

ter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constituit testamentum. Sed non ita de filiabus, et aliis per virilem sexum descendantibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur si ita exhæredetur: Titius filius meus exhæres esto: sive ita: Filius meus exhæres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.

COMMENTARIUS.

1 Refertur hic differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu et gradu librorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus a pare necessario, aut hæres inserviendus, aut exhæredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod aliqui jure civili prorsus inutile erat et nullius momenti, l. 30. hoc tit. v. hoc est. Huic autem juri hære sunt consequentia: Primum: quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existe-

re, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit, propter regulam Catonianam, quæ sic definit: Quæ institutio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l. 1. de reg. Cat. l. pen. de div. reg. jur. et generaliter quod initio vitiosum est, non potest, tractu temporis convalescere, l. 29. eod. Secundum: per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea a patre legitime factum est, l. 7. hoc tit. §. 2. et pen. inf. quib. mod. test. inf. Tertium: nou sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, necne, non ex legatione, sed ex institutione aut exhæredatione estimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque ut oportet, exhæreditati sunt. Quartum: quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserint, nihil tamen magis subsistere possit: quia forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigit quod jus privatorum consensu mutari non potest, l. 3. qui test. fac. junct. l. 38. de pact. cum simil. Vid. tamen Anton. Fabr. C. suo de lib. præt. defin. 6.

8 Exhæredem eum nominatim faciat) Non quævis exhæredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ rite facta esset; non rite exhæredati pro præteritis habebantur, l. 8. §. 2. cont.

De exhæredatione librorum.

tab. In ritu autem discrimen non faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc proprie in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiens.

3 Sed non ita in filiabus, v. aliis per virilem sexum descendantibus) Non uti olim filio, ita et filia, aut nepote nepteve ex filio (ex filia nati huc non pertinent, §. ult. infr. eod.) præteritis, testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut quasi et ipsi scripti scriptæ essent, numerum hæredum augerent, l. ult. C. hoc tit. Ulpian. tit. 22. §§. 12. 15. et 16. Accrescebat autem hære personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis aufferebant; ut longe diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescant: quod fit cum emolumento, cum scilicet non potentium partes accrescent petentibus, seu portio omissa portioni agnitar: de quo, volente Deo, tractabimus §. 8. infra de legat. Ad quam autem partem accrescerent, habes apud Ulp. in fragm. tit. 22. §. 17. et Paul. 3. sent. 4. §. 21.

4 Licebat inter cæteros hoc facere) Hoc modo: Titius filius meus hæres esto, cæteri exhæredes sunt. Effectus hic erat, ut ita exhæreditati exhæredatæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod

(1) L. 3. tit. 7. P. 6.

(2) D. l. 3. in fin.

præteritis tribuebatur, nec a Prætore contra tabulas ad bonorum possessionem vocarentur, l. 8. contra tab. in pr. Tantum supererat, ut testamentum inofficium dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, l. 8. §. 8. de inoffic. test. Cæteras leges exhæredationis, ut pure fiat, l. 3. §. eod. (1), junct. l. 18. contr. tab. ut simpliciter, non ex re certa, l. 19. hoc tit. (2), ut ab omnibus gradibus, d. l. 3. §. 2. et seqq. eod. vide D. Perez in C. hoc titul. num. 9. et 10. etiam in filiabus et natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis, non rite exhæredationem factam, et pro præteritione habitatam fuisse.

5 Si alius filius non extet) Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius a plerisque responderet, nullum exhæredatum esse, l. 2. hoc tit. Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercit; veluti si ex Seja natum dixerit, aliter eum descriperit, vel cum convitio, l. 3. in pr. eod. (3). Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide designatur persona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, arg. l. 34. de cond. et dem Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est: quod præterito filii testamentum infirmabat: quod non nominatim exhæredatus pro præterito habeba-

(3) D. l. 3. tit. 7. P. 6.

tur: at cæteri præteriti, manente testamento, scriptis hæredibus accrescebant, et quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro rite exhæredatis habebantur.

TEXTUS.

De posthumis.

1 Postumi quoque liberi, vel hæredes institui debent, vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio posthumo, et quolibet ex cæteris liberi, sive fœminini sexus sive masculini præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive posthumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos vero posthumos, id est, filios et deinceps, placuit, non ulter recte exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo: Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.

COMMENTARIUS.

1 Dicunt est de liberis suis hæredibus, qui tempore testa-

(1) L. 20. tit. 1. P. 6.

menti faci jam nati sunt: sequitur de posthumis. Hi autem proprie dicuntur postumi: Qui post mortem parentis nascuntur, l. 3. §. 1. de inj. rup. et irr. fac. test. Varro lib. 4. et Festus lib. 15. Sed in hoc, de quo tractamus, argumento, etiam illi: Qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit; quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, l. 3. §. 1. l. 12. in pr. de injust. rupt. test. (1). Inter hos et liberos jam natos tempore quo fit testamentum, quadruplex discrimen hic animadveritur. Primum est: quod postumi præteritis, cujuscunq; gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat (2), cum præterito filio superstite testamentum injustum sit et nullum, l. 1. & d. l. 3. §. de injust. rupt. Secundum: quod postumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, ex hæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filii autem nati & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum text. præc. Tertium: quod postumi filiabus inter cæteros exhæredatis, pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum: quod postumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti natis.

2 Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur).

(1) L. 20. tit. 1. P. 6.

De exhæredatione liberorum.

421

3 Cur vero sexus et gradus non æque in posthumis distinguitur, ut in liberis natis; placetque non minus agnatione filiæ posthumæ præteritæ aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi? Nimurum cum benigne atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit; judicarunt Consulti, testatorum vel ignorasse conceptionem, vel conceptum, et nondum editum per oblivionem præterisse. Adhæc, incertum est, filius in utero sit, an filia.

4 In Hispania, ut filius possumus præteritus testamentum rumpat, necesse est, ut totus vivus nascatur, et inserviat 24. horas vixerit, baptizatus, fuisse fuit, aliter partus abortivus censebitur; ut dum nascitur filius eo tempore, quo naturaliter vivere nequit, quamvis tria modo laudata concurrant, l. 2. tit. 5. lib. 10. N. Rec. (13. Tauri). Quodnam autem sit, hoc tempus disce ex l. 4. tit. 23. P. 4. Et nota insuper, nullo modo posse apud nos posthumum exhæredari, l. 6. tit. 5. P. 5.

TEXTUS.

De quasi posthumis.

2 Posthumorum autem loco sunt et hi, qui in sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo sunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus iura sui hæredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione extat de potestate ejus, incipe

(1) L. 8. tit. 13. P. 6. vers. E otrosi, l. 5. tit. 23. P. 4.

nepos neptisve in ejus locum succedere, et eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium, vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat testamentum: ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpat testamentum. Idque lege *Julia Velleja* prouisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

COMMENTARIUS.

1 Posthumi, de quibus egimus in §. præcedent. testamentum in quo præteriti sunt, agnascendo rumpunt. In hoc vero agitur de illis qui quasi agnascendo illud infirmant: quare eos quasi posthumos appellare licet. Huc pertinent nepotes quos pater præcedit: qui post factum testamentum adoptantur (1): et posthumus Cornelianus: qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in l. 15. de *injust. rupt. test.* Descriptus fere ad verbum *hic locus* est ex Cajo l. 13. de *injust. rupt. test.*

2 *In sui hæredis locum succendo, quasi agnascendo*) Nepotes præteriti, qui dénum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstiti,

(1) D. l. 20. tit. 1. P. 6.

non succedendo in locum patris et sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, et ideo pertinent ad §. præced. et ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus *hoc loco*, et in d. l. 13. sermo est, et scilicet, qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater et suus hæres obstat, quominus et ipsi jura sui hæredis habeant, illi, inquam, præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subundo locum patris prædefuncti aut emancipati, non agnascendo (quoniam agnasci proprie dici non possunt qui ante testamentum nati sunt), sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui hæredis, sui hæredes fiunt: nimis quemadmodum velut posthumus aut posthumus loco habetur, qui in jus sui hæredis succedit, ita et successio ejus velut quædam agnatio.

3 *Lege Julia Velleja* prouisum est) Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola in famosa l. *Gallus* 29. §. 11. et seqq. *hoc tit.* quorum uno permisum fuit, institui posthumos etiam alienos, dummodo sui nascerentur licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui hæredis succedentes testamentum rumparent, in quo ipsi instituti essent vel exhæreditati: cuius posterioris capi-

tis explicatio a Justiniano *hoc loco* tradita est verbis Caji in l. 13. de *injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, et quid ea permisserit non permisum jure antiquiore. Exponam autem paucis, quid in re obscura sentiam. Cum lege XII. Tab. ita cautum esset: *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto: l. 120. de verb. sign.* hæc legis verba, uti legassit, sic Prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit aut imperaverit, quid de re pecunia que sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjeciebat, neque hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat, §. 25. *infr. de legat.* Ulpian. tit. 22. §. 3. ubi et eandem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam cerium esse debet consilium testantis.

4 His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse institui, utpote qui et ipse persona incerta habebatur, propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit, necne; masculus, an foemina; unus, an plures nascituri. Et quamquam quoad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus est, l. pen. de stat. homin. id tamen ob rationem,

quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, et in totum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut et in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur inter suos hæredes futuri, et præteriti testamentum omnimo rupti essent, pro natis haberentur, instituique atque exhæredari possent: quod Caius quodammodo significat lib. 2. tit. 3. §. 2. ubi de institutione et exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitime concepios pro natis haberi.

5 In alieno posthumo nihil visum cur a ratione juris veteris recederetur: quippe cuius institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat (nam cum queritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur), Gallus Aquilius induxit (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat, ostendens), posse etiam eos posthumos, et nimis nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre, sui hæredes avo nascerentur, hæredes

institui sine fraude ejus juris, quo placebat, posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam: *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur; tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto, l. 29. hoc tit.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nascetur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive eo modo, quo a Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli tunc, quod temporis extremitatem significat, l. 4. §. 1. de com. et dñm. Hoc igitur modo consideratus, non alienus, sed suus est, et salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur.

6 Adhuc posthumi vivo teste-tore nati institutio inutilis erat: atque ut utilis foret provisum est lege Velleja, cuius ea duo fuere capita, quæ modo retulimus n. 3. Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in d. I. Gallus 29. extant, doctissimorum hominum, Salomonii, Goveani, Cujacii, Duarenii, Alciati, lib. 3. paradox. cap. 2. et seqq. Anton. Fab. lib. 9. conject. per tot. et multis capitibus lib. 10.

7 In Hispania licet nepotes non sint in potestate avi, ut vidimus in §. 3. de patr. pot. in-

, stituendi vel exhäuserandi erunt, ab eo, si pater illorum, avo vivente decesserit; cum patria, potestas insuper apud nos habatur in hoc argumento, ut mox trademus in §. 5. hoc tit.

TEXTUS.

De emancipatis.

3 Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exhäuser dare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed Prætor omnes tam fœminini sexus quam masculini, si hæredes non instituantur, exhäuser dari jubet; virilis sexus nominativus, fœminini vero inter ceteros; quia si neque hæredes instituti fuerint, neque ita (ut diximus) exhäuserdati, promittit eis Prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

COMMENTARIUS.

1 Quia non sunt sui hæredes) Liberi emancipati exeunt e familia & potestate patris, §. 6. supra quib. mod. jus pat. pot. solv. ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, l. 195. §. 2. de verb sign. Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes et agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiæ conservationem: denique pro alienis et extraneis iure civili habentur, l. 6. §. 1. de bon. poss. §. 3. infr. de hær. qual. Quo posi-

to sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi, vel exhäuserndi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

2 Prætor, si hæredes non instituantur, exhäuser dari jubet). Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitum deminutionem, hoc est, emancipationem, desierunt esse sui hæredes; tamen Prætor naturali æquitate motus, rescindit eorum capitis deminutionem, l. 6. §. 1. de bon. poss. Et si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, l. 1. et passim de bon. poss. contr. t. b. & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem. Unde liberi, d. l. 6. §. 1. Itaque cum effectu juris emancipati beneficio Prætoris tantum consequantur, quantum sui (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hereditate nihil differt, l. 1. 2. de bon. poss.) ideo ait, jubere Prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhäuserndi. Et notandum, quod Jurisconsultus in d. l. 6. §. 1. eod. tit. ait, Prætorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus, emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis a Prætore admitti, quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione quodammodo in integrum & in pristinum statum restituuntur, fac. l. 3. §. 5. contr. ab. et tibi Glossa.

Tom. I.

3 , Quod ad Hispaniam attinet, vide quæ dicimus in §. 5. hoc tit.

TEXTUS.

De adoptivis.

4 Adoptivi liberi, quandiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque hæredes instituendi, vel exhäuserndi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum Prætoriis attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem utinet, quandiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhäuser dare necesse sit cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipient in ea causa esse, in qua futuri essent, si a naturali patre emancipati fuissent.

COMMENTARIUS.

1 Cum adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus et nomen filiorum famil. suorumque hæredum, ac natura naturalibus, l. 1. & passim de adopt. consequens omnino est, ut ipsi non minus, quam liberi naturales hæredes institui debeant aut exhäuserndi; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod natura-

Hhh