cum in extraneis quidem non continuari satis constet: ex l. Pomponius, 13. §. quæsitum, & l. cum heredes, 23, D. de acquir. poss. quippe cum hereditas id tantum quod ipse est transferat. possessio autem hereditatis non est. l. 1, §. Scauola, D. Si is qui test. lib. ess. iuss. Nostri proferre solent l. 2, §. 1, D. pro hered. sed rectè ab aliis demonstratum est, nihil eam legem ad hanc quæstionem pertinere. cum ibi de donatione patris in filium agatur: quæ iure ciuili nulla erat. l. 2, pro donat. Puto autem commodius hinc sumi argumentum posse: primò quod sui non adire, sed retinere dicantur. l. Si patronus, 12, §. ultimo de bon. libert. Nam si retinent & aditione opus non est, ut iis ex locis intelligitur, relinquatur, ut iam antea possessionem habuisse uideant

deantur. Præterea quos agros fruendos iam habebant, qua de causa Participes dicebantur, an non eorum possessionem obtinebant? Deinde cur diceretur in l. 2. C. pro hered. suis heredibus existētibus nihil pro herede posse usu capi, nisi quia sui possessionem obtinent? Atq; hoc nimirum illud est, quod Paulus infert: filios post mortem patris nō hereditatem percipere videri, sed liberio rem bonorū administrationē consequi.

Filius familias. Enuntiatio II, Filius familias nota est non ad dominium, sed ad genus distinguendū instituta. Quod sic intelligendum est: quia cūm familiæ nomine hereditas significetur, tamen est illud verbum filii, quā patris commune. At genitoris à genito distinguendi causa, vox, Pater, aut Filius præponitur. Sed hæc ita accipienda sunt, cūm quidem & pater & filius superstites sunt. alioqui pater familias appellatur, qui in domo dominium habet, quamuis non modo filium non habeat, verum etiam impubes sit. l. pronuntiatio, 195, De verb. sig, l. 4, D. de iis qui sunt sui vel alie.

Magis liberam. Seq. III, Sui heredes non hereditatem, sed liberio rem administrationem consequi videntur. vt prope eadem filii familias post patris mortem, quæ pupilli post tutoris potestatem sublatam ratio esse videatur. scilicet in rebus suis possidendis: quæ sententia superiore illam disputationem magno pere confirmat.

Licet

Licet non sint. Seq. IIII, Filius familias etiam non instituti, tamen heredes sunt. quippe qui non ex testamento, sed à lege heredes designati sint. Itaque etiam si scripti heredes sint, tamen non tam à patre, quā à lege nomen illud obtinent. Qualitatem igitur à lege, à patre autem quantitatem obtinent.

Nec obstat. Ex repugnantibus, hoc modo: Non & lex illos heredes fecit, & pater, qui priuatus homo est, arbitrato suo illis hereditatem auferre potest. Sed Pauli responsio non satis huic obiectioni facere videtur. Caput enim est in XII tabulis, vt patres in filios ius vitæ ac necis habeant: at nullum caput est, quo exheredandi ius diserte permittatur. Nam si proferatur lex, VTI QVISQVE suæ rei, &c. rectè subicietur, ei legi inofficiosi querelam obrogare, Vera igitur responsio hæc erit: moribus recepta fuisse querelam, atque inde natum ius, de quo Paulus scribit in l. vlt. D. de bon. damnat. vt exheredari liberi nisi iustis de causis possint.

Lex XII.

VLP IANVS libro nono ad Sabinum.

Argumentum.

Præteritus filius quamuis ventre cæso, modò anima spiritūque præditus natus sit, testamentum rumpit.

Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum: natum accipe et si ex secto ventre editus sit.

I

Nam

Nam & hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen si non integram animal editum sit, Cum spiritu tamen? An adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit.

COMMENTARIVS.

Quod dicitur. His verbis Regula iuris significatur. est autem huiusmodi: Agnitione sui heredis præteriti, testamentum rumpi. quam ut notam & peruulgatam Cicero in ea pro Cæcina & in primo de Orat. commemorat.

Ex secto ventre. Enunt. i. Qui cæso ventre editus est, pro nato numeratur. l. postumus, 6, D. de inoff. test. l. i. §. Si qua prægnans, Vnde cogn. Disceptatio ex verbi NATVS definitione & ambiguitate ducitur. Vtrum is demum natus dicatur, qui naturæ ordine & ritu editus est: quod coniugatorum ratio postulare videbatur: an verò etiam is qui quoquo modo in lucem & vitam editus est. Itaque Vlpianus in l. Si ego, 11, §. 3, D. de public. Natum aperte ab extracto distinguit. Idem est, inquit, si non natus, sed post mortem matris ex secto ventre eius extractus est. Sed cum hunc nihilo minus filium esse constet, Iurisconsulti autem filios contra testamentorum iniuriam adiuent: mirandum non est, si pro nato numeretur. Hos autem Cæsones antiqui nominabant, quorum è numero Scipionem illum Africanum

num fuisse, Plinius auctor est. Non dissimilis autem disputatio quondam fuit propter legem Papiam, quæ orbis semissem hereditatis auferebat: matribus integram relinquebat. Nam Paulus in l. anniculus, 132, De verb. sig. Falsum est, inquit, eam peperisse, cui mortuæ filius ex sectus est. Vlpianus autem in l. etiam ea, 141, eod. tit. Etiam ea mulier, inquit, cum moreretur creditur filium habere, quæ exciso utero edere possit. Nostri autem, ut pugnantia hæc componant, dicunt eam mulierem filium quidem habere, sed non peperisse. quo quid ineptius fingi potest? Denique quæstionis erat, utrum orba hæc dicenda esset, an mater. Nec nouum est Paulum ab Vlpiano dissentire. Vlpiani autem sententiam æquissimam & certissimam esse arbitrarer: neque affirmare audeo, Paulum in contraria sententia fuisse: Tantum dico, superiora illa ytriusque pronontiatata mihi plane contraria & pugnantia videri.

Si nascatur in potestate. His verbis significatur contrarium ius in casu contrario statui. sicuti supra ad l. commodissime, dictum est. Nunc quæro casum quo filius in patris potestate non nascatur. Nam quod vulgo verba hæc sic interpretantur, quasi moneremur de suo postumo hic agi, non de alieno, ut in l. i, §. 2, D. de vent. insp.

perobscurum mihi videtur. cum Vlpianus & nominatim filium appellant: neque de ius testamento accipi locus possit: & disputatio hæc etiam ad eum qui viuo testatore nascitur, commodissime referri possit. Quid? quod his verbis vel ipsi postumi excluduntur? quippe qui in potestate non nascantur. l. ult. D. de assig. libert. Ne multis morer, cum huius disputationis ratio postulare videtur, tum etiam insequens proxima clausula non obscure significat, additum hoc loco verbum aliquod fuisse: de partus istius vita: vt intelligatur, non mortuum, sed viuum & animatum extractum fuisse. idque omnino in hac disputatione necessarium est. quasi dictum sit, Rumpere testamentum, scilicet, siquidem viuus & animans edictus sit. Quare cum Lucretium videam Animæ potestatem pro vita sæpe usurpassè, considerari poterit, ecquid scriptum ita fuerit: **SI NASCATVR IN ANIME POTESTATE.** vt propter vulgatam notum & compendium scripturæ, **ATÆ,** vox illa effluerit. Lucret. lib. 3, Quod Genus in nostris membris & corporæ toto Mixta latens animi vis est, animæq; potestas. Itē. Conquascatur enim tum mens animæq; potestas. Item postquā, Distracta est animi natura, animæq; potestas, Item. Deniq; corporis atq; animæ viuata potestas, Inter se cōiuncta valent vitæq; fruuntur. Cōsentientissime autem

autem congruit, quod sta tim infertur, Quid si non integrum animal, &c.

Adhuc testamentum. Enunt. 11, Agnatio filii præteriti, quamuis non integer edatur, rumpit. l. 3, C. de postum. vbi Iustinianus testatur disputatum inter Sabinianos & Cassianos de eo qui *ἀφωρ* editus, statim mortuus fuerat. Quæ dilceptatio ex summi Iuris & æquitatis contentione nascebatur. Cassiam æquitatem vrgebant: quasi iniquum esset propter momentaneam editi semimortui vitam & testamentum & certam testatoris voluntatem oppugnari: præsertim cum cui iniuria dici facta posset, nemo extaret. Contra verò constaret, Testatorem vt legitimos remoueret, testamentum scripsisse. Sabiniani autem propter præteritionis odium iuris summi subtilitatem spectare maluerunt. Non integrum igitur animal intelligamus, aut *ἀφωρ*, de quo Iustinianus testatur: aut mutilum membris: vt cæcum, aut luscum, aut mancum. Monstra autem & portenta pro legitimis partibus, cum de rumpendis testamentis agitur, non numeramus. At si de matre adiuuanda ageretur, contra confiscationum odium, admitterentur. l. quæret aliquis, De verb. sig. l. non sunt liberi, de statu hom.

Lex

XIII.

IULIANVS libro vigesimo nono Digestorum.

r 3

Arg.

Argumentum.

Vxor heres cum filio vel cum filia, si alteruter nasceretur ex parte instituta, si ambo nascantur, portionibus secundum voluntatis coniecturam renouatis admittetur.

Si ita scriptum sit, Si filius mihi natus fuerit ex besse heres esto: ex reliqua parte vxor mea heres esto: Si verò filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte vxor heres esto: & filius & filia nati essent, dicendum est, assen distribuendum esse in septem partes, vt ex his filius quatuor, vxor duas, filia vnā partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quā vxor: item vxor altero tanto amplius quā filia. licet enim subtili iuris regula conueniebat, ruptum fieri testamentum, at tamen quoniam ex vtroque nato testator voluerit vxorem aliquid habere, ideò ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est. Quod etiam Inuentio Celso apertissimè placuit.

COMMENTARIVS.

Subtili iuris regula. Enunt. 1. Summo iure neque postumi institutione, postuma: neque huius, ille continetur. l. 1, §. 2, D. de vent. in pcess. vbi Vlpianus ait, postumi exheredatione postumam non contineri. Vnius igitur aut institutione aut exheredatione alter præteritus censetur. Atque hoc illud est, quod ait, Subtili iuris rationi conuenisse, ruptum fieri

fieri testamentum. Nam etsi in l. vtrum, 7, D. de reb. dub. vnus postumi institutione plures agnati complexi esse intelligantur, id tamen vel de muliebris sexus postumis non dicitur: vel, vt hoc loco ex æqui & boni ratione, non ex summo iure dicitur.

Quoniam testator voluerit. Coniectura ergo voluntatis est. Cùm enim testator non de alterutro duntaxat, sed de vtroque casu cauerit, quamuis non coniunctim, sed disiunctim, & separatim id fecerit, tamen quæ verbis separata sunt, mente & sententia coniuncta intelliguntur, quasi non distinctione testator vsus esset: SIN AVTEM: SI VERO, & similibus: sed coniunctione, siue filius, siue filia nascatur. quo in casu etiam summo iure coniunctio facta intelligitur. l. si ita facta, 14, De iniust. test.

Ex vtroque nato. Fortasse scriptum fuit, *Vtrocunque.* Sed tamen hæc scriptura commodissimè quadrabit: quia verissimum est testatorem in vtrunque casum cauisse. Tametsi enim verbis ambos casus non coniunxerit, re tamen & sententia, non de alterutro duntaxat, sed de ambobus locutus est.

Humanitate suggerente. Quo ex verbo intelligitur, disceptationem ex iuris & æquitatis contentione natam esse. AEquitatem autem ex coniectura voluntatis sumi, quia constabat testatorem vtroucunque casu vxori siue cauisse.

Falsum

Falsum arbitror quòd quidam putant, Humanitatis rationem ex mulieris istius persona sumi: in qua duæ qualitates sunt benevolentia dignissimæ: quòd & vxor & geminorum mater sit. Primum quia etsi alienissima coheredis persona fuisset, tamen idem Iulianus respondisset. Non enim personarum qualitatem in extraneis (qualem vxorem esse constat) sed testatoris mentem & voluntatem inspicimus. AEquitatis ergo siue humanitatis ratio hic ducitur: vt cum de testatoris voluntate constet, quamuis minus elocutus sit, tamen eius verba ex mentis coniectura benigna interpretatione adiuuentur. Deinde quia si verum esset ita propter personam mulieris responderi, sequeretur, illa repudiente testamentum intercidere. Quod esset absurdissimum. Pars enim respondiantis filio & filiae peræqua proportione accresceret. Obiicitur l. Item quod 17, §. sed si, D. de hered. instit. vbi qui asse in alios distributo sic instituitur, **EX RELIQUA** parte ex parte nulla institutus intelligitur. Cum igitur filio & filia agnatus totus as impletus intelligatur, vxor quæ ex reliqua parte instituta est, ex nulla parte instituta videtur. Sed longè dissimiles causæ sunt. Nam illic testator assem explerat: hic non explerat. Et quamuis casus impleat, tamen Testatoris mens & voluntas spectatur, qui de asse in liberis implendo nõ cogitauit. Deinde verba hæc, **EX RELIQUA** parte

parte: non ex literis & syllabis, intelligenda sunt, sed ita accipienda quasi dixisset, vt in l. Clemens, 8, D. de hered. instit. filio duas partes, filia tertiam. Multo inoptius obiicitur l. in conditionibus, 19, §. vlt. D. de cõd. & demonstr. Nam hic in vtrunque euentum testator vxori cauerat: quasi dixisset: siue filius siue filia heres erit, vxor coheres esto: illic ligatorium in alterutrum casum apertissimè remouerat. Coheredem enim sub hac demum conditione admiserat, si modo vterque heres non esset. Nihilo magis nos moueat, quod quidam disputant, Iuliani proportionem contrariam esse, proportionem à testatore factæ, quasi testator filium fecisset duplum filia, hanc illi subduplam: Iulianus autem filiam faceret filio subquadruplam. Neque enim verum est, testatorem fecisse filiam fratri subduplam: tamen si huic bessem, illi trientem attribuerit. sed partem tertiam intermediæ vxori attribuit: quam filio subduplam esse voluit, filia vero duplam. vt illæ duæ besis & trientis partes non inuicem, sed potius ad illam tertiam partem referentur: hoc est, vt filii pars, bes esset respectu vxoris: filia pars eiusdem vxoris respectu esset triens. Vnde perspicuum est, non Iulianum, sed Testatorem ipsum fecisse filiam fratri subquadruplam: Iulianum autem ipsius testatoris mentem & voluntatem interpretatum esse. non enim indefinitam testator vxoris partem reliquit. Aliquanto plus aduersari videbitur, l. si

f ita

ita scriptum, 47, D. de hered. inst. vbi testator filia herede indefinitis partibus instituta subiunxit; Si filius nascatur, ex dodrante; si filia, ex quadrante heres esto. nam cum ambo nati fuissent, duos asses Africanus fecit: & filia vnum, postumis alterum attribuit. tum deinde rem ad geometricam proportionem reuocans, hereditatem in octo partes distribuit, quarum quatuor filia, postumo tres, filia vnam adiudicauit. Quare dubitari posset, quid ita Iulianus non etiam hoc casu duos asses fecerit: cum vnus integer in ambobus postumis consumptus sit. verum intelligendum est, in illa causa testatorem apertissime duos asses fecisse: cum enim filiam indefinitis partibus instituisset, eam ex asse vniuerso instituisse intelligebatur. alterum autem descriptis partibus postumis attribuerat. At in causa nostra duo asses neque a testatore facti sunt, neque ex illius mente & sententia fieri possunt. vxorem enim non indefinitis partibus, sed certis, & praescriptis instituerat. vt filio subdupla, filia vero dupla esset. Quod si hoc modo interpretaremur, vt alterum assem facientes, respectu filii attribueremus vxori trientem, respectu filiae bese: tum vero apertissimae testatoris voluntatem peruerteremus. Vxori enim maiorem multo quam filio partem attribueremus: cum ille voluerit vxoris partem duplo a filio superari. nam re ad geometricam rationem & vnum assem reuocata, vxori semissem, filio trientem,

rem, filia vero sextantem attribueremus. Ma-
neat igitur Iuliani ratiocinatio: quae quamap-
ertissime ad testatoris voluntatem accommoda-
ta est. Et vt pro corollario illud adiungamus,
notetur quod in illa l. si ita scriptum, 47, identi-
dem ostendimus: illic dupodium apertissime a
testatore factum: & assem secundum descriptis
aperte partibus completum fuisse. ob eamque
causam nihil ei aduersari, l. cum quaestio, 23, C.
de legat. in qua secundus as impletus non fue-
rat. quapropter mirum non erat, si toto vni at-
tributo, partem alteri postea tribuit, partem ex
toto detrudere censeatur. At in l. si ita scriptum,
dodrans postumo attributus de superiore asse
non detrahebatur: sed ad quadrantem postu-
mae relatus secundum assem faciebat.

Septem partes. Seq. 11. Vbi in asse ordinario
seruari Arithmetica proportio non potest, ad
Geometriam decurrendum est. d. l. si ita scri-
ptum, 47. Similiter Paulus in l. clemes, 31, infra,
de heredib. instit. scribit testatorem, qui si sibi
filius & filia nascerentur, duas illi, vnam huic
relinquit parte, si quidem ei duo filii vnaque filia
nascatur, intelligi in quinque partes assem distri-
buisse: quarum filii binas, filia vnam auferet.
Potuit etiam in decem distribui, vt singuli filii
quaternas, filia duas auferret. Male autem de
nostris ingeniis meritis est Tribonianus: qui
cum huius causae disputatio tripartita sit, vni-
cam duntaxat partem tractat. Summa igitur di-
uisio

uifo hæc est. Nam aut pares factæ partes sunt, aut impares. pares sunt, Veluti si filius nascatur, heres esto ex femisse: vxor ex femisse. duobus filiis natis, singuli singulos trientes auferent, vxor tertium: quippe cum pares inter illos partes testator distribuerit. sin autem partes impares sint, veluti, filio bessem, vxori trientem: & duo filii nati sint, geometrica proportio sequenda erit: vt singulis filiis quaternæ, vxori binæ attribuantur. aut, vt in d.l. Clemes, ita quinque seruandæ partes erunt, vt filiis singulis binæ partes, vxori vna attribuantur. Quod si filia (vt in lege nostra) triens, vxori bes attributus sit: tunc duabus filiabus natis, singulis quadras dabitur, vxori semis: vel singulis binæ partes vxori quatuor. Operæpretium est autem Iurisconsultorum in Geometrica proportione reperienda obseruare: vt id cum vsus venerit, imitari possimus. Est autem arithmetorum præceptis consentaneum: quorum quadripartita est regula: primum, vt minimi cuiusque personæ numeri quærantur: velut in hac causa: filia superatur ab vxore duplo: à filio verò quadruplo. minimus ergo filia numerus est, 1. vxoris. 2. filii. 4. Tum deinde illi numeri coniungendi sunt: vt hic. 7. Postea per hunc coniunctum vniuersa summa (verbi gratia hereditas 28) partienda est. vt hic, septima pars totius summæ sunt. 4: quæ filia tribuanda sunt. Tum hic numerus per proximum vxoris numerum multiplicandus: vnde 8,

De proportione Geometria.

de 8, nascentur: quæ illi tribuenda sunt. postremo per filii numerum, vnde conficiuntur 16, quæ filii pars erit. Ita distributa erit hereditaria summa tota 28. Similiter in d.l. si ita scriptum, de hereditate instituit. vbi filia 12, postumo 9, postumæ 3, attributa erant: quia postumus triplo superat postumam, filia verò quadruplo, minimus postumæ numerus erit 1, postumi 3, filia 4: quam summam Africanus coniungens, efficit 8. Partiamur nunc hereditariam summam verbi gratia 80, in octo partes, octaua quæ postumæ debetur, erit, 10: quæ ex postumi numero multiplicata, triginta illi pariet: ex filia, quadraginta. Hæc igitur Iurisconsultorum obseruatio fuit, in qua proportio Geometrica inest: de qua scribit Aristoteles libro Ethic. v: cum illam definit æquitatem rationis quæ minimè in quatuor posita est: quippe cum & ea quæ distribuuntur, vt hereditas, diuidantur: & in quibus distribuendum est, vt coheredes. Tum deinde ita demonstrat. vt est A, ad B in linea, sic esto C ad D: pariterque vt est A ad C, sic B ad D. Ergo etiam totum cum toto comparabitur, distributioque id coniunget: & si ita inter se componantur recta erit coniunctio. ita extremi A cum extremo C, & extremi B cum extremo D. coniunctio, ius est quod in tribuendo versatur. Iniuria autem à proportione aliena atque auersa est. Qui locus vt planius intelligatur, constituitur in A smaragdus pretiosissimus: in B silex. tunc ducatur altera linea, & in C ponantur

16

3 tur

tur mille aurei, in D obolus. Post ratio ita ineatur: Vt est A ad B, sic C ad D: deiu si vt A est ad B, ita C ad D, necessario A est ad C, sicut B ad D. postremo vt est totū ad totū, ita altera pars totius ad alteram alterius, veluti vt est A C ad B D: ita & A ad B, & C ad D. Nunc vt ad Iuriscōsultorum nostrorum rationem redeamus, sumamus disciplinæ caussa illud Africani expeditissimū: & Testatoris distributionem proponamus: filiæ 12 postumo 9. Post Africani rationem subiungamus. filiæ, postumo 3. qui minimi sunt numeri. Ergo vt sunt 12 ad 9: sic 4 ad 3. dein si vt sunt 12 ad 9, ita 4 ad 3: necessario erūt 12 ad 4, sicut 9 ad 3. Postremo vt 12 & 4 ad 9 & 3, ita 12 ad 9, & 4 ad 3.

§. Regula.

Argumentum.

Cui libertas & hereditas simul relictæ sunt, ei neutra separatim eodem adimi testamento potest.

Regula est iuris Civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi seruo non posse, propter quam liber & heres esse iussus sit. Itaque quamuis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus & libertatem & hereditatem habebit.

COMMENTARIVS.

Hereditatem adimi. Mirifica profectò vtraque hæc consultatio est: An cui libertas & hereditas relictæ sunt, adimi ei alterutra separatim possit.

Nam

Nam si de necessariis heredibus agitur, vtrocunque casu intestati exitū dominus facturus est: cum siue hereditas adimatur, testatus sine herede dici non possit: siue libertas, obtinere seruus institutus hereditatem sine illa non possit. Itaque ne codicillis quidem adimi necessario heredi libertas potest. l. 6, in fin. D. de hered. insti. Totū igitur huic §. non modò incōsideratissimè à Triboniano sub hâc Rubricâ, quæ de liberis est, coniectum arbitror: verum etiâ corruptum ac deprauatum: neque posse de necessariis heredibus intelligi, sed de seruis vnâ cū aliis coheredibus adiecta libertate institutis: vt sensus sit, Quamuis defunctus intestati exitum non haberet, quippe qui alterum heredem instituerit: tamen cum libertas seruo relinquatur, cōstet autem libertatē ei seruo propter hereditatē datam fuisse, consentaneū videretur, vt hereditatē quoque pro sua parte retineat. Est enim argumentū ex cōsequentibus ad antecedētia: vt cui quid propter aliud conceditur, eidem illud ipsum necessario concedatur. l. 4, D. de penu legat. Tametsi enim si iuris rationē spectemus, libertas antecedit, tamen ex testatoris voluntate, de qua hic agitur, hereditas & principalis & antecedens est: libertas autem necessaria & consequens. non enim ei hereditas propter libertatē, sed cōtrâ, libertas propter hereditatē conceditur. quod cū re ipsa intelligitur, tum etiâ Iulianus his verbis ostendit: Propter quâ liber & heres esse visus est.

Quod

Quod cum ita sit, & verbum LIBERTATEM perperam inculatum arbitror, & pronomen EAM, interponendum: hoc modo: Itaque quamuis eam dominus ademerit eodem testamento, libertatem nihilominus & hereditatem habebit. Nam dubitare an cui seruo hereditas cum libertate relicta est, ei libertas adimi, hereditas vero relinqui possit, nisi forte seruus communis sit, nulla mihi quidem ratio videtur. De communi autem seruo dissimilis ratio est, uti patet ex l. 6, D. de hered. instit.

§ Testamentum.

COMMENTARIVS.

Quæ de exheredatione post mortem facta dicenda sunt, & omnino quæ ad hunc locum pertinent, exposita sunt in l. Gallus, §. in omnibus.

§ Siquis Lex XIIII. Si postumus.

COMMENTARIVS.

Hunc § & l. insequentem superius unam cum l. 3, exposuimus.

Lex XVI.

AFRICANVS libro quarto questionum.

Argumentum.

Filius præterito postumo institutus, eoque nondum nato mortuus si nepos ei substitutus sit, sui ius in eum transfert: sin minus hereditatem ab intestato. Item ut si conditioni sub qua institutus fuerat, non paruerit.

Si filius

Si filius heres institutus sit omisso postumo, filioque substitutus nepos ex eo sit: si interim moriatur filius postumo non nato, nepotem tam patri quam auo suum heredem futurum: quod si nemo filio substitutus sit, & solus ipse institutus sit: tunc quia eo tempore quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existat: sicut uenire solet, cum sub ea conditione qua in ipsius potestate erit, filius heres institutus, prius quam ei pareret moriatur.

COMMENTARIVS.

Interim postumo non nato. Id est interim dum postumi expectatur agnatio. Hec enim coniungenda sunt: non (ut ab aliis) disiungenda. Quod enim verba hæc POSTUMO NON NATO, quidam sic accipiunt, quasi interea dum hereditas adita non esset, filius decessisset, deinde postumus natus non fuisset: sanè cuiusmodi sententia futura sit, non dispicio. Nam si natus postumus non esset, ecquis nepoti controuersiam moueret? ecquæ dubitandi causa subesset, quin & suus & solus ex testamento futurus heres esset? Præterea utrum natus non est, quia conceptus non esset, an quia contigisset abortio? Si conceptus non erat, quid absurdius Africano, qui omissum postumum proposuit: si abortio contigit, ecquodnam hoc genus est dicendi, Postumo non nato: pro; Per abortionem extincto?

Nepotem, Lex est in XII tab. ut nepos, qui moriatur

t do

ad suus heres sit, ad cui hereditatem vnâ cū patre admittatur. l. 3, & l. 4, C. de suis & legit. §. cū filius, 6, & §. ult. de hered. quæ ab intest. Tam qui filium & ex eo nepotem, vxoremq; grauidam habebat, filium instituit, nepotem ei substituit: postumum præterit. Eo mortuo filius acquirere hereditatem non poterat: hoc est, nihilo magis quàm cum viuo testatore suus heres designatus erat. Nam quædiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. l. ventre, 84, De acq. hered. Tametsi aliud Iuris postea Theodosius introduxerit, per l. vn. C. qui aut apert. tab. Cum hic rerum status esset, moritur filius, cuius in locum nepos succedit. tandem agnoscitur postumus, & testamētū rumpit. querebatur an nepos hic ex lege xii tab. admitti posset. Et dubitandi causa hæc erat, quia cum aut mortis tempore præcederetur à filio, suus ei auo heres dici non poterat.

Tam patri quàm auo. Imo, Quàm Patri, tam auo. Nam de patre dubitari nō potuit. Itaq; locum hunc legendum arbitraretur.

Suum heredem. Enunt. Nepos filio substitutus agnascente postumo præterito, tã auo quàm patri, quasi suus heres succedit. l. 4, & l. 5, D. con. tab. Neq; est quod nostri querant, an quis duobus simul & vno tempore suus heres esse possit? Disceptatio enim ex Iuris & æquitatis cōtentione nascitur. Nā si iuris summi subtilitatē & acerbitem spectemus, nepos auo suus dici nō potest,

test, quippe quem pater mortis aut tempore antecederet. Sed quoniam iniqua est, eum qui de liberorum numero est, qui in familia & potestate aut natus est propter istam ^{iniquitatem} ab hereditate remouerit, & inedia laborare benignitas postulat, vt frater vt suus, saltē vt quasi suus, admittatur. Cuius æquitatis simillimā superius obseruauimus in l. si quis, 9, §. 1, hoc tit. l. si quis, 6, de iniust. test. l. scripto, 7, vnde libel. Neque obstat quod quauis in extraneis heredibus nō dū quaesita hereditas ad heredes eorū nō trāsmittatur, l. 3, & l. quoniam, C. de iur. de lib. tamen in filiis trāsmittitur. l. vn. C. qui aut ap. tab. præteritū cū in suis heredibus aditio non sit necessaria. Cum etiā eos quorum in potestate sunt, heredes sine aditione faciāt. l. qui in aliena, 6, §. 13, De acq. hered. Nā vt illud omittamus, quod iam ante monuimus, à Theodosio nouū illud ius inductū fuisse: respondendū est, hereditatē in hac causa propter incertū & ventris & testamenti euentū pependisse: ac propterea ne filio quidē familias acquiri potuisse. nā ex testati causa nō potuit: quippe cum propter postumi nascituri spem, de quo bene ominandū erat, testamentū penderet: neq; secundū tabulas peti: possessio potest ex intestati autē causa, nihilo magis: abortio enim cōtingere poterat, quæ testamentū nō rumpit. l. qui mortui, De verb. sig. Multo minus obstat quod dicitur vulgatē substitutionē facere de necessario voluntariū, & existentia sui he

redis impedire. l. Julianus, D. si omiff. cauff. test. l. si filius qui patri, 12, De vul. & pupill. ac proinde non filiū hunc suū heredē auo fuisse: sed potius nepotē ipsum, idēq; directo: Tū enim illi sententiæ locus est, cum exitū vulgaris habet substitutio. At in hac caussa per testamēti ructionē euauit. Præterea nihil hoc ad nepotis Suiatē (de qua nunc agimus) impediendum attinet. Quod autem nonnulli verba hæc, POSTVMO NON NATAO, ad insequētia referebāt, & sic interpretabatur, quasi natus re vera postumus non fuisset, mihi permirū videtur. primū, quia non satis cōsideratē Africanus in hypothesi posuisset præteritum postumū fuisse. nō enim dixit, vt Papi-nianus, VENTRE PRÆTERITO: sed, POSTVMO. Præteriti autē nō dicuntur, qui nō sunt. Deinde si postumus natus non esset, vnde tandē huic nepoti controuersia nasceretur? ecquā dubitādi caussa subesset, quin ex testamēto solus hereditatē obrineret? POSTVMO AVTEM NON NATAO, sic accipere, quasi dixisset, Abortione extincto, nulla ratio est.

Certum esse incipit. Quia præter filiū nemo supererat, qui testamentū sustineret: quippe cum substitutus nepos hoc casu nō esset. Quare filio moriente testamentum intercidit. At superiore casu dici hoc non poterat: supererat enim nepos, qui filio moriente testamētum sustinebat.

Ipsē filius. Seq. II, Filius qui & nepote & postumo omiffis, heres institutus ante postumi agnatio

nationem moritur, patri ab intestato successisse intelligitur. Vt iā nepos non est sua psona, sicut in superiore casu, sed ex patris psona ius querat. Cuius discriminis ratio inuestiganda est: qua de caussa nepotem hunc nō vt superiorē dicamus, Auo quasi suū heredem existere, & ex XII tab. vnā cū patruo succedere. Ergo intelligendū est, dici quidē hoc posse verissimè: tā enim nepotem hunc, quā superiorē Auo quasi suū heredem esse: sed vbi directo iuri locus est: nihil opus esse ad indirectū confugere. Vsq; adeo autē directo iuri locus est, hoc est, vsque adeo verū est, filium hunc ab intestato suū successisse, vt etiam si non nepotem, sed alienissimū sibi heredē haberet, tamen in eū ius suum trāsmitteret. Ius autem suū intelligimus Decreti petendi, hoc est, decretalis bonorum possessionis cōtra tabulas: vt patet ex l. 5, D. cōt. tab. & l. ventre, 84, De acq. hered. vnde intelligitur Disceptationes istas ex iuris & æquitatis contentione natas esse: cum ita scribitur, NONNE INIQUVM EST, Item, Nō est iniquū præterem decernere heredibus eorū saluum fore cōmodum bonorū possessionis. Nō igitur filius hereditatem non aditā in nepotem hunc transmittere dicitur. Primum quia natum istud Ius Africani tempore non erat: vt superius diximus: deinde quia quod hic dicitur de nepote. idem etiā in alienissimo locum obtinet.

Sicut euenire. Seq. III, Filius sub potestatiua cōditione heres institutus, si non impleta con-

ditione moriatur, patri ab intestato succedere intelligitur. l. vlt. D. de cond. inst. vbi Papinianus scribit, filiū sub ea cōditione institutū, quę mortis tempore impleri non possit (siquidē substitutum non habeat) videri dū moritur, legitimū patri heredē extitisse. Qua ex Papiniani disputatione relinqui videtur, locū hunc non de quauis potestatiua generaliter intelligendū, sed restrictē de ea quę mortis tempore impleri nō potest. Quod tamen, verē vt dicā, mihi non probatur. quia cū æqui & boni ratio in hac causā dominetur, tota illa subtilitas qua dicimus dandi cōditionē à defuncto mortis tempore impletā videri, repudianda est. An nō enim in quę illa subtilitate argutaremur, cū filius eā conditionem impleuerit, non posse videri ex intestato heredē dum moritur fuisse? Nā istę subtilitates quę heredū adiutorū causā excogitatae sunt, conuerſi in liberorū odium nō debent. Vtravis igitur potestatiua illa conditio fuerit, filius ex æquo & bono iudicāndus est legitimus heres auctoris fuisse, nō quidē verē & re ipsa. quia quādiu rūpi testamentū potest, non defertur ex testamēto hereditas: sed propter petēdi Decreti ius, quod cū ei competeret, ad nepotē quoque transmissum benignē iudicatur, ex d. l. 5, D. cont. tab. & l. ventre, 84, De acq. hered. Vbi Papinianus ait, si ventre pleno sit mulier, iniquū fore interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil, & ideo decreto filio succurrandum esse.

Lex

Lex XVII.

FLORENTINVS libro decimo Institutionum.
Filiū etiam hoc modo exheredantur: Filius exheres sit, filius exheres erit.

COMMENTARIVS.

Cū in omnibus testamenti partibus verborum solemniū obseruatio summa fuit, tum verò vel maxime in liberorū exheredationibus, quę propter odiū semper à Iurisconsultis ad exactū iudicium reuocatae sunt. Cuius rei vel hic locus argumento est. Nā Ulpianus cap. Inst. xxi. Formulam hanc institutionis probatam esse ait: Ille heres sit, pro ESTO. nunc Florentinus significat dubitatū fuisse, an illa exheredationis formula, Exheres sit, admittēda esset. Romæ autē vbi Latinae formulæ vsurpabantur, huiusmodi disputationibus locus fuit. At Constantinus eas in Græcia sustulit. l. Quoniā, C. de testam. qua ex re de hac disciplina nostra, quę non parua ex parte formulis cōstitit, coniecturā facere possumus.

Lex XVIII.

ULPIANVS libro quinquagesimo septimo

ad edictum.

Argumentum.

Exheredatio non modo incommodandi, sed etiam commodandi causa fieri potest.

Multi non nota causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus: eis que fidei commissam hereditatem dant.

COMMENTARIVS.

Vt emancipatio, sic etiam exheredatio, quarum

Qui mortis tempore proximū in familia gradū obtinet: Arrogatus contra diserebat: Imo qui de late hereditatis tempore. Hereditas autē sub conditione relicta non ante ipsius euentū deferri, quo tempore nullū in familia locū institutus obtinet. Sic in l. scripto, 7, D. unde lib. l. si quis, 9, §. si supra eod. l. si quis, 6, D. de inst. rupt. demonstratū est; Sui iudici, vel potius quasi sui, quid elata hereditatis tempore proximū gradū obtinebat. Obicitur l. 6, §. interdū, De acq. hered. & l. filius patroni, De bon. libert. ubi filius ex hereditate, ac proinde non suus (nam ex hereditatio suam extinguit l. 1, §. post suos, De suis & legit.) tamen propter nepotis institutionē necessarius heres efficitur. Ergo intelligendū est, non ut qui suus est, idē etiam necessarius est: ita vicissim, qui necessarius est, eundē cōtinuō suū esse. Non enim haec negiprocantur. Id quod vel ex eo apparet, quia frater fratri impuberi substitutus, necessarius heres ei sit. l. 3, §. ult. D. de her. inst. Cuius disputatio etsi primo aspectu nobis contraria videtur, tamen iccirco consentanea est, quia non ut hic hereditatis delatio, vsque ad conditionis euentum, sic ibi vsque ad tabularū aperturam differtur. Iam enim à mortis tempore hereditas delata erat. quoniam ergo duo illa tempora concurrunt, sicuti ab initio necessarius heres fuit, ita etiam permanfit.

Lex XXI.

POMPONIUS libro secundo ad

Quintum

Quintum Mucium: I

Argumentum.

Posterior testatoris voluntas sequenda est.
 Si filium nominatim exheredauero, & cum postea heredem instituero, heres erit.

COMMENTARIUS.

SVI R A T I E M M O

Testamentū ex postrema ipsius scriptura ceterur: hoc est, ea demum iusta dicitur sententia voluntatis nostrae, quae postrema reperitur: ut in definitione testamenti docuimus. Itaque siue filius ab initio exheres factus, postea heres fiat: siue contra heres ab initio factus, exheres esse iubeatur: ea testatoris voluntas cesebitur, quae nominissima reperietur. l. si quis cum, 16, D. de vulg. l. Diu. 8, §. licet, De iure Codicill. l. si quis, 22, De legat. tertio. Disceptatio ex contrarie scriptis nata est. Cuius exemplū extat in l. si ita scriptū, 47, De hered. instit. l. Sticus, 2, D. de manumiss. test.

Lex XXII. cum L. XXIV.

TERENTIUS Clemens libro septimodecimo ad legem Iuliam & Papiam.

Argumentum.

Postumus sub conditione institutus, si ante ipsius euentum nascatur, rumpitur: si postea, non rumpitur.

Lex XXIII.

Cum postumus sub conditione instituitur, si prius quam nascatur, conditio extiterit: non rumpitur testamentum postumi agnatione.

v 2 Lex

Paulus libro nono Quaestionum.

*Postuma sub conditione heres instituta, si pēden-
te conditione vivo patre nascatur, rumpit testa-
mentum.*

COMMENTARIUS.

Sub conditione. Fortuita aut mixta ponitur e-
nim ante ipsum natum accidisse:
Non rumpitur. Disceptatio nascitur ex iuris
& æquitatis contentione. Ius summum est, ut fi-
lius sub conditione fortuita institutus, nisi in e-
ius defectum exheredetur, in illum casum præ-
teritus videatur. l. 4, D. de her. instit. & l. 4, C. de
Instit. & subst. Itaque postumus hic in casum o-
missum præteritus videbatur: sed cum eo tēpo-
re quo nascitur institutus reperitur, & alter ca-
sus iam ex rerum natura sublatus sit, æquitatis
ratio postulavit, ut pro plena hæc institutio ha-
beatur, quod illi regulæ consentaneum est, qua
dicebatur, Institutiones benigne interpretandas
esse. Quod cum ita sit, Exheredationum autem
contraria ratio sit, non dubitandum putarem,
quin si exheres hic postumus scriptus fuisset,
quamvis post conditionis euentum nasceretur,
testamentum rumpere: quasi in casum omissum
hoc est, in defectum conditionis, præteritus.

Postuma rumpit. Ex iure summo: quia in

casum

casum omissum præterita cencetur: neque, ut in
superiore consultatione, casus ille omissus, hoc
est, deficientis cōditionis, peremptus est. ut iam
dici non possit, eam quo tempore nascitur re-
periri institutam: potest enim casus omissus
accidere. Ius autem hac in causa iccirco ser-
uatur, quia præteritio odiosa est: & si conditio
deficeret, præterita postuma reperierur.

Vivo patre. Hoc quorsum additum sit, non
intelligo. Nam quin idem Iuris sit, si patre mor-
tuo pendente conditione nascatur, dubitandi
causam non video: cum eadem hic ratio, quæ
in superiore casu, locum habeat.

Lex XXIII.

PAPINIANVS libro duodecimo Quaestionum.

Argumentum.

Non si filius exheredatus iterum post emancipationem, vel
in nepotis locum à patre arrogetur, iccirco tamen minus exhe-
redatus cencetur. alia est enim veri patris, alia extranei adoptio-
nis ratio.

*Filio quem pater post emancipationem à se factã
iterum arrogavit, exheredationem antea scriptam
nocere dixi. Nam in omni ferè iure sic observari con-
uenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam in-
telligatur: ne imagine nature veritas adumbretur:
videlicet quod non translatus, sed redditus vi-
deretur: nec multumputo referre, quod ad propo-
situm attinet, quod loco nepotis filium exheredatum
pater arrogavit.*

Antea scriptam. Cùm primum istud legi, ex Latini sermonis ratione locū sic intellexi, quasi exheredatio ante emancipationem facta fuisset. Simul accedebat, quòd exheredatio in emancipato res inepta videtur: item vt in extraneo. I. quidam, D. de verb. oblig. Sed postea adnima- uerti Vlpianū in l. nō putauit, 8, §. Si quis emāci. D. cont. tab. locum hunc Papiniani commemo- rantem, ita quæstionem tractare, vt exhereda- tio post emancipationem facta sit. Vt cunq; au- tem sit, etsi Papiniani auctoritas permagna est, tamē hoc scrupuli subest: primum quòd filii ex- heredatio, quæ inuisa & odiosa est, hoc loco in- terpretatione & argutiis adiuuatur, contra l. cū quidam, supra eod. Deinde quòd adoptio, quā- si agnatio sui heredis, testamētum ante factum rumpit. l. i, infra. tit. prox. Vnde etiam extranei adoptio exheredationem ante factā extingue- ret. d. l. nō putauit. Tertiò, quòd si extraneo post modum arrogato nocere exheredatio ante fa- cta nō debet, multo minus admittēdū videtur, vt filio noceat. Sed paulò explicatius tota hæc quæstio tractanda est. Ac primum de institutio- ne videndum: de qua & noster hic proximo §, & Scæuola in l. si qui heres, 18, infra. tit. prox. ita disputat, vt institutio extranei in eo postea arro- gato valeat. Quod meo iudicio ad similitudinē legis Velleæ admissum est. Nam cū Vellea lex eos qui nondū sui erant, sed futuri sperabatur, institui

institui permiserit: iuris similitudine inductum istud arbitror, vt institutio extranei, in eodē po- stea Suiatē adepto valeret. Ex quo intelligitur, disceptationem hanc ex Iuris scripti & non scri- pti contentione natam fuisse. Atque hæc quidē de institutione dicta sint: cuius dissimilē ab Ex- heredatione esse rationē proximè dictū est, in d. l. cū quidā: vt illa benigna interpretatione adiuuetur, hæc verò quoad facultas feret, repu- dietur. Quod Iurisconsultorum institutū supra identidē retineri vidimus. Itaq; Exheredationē in extraneo factā, eidē postea arrogato non no- cere, dictum est. Sed Papiniani disputationē au- diamus, Quoniā, inquit, veri patris adoptiuus fi- lius nunquā intelligitur: sed iura naturalia in eo præualent. Quibus verbis, vt opinor, significat, filio ius suum per arrogationē non redintegra- ri: hoc est, Suiatē integrā non recuperari: sed ta- lē redire per arrogationem, qualis antea fuerat. Quoniam, ait, Si Suiatē per hāc arrogationē adipisceretur, cōsequeretur, vt veritatē imago adūbraret: hoc est, vt fictio veritatem obrueret: quasi consentaneum non sit, cum qui natura & veritate filius est, iā nō ex natura sed ex fictione filium haberi: & suum in hac familia dici iā non ex natura, sed ex fictione: quasi potētior esset fi- ctio, veritate. Qua disputatione, vt nihil argu- tius ac subtilius excogitari potest: ita difficile di- ctū est, non illud concludi, Filii exheredationē Papiniani interpretatione & argutiis adiuuari.

Sed

Sed redditus. Vtrum hoc significat, Eodem in statu, iure & qualitate redditus, qua in emancipationis statu erat: an potius: Non translatione in familiam filius illius familias factus, sed in pristinam & suam familiam restitutus: vt non ex nouo fictionis iure filiusfa. habeatur, sed ex naturæ & veritate? Verum vtrocunq; modo, siue nouum ius filii fa. adeptus sit, siue pristinū recuperarit, tamen Sui tatem integram obtinet: ac proinde apparet, eum qui suus est, quo tempore suus fuit, præteritum in testamento fuisse.

Loco nepotis. Obiectio fuit, in illud quod dixit, REDDITVM: & qualis antea fuerat talem reuersum. Cùm enim non in filii, sed in nepotis locum arrogatus esset, nō pristinū, sed nouum ius adeptus videbatur. Præterea si testamentum propter filii fa. præteritionem non vitaretur: at certè vt nepos præteritus accrescendi ius haberet. In quo summam video æquitatem: Papinia autem subtilitate exheredationem adiuuari.

§. *Si Titius.*

Institutio extranei in eodē postea arrogato valet. l. si qui heres, 18, infra. tit. pro x. Cuius rei æquitas superius exposita est.

LEX XXIV.

CAPVT hoc sub l. x x i interpretati sumus.

Lex XXV.

PAVLVS libro duodecimo Responsorum.

Argumen

Argumentum.

Qui extraneum instituens, addit se ceteros filios exheredare, vnum quem se habere scit, rectè exheredat: alterum quem nescit, non rectè.

Titius testamento heredem instituit, & filium habens sic exheredationem posuit: Ceteri omnes filij filia que mea exheredes sunt. Paulus respondit, filium rectè exheredatum videri. postea consultus an videatur exheredatus quem pater putauit decessisse, respondit, filios & filias nominatim exheredatos proponi: de errore autem patris, qui intercessisse proponitur, apud Iudicem agi oportere.

COMMENTARIVS.

Nominatim exheredatos. Ergo hac formula Ceteri filii exheredes sunt: filii nominatim appellati videntur. at illa præcisa, Ceteri exheredes sunt: non videntur: vt in l. i. docuimus.

Apud iudicem. Apud Centumuiros: ad quos de inofficioso testamento ager filius: quippe ciuilibus verbis exheredatus. Vt facile appareat deceptionem ex scripti & sententiæ contentione natam, iuris & æquitatis ratione amplificari. Nam ex scripto ius summum heres institutus vrgebat: què disertis & ciuilibus verbis rite exheredatum cōstabat: filius verò ex sententia ita pugnabat, vt eam Iuri anteponendam ex æquitatis ratione defederet. quia testator verba Ex-

x hereda

heredationis pronuntians de illo non senserat: sed de cæteris duntaxat. Similiter Vlpianus in l. si instituta, 27. D. de inoff. test. cum mater filium mortuum existimans, eum præterisset, tamen si matris præteritio, pro exheredatione numeretur, tamen dandam inofficiosi querelâ respōdit.

Lucius.
Argumentum.

Quem testator in vtero esse putans, cum iam editus esset, heredem instituit, is cum eodem die natus esset, iure institutus est.

Lucius Titius cum suprema sua ordinaret in ciuitate, & haberet neptem ex filia pregnantem ru-reagentem: scripsit id quod in vtero haberet, ex parte heredem, quæro cum ipsa die qua Titius ordinaret testamentum in ciuitate, hora diei sexta, eodem die albescere celo rure sit enixa Mauiam masculum, an institutio heredis valeat, cum quo tempore scriberetur testamentum, iam edictus esset partus. Paulus respondit, verba quidem testamenti ad eum pro nepotem directa videri, qui post testamentum factum nasceretur. Sed si ut proponitur, eadem die qua testamentum factum est, neptis testatoris antequam testamentum scriberetur enixa esset, licet ignorante testatore, tamē institutionem iure factam videri, recte responderi.

COMMENTARIVS.

Neptem ex filia. De postumo ergo alieno hic agitur:

agitur: cui heredi instituto cum ius Ciuile deesset, bonorum possessionem Prætor addicebat. §. 1. de bon. poss.

Id quod in vtero haberet. Vnde nata disceptatio est: cum scripta hoc aduersarius vrgeret: Pronepos verò sententiam: quasi de eo partu testator sine dubio sensisset. Vt autem superiore, sic etiam hoc casu æquitas ratione disputatio amplificatur. Nam aduersus Iuris summi & scripti argutias æquitas sententiæ & exploratæ voluntatis pugnat.

Hora diei sexta. Meridie.

Albescere celo. Prima luce. Cæsar lib. de bello ciuili. 1. Cæsar exploratis regionibus albente celo omnes copias educit.

Verba quidem. Quod in vtero haberet.

Eadem die. Quasi eadem dies pro momento computetur. quid igitur si eadem quidem dies fuisset, sed non naturalis, verum ciuilis. hoc est, enixa hæc mulier fuisset ante diluculum post sextam superioris noctis horam? Sane Paulus aliud se reponfurum facile significat: sed cum de testatoris voluntate constet, putarem istas de testandas, & ut cordatis viris indignas, repudiandas esse.

Lex. XXVIII.

Tryphonius libro vicesimo disputacionum.

Argumentum.

Filius a. pendente fortuita institutionis, exheredationisque conditione decedens, heres ab intestato est.

Filius à patre cuius in potestate est, sub conditione quæ non est in ipsius potestate, heres institutus, & in defectum conditionis exheredatus, decessit pèdente etiam tunc conditione tam institutionis quam exheredationis. dixit heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum viuit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit, herede autem scripto ex parte filii, coheres post mortem filii institui potest.

COMMENTARIVS.

Et in defectum. Id quod necessarium fuit. l. iam dubitari, 86, D. de hered. inst. & l. 4, C. de impub. & al. subst. vnde prima Enuntiatio sumi potest: Filiam fa. rectè sub fortuita conditione institui, si modo in eius defectum exheredetur. De potestua vide l. 4, D. de hered. instit. De vtraq. l. libertus, 20, §. existimo, D. de bonis liber.

Ab intestato. Id est, iniustum testamentum esse: vt pote in quo non rectè exheredatus sit filius.

Dum viuit. Hoc significat: sed post mortem suam exheredatus est, quæ exheredationis formula improbat. l. 4, in fin. infra, de hered. instit. l. si ita scriptum, 13, in fin. supra eod.

Ab intestato mortui. Seq. II, Filius fa. pèdente institutionis exheredationisue fortuita conditione mortuus, ab intestato heres est. Disceptatio autè ex scripti & sèrētiae cõtentione nascitur: vt intètio sit: Non rectè exheredatus est. D. Imo rectè.

Q. Rectè an fecus. **R.** Quia iustus est exheres

res esse, si se, nauis nō veniret: Ipso autè viuo nō venit. Ergo ita exheres est, quali scriptū esset, Si eo viuo nauis nō venerit. F. Imo cū tēpus nullū præfinitum sit indefinitè intelligendum est, siue viuo, siue mortuo eo conditio deficiat. Cū igitur conditio non nisi post mortem defecerit exheredatio post mortem collata, ac proinde non rectè concepta intelligitur. Nam exheredatio non ritè concepta pro præteritione numeratur. Nam igitur per se & simpliciter hæc institutionis exheredationisue formula improbat: sed ex euentu & per accidens. Nam si conditio vel moriēte filio extitisset, improbata formula fuisset. Sed in causâ positum à Tryphonino est, filium pendente conditione decessisse. Quare disputatio l. vlt. D. de cond. inst. in qua agitur de conditione dandi quæ moriendi momento impleri potest, nihil ad hunc locum pertinet.

Herede autem. Hanc appendiculam ineptissimè Tribonianus reliquit. Nam ad proximam disputationem non nisi casu quodam & (vt vulgo loquimur) ex incidēti pertinet. Sed cūm Tryphoninus sermonem instituisset de institutionibus & exheredationibus post mortem collatis, eamque variè & copiosè tractaret, partē quoque hanc subiunxit: Quamuis neque heres quis post suam mortem institui possit: l. extraneum, C. de impub. neque heres heredi attribui, iure directo, & sine fidei commisso: §. vlt. de pup. subst. tamen potest quis post heredis ex parte scripti

mortem, ei coheres attribui. Quod (vt opinor) sic intelligendum est, vt filius ex sua duntaxat parte heres sit: interea tamē vniuersa hereditate fruatur: suamque partem moriens ad heredes suos transmittat. Coheredi autem sibi ascripto, partem attributā solidā relinquat. Obstat tamē quod hereditas ex die relinqui non potest: l. hereditas, 34, D. de hered. inst. Itaque quod tū hoc loco, tum etiā in l. qui filio, 38, eod. traditur, meo iudicio ex bono & æquo contra Iuris summi rationem in testamēti fauorem receptū est: & disceptatio in hac caussa ex illo fonte deducta.

§. *Filius familias.* 1.

Argumentum.

Qui aui morte in patris delabitur potestatem, testamentū ante factum, si præteritus fuerat, rumpit. sin autē institutus, aut exheredatus nequaquam.

Filius fa. miles de castrensi peculio fecit testamentum, habēs filiū in eiusdem potestate: cum militare desisset, patre eodemque auo defuncto: quesitū est an rumpetur eius testamentū. Nō quidē adoptauit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede, vltior successit in proximū locum: sed tamen in potestate sua habere coepit quem non habebat: simulque pater factus est, & filius sub eius recidit potestatem. rumpetur ergo testamentum. sed si heres sit institutus, vlexheredatus iste eius filius, non rumpitur: quia nullo circa eū nouo factō, sed ordine quodā naturali nactus est potestatem.

COM-

COMMENTARIVS.

Fecit testamentum. Non more militari, sed iure cōmuni. alioqui cū hic testator militare de fierit, nihilominus instituto exheredatōue filio, testamentum interci deret. Nam militare testamentum paganitate rumpitur. l. quod constitutum, 21, & l. si filius, 33, §. sed siquidem, D. de test. mil. In quo cū huius legis difficultas posita sit: tamen mirum est id ab aliis omnibus obseruatum non fuisse.

Militare desisset. Non tantū missionem impetrasset, sed planè paganus factus esset. Nam intra annū missionis militare testamentum valet. l. quod dicitur, 38, D. de test. mil.

An rumpetur. Propter veterem regulam, qua dicebatur, ademptione Suitatis testamētum rumpi. cuius exēpla quinque Vlpianus exponit cap. Inst. x x i i i. Agnationem, Adoptionem, In manum conuētionem, Successionem in locum sui heredis, & Manumissionem. Hic enim sexta species proponitur: cū aui morte nepos Suitatem in filii familia consequitur. sed cū hic casus rarus sit, & ad castrense tantū peculium pertineat, nulla eius propemodum ratio ducitur.

Non quidem adoptauit. Hoc quorsum pertineat, ingenuè fateor me nō intelligere. Nam vt maximè adoptarit, tamen eadem adhibenda erit distinctio: Vtrumne præteritus an exheredatus fuerit. l. filio, 23, §. vlt. suprā eod. & l. si qui heres, 18, infrā tit. prox. quod idem in agnatione & suc-

successione iuris esse, post legē quidē Velleam, nemo ignorat. Nam Suiatē adipiscens, si præteritus fuerat, rumpit: sin minus non rumpit: quorū sum ergo ista ratiocinatio?

Et filius sub eius. Particula hæc redundat. nam sub prima comprehensa est.

Rumpetur ergo. Quod nam hoc conclusionis genus est: quasi Suiatē adeptio testamentū ante factum omnimodo rumpat: cum satis cōstet, nisi admissa præteritio sit, non rumpi.

Sed si heres. Ergo si præteritus esset, rumperet neque obstat, quod testatoris militis præteritio pro exheredatione valet: partim quia testator hic militare desit: vnde illud priuilegiū cessat: partim, quia (vt superius diximus) oportet non more militari, sed iure communi testamentum hoc factum fuisse.

Si heres institutus. At in omnibus superioribus Suiatē adipiscendæ generibus, idem omnino iuris fuit.

Nulla circa eum nouo facto. Genus sermonis Tryphoniticum: hoc est, hominis Græcè quam Latinè doctioris. Sed vt verba omittamus, rem spectemus: equanā ista rationis subiūctio est? cum apertissimè duo noua circa eum facta constet. Nam & in potestatem testatoris venit, qui antea non erat: & Suiatē adeptus est, qui prius non habebat. Vnde Vlp. in l. si filius, 33, in fine. D. de test. mil. liquido scribit, filium hunc testatori nouū nunc primum heredem agnasci. Plus ergo

ergo noui in huius nepotis persona, quam in eius qui successione auo suus factus est, accidit. Nam is antea in potestate & manu aui erat. Non igitur ob eam causam non rumpit, quia nihil in eius persona noui contigit: sed quia institutus reperitur, quem institutū oportuit. Deniq; vt superius in l. filio, 23, docuimus: ius istud ex similitudine legis Velleæ inductum est, vt rectè instituerentur exheredarenturque ii, qui sui heredes nondum erant: sed postea sui quoquo modo facti sunt. modos autē superius sex enumerauimus. Quanquam ecce alia reuertens ratio. Iam enim animaduerto, verba hæc CIRCA EVM, ad testatorē pertinere. Verum in hoc vis nulla est. Nā & paterfamilias factus est, qui non erat: & suum heredem habere cœpit, qui antea non habebat. Vtrocunq; igitur modo, noui quid in ipsius persona factum est. Duplex autem aduersus hanc legem grauis obiectio est: quarū tamen vtranque nostri summo silentio prætereunt. Prior hæc est, quod militare testamentum paganitate rumpitur. Altera quod filiorumfam. de castrensi peculio testamentum ad alias res non pertinet. l. ex militari, 11, & l. miles, 12, D. de test. mil. Atque ob eam causam absurdè quæri videbatur, an huius nepotis exheredatio etiā in aui bonis valeret. Ergo respondendum est, testamentum istud à milite quidem, sed non militari more, verum communi iure factum fuisse. cuiusmodi testamēta neque paganitate rumpuntur,

tur, & ad cætera bona omnia valent.

§. *Si quis ex certa.*

Hac de re superius in fine l. si quis postumos, 9, satis abundè explicatum arbitramur.

§. *Si quis eo.*

Argumentum.

Nasciturus ex ea quæ testamenti tempore testatoris vxor esse non poterat, sed vt aliquando posset spes erat, rectè instituitur.

Si quis eo tempore quo nondum eius vxor esse posset, testator natum ex ea scripsit heredem: an postea contracto licito matrimonio natus, heres ex testamento esse possit, queritur: veluti si scribas hodie heredem, qui tibi ex Titia natus erit: quando Titia ancilla, vel minor annis viginti quinque ea cuius pater tuus tutelam administravit, aut tutor tuus ipse fuisti. Postea Titia vxor iusta tibi fuerit, vel libertatem adeptam, aut tempore annorum viginti quinque, & utilis anni, & rationum allegatione: annatus heres esse possit? nemo certè dubitabit, ex Titia quæ tunc propter tenorem ætatis vxor duci non potuit, quando testamentum fiebat, natum postea ea vxore ducta, heredem esse posse. Et generaliter nato post testamentum herede scripto, aditus est ad hereditatem, in qualicumque statu testamenti faciendi tempore fuit, quæ postea testatori civiliter nupta est.

COM-

Natum ex ea. Pro, Nasciturum. De postumis intelligit, vtriusque generis: sed præsertim de Velleianis.

Tempore annorum. Vide l. si patris, 6, C. de interd. mat. l. non est, 66, D. de ritu nupt.

Utilis anni. Quo in integrum restitutio peti potest.

Tenorem ætatis. Tryphoninica locutio, pro, Teneritatem ætatis.

Heredem esse. Disceptatio ex scripto & sententia nata est. Scriptum erat ex illo Iurisconf. placito: de quo in l. 4, supra eod. Ius est omni masculo, postumum suum heredem instituere, siue is maritus sit, siue nondum vxorem duxerit. Nam hanc particulam, Nondum vxorem duxerit, ita interpretabantur, Quam tum habere in matrimonio potuisset. Aduersarii contra, quòd indefinite scriptum erat, indefinite accipiendū disputabant.

§. *Quid autem.*

Argumentum.

Partes pluribus postumis attributz, vni agnato debentur omnes.

Quid autem si filium post testamentum natum ex beffe, filiam autem post testamentum natam ex triente scripsit heredem, nec vllum coheredem dedit nec substituit inuicem alium? vnus natus solus ex testamento fit heres.

y 2 COM-

Post testamentum natum. Pro Nasciturum, vt supra prox. §. Sed absurdum est hanc quæstionem ita ieiunè atque exciliter tractare. quapropter coniungenda erit l. Clemens, 81, D. de hered. instit. Porro illud peruulgatum est, eum qui certæ rei heres instituitur, coherede nõ dato, bonorum omnium hereditatem obtinere. l. coheredi, 41, D. de vulg. subst.

Nec ullum coheredem. Quod videtur propter Iuliani disputationem adiunxisse: de qua in l. si ita scriptum, 13, supra eod. Tum enim vno agnato postumo, tamen as expletus est.

Lex Gallus, XXIX.

Huius l. interpretationem in commentario sex legum obscurissimarum posuimus: quem commentarium idem hic Typographus edidit.

Lex XXX.

GAIVS libro septimo decimo ad
Edictum prouinciale.

Argumentum.

Filii, qui in potestate est, præteritio testamentum vitiat.

Inter

Inter cetera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis vel exheredandis: ne præteritis istis rumpatur testamentum. nanque filio qui in potestate est præterito, inutile est testamentum.

COMMENTARIVS.

Rumpatur. Imo, Vitietur. vt l. 1, infra tit. prox. Verum hæ verborum proprietates disciplinæ causa obseruantur. §. 3, Quib. mod. test. inf. sed quæri potest cum ipso iure heredes sint, quorum ita præcisè exigatur, vt à patre instituantur. Respondendum est, Ius istud à Iurisconsultis inductum fuisse: qui obliuione præteritos filios interpretabantur.

Qui in potestate. At emancipati præteriri iure Ciuili poterant, prætor tamen eis præteritis bonorum possessionem contra tabulas detulit: Exheredatis non detulit. l. non putauit, 8, D. cõt. tab. sed inofficiosi querelam reliquit. l. si post mortem, 10, §. Exheredati. eod.

Lex XXXI.

PAVLVS libro secundo ad Sabinum.

Argumentum.

Filii captiui præteritio testamentum rumpit.

Dum apud hostes est filius, pater iure fecit testamentum, & rectè eum præterit: cum si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum.

Cautius est filium, quamuis hostium feruum, instituere, aut exheredare. Nam si ibi decedat, nihil ea res nocet. sin redeat, præteritus rumpe- ret. l. illa institutio, 32, §. D. de here. inst. l. si quis, 9, §. 1, supra eod. l. si quis, 6, §. sed si pater, infra tit. 1.

Lex vlt.

MARCIANVS, libro secundo Regularum.

Argumentum.

Si suus exheredato emancipato prætereatur, frustra contra tabulas petetur: sed vterque ab intestato veniet.

Si filio emancipato exheredato, is qui in potestate est præteritus sit: ipse quidem emancipatus si contra tabulas petat, nihil agit; ab intestato autem & suus & emancipatus venient.

COMMENTARIVS.

Nihil agit. Quia eius testamenti in quo suus præteritus est, tabulæ nullæ sunt. Contra tabulas autem quæ datur, datur contra testamentum, contra lignum.

Ab intestato. Vnde liberi: vt Vlpianus hanc eandem causam tractans, scribit in l. 1, §. vlt. D. vnde lib. vbi causam ascribit, quasi nullas pater tabulas reliquisset. Vnde intelligitur Disceptionem ex contrariè scriptis natam esse: quorum alterum est, Emancipato exheredato que-
relam

relam inofficiosi dari. l. si post mortem, 10, §. exheredati, D. contr. tab. Alterum, Eius nullas esse tabulas qui suum heredem præterierit. Quod autem ex hac l. & d. §. vlt. l. 1, D. secund. tab. nonnulli argutantur, clausulam contra tab. ad rescindendum tantummodo testamentum valere, ad bonorum autem possessionem petendam non valere, sed ex clausula Vnde liberi, eam petiti: planè nugatorium est. Nam & ex decem clausulis quibus bonorum possessio conceditur, Contra tabulas, secunda est: & Vnde liberi, ex causa intestati datur: illa ex testati. Denique hæc nunquam nisi cum testamenti tabulæ nullæ sunt, conceditur: vt Rubrica ipsa denuntiat. & Vlp. in l. 1, §. 1, D. Vnde lib. sic loquitur: Ita posse eam bonorum possessionem competere, si neque secundum tabulas, neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit. Neque aduersatur l. filium, 20, D. cont. tab. quasi qui emancipatus præteritus clausula contra tabulas satis tutus esset, tamè ex clausula Vnde liberi possessionem petat. Nam Iulianus non in emancipati gratiam id induxit, cui satis per cōtra tabulas cautum erat: sed contra iuris summi rationem ex æquo & bono in filiis. fauorem ita disputauit: ne (vt ipse ait) testamentum per omnia irritum, ad solam exheredationis notam profecisse videatur.

FINIS.

*Errata grauiora sic corrigito. nam leuiora qua
innumerabilia sunt. omisimus.*

Pag. 12. partem aliquam exegerit. pag. 13. xiiii. horis. Kal. pro. post sex-
tam. pag. 14. Imo ratum & iustum est. pag. 15. testamento facto contingēs.
pag. 20. Deportatio caput minuit. pag. 22. secus existimandum sit. pag. 31.
Extat autem. pag. 34. particula illa ERGO indicari videtur. Superiora autē.
pag. 35. vbi docetur. regulam. pag. 52. relinqui poterat. pag. 59. Cuiusmodi
alienationes. pag. 61. in testium conditione mutationem vitarentur. in
ceteris admitteretur? pag. 62. signo siue sculptura. pag. 68. vbi tamen Vlpia-
nus. pag. 98. interpretatione non adiuuari. pag. 107. nonnulli ex antiquis.
pag. 109. in eorum gradu versatur. pag. 122. gradu præcessit. pa. 129. de caus-
is non possint. pag. 132. nominatim filium appellari. vulgaram notam.
pag. 133. Calsiani æquitatem. pag. 135. vxori suæ cauisse. pag. 136. repudian-
tis filio. pag. 137. illic legatarium. pag. 139. attribuo. qui partem. ad Geo-
metricam. pag. 140. reperienda institutum obseruare. pag. 142. filia. 4. po-
stumo. 3. pag. 159. difficile dictu est. pag. 165. si se viuo nauis.