

8 H. 5 H. 39

(X 187 62 63)

II R
882

D E

TESTAMENTO PARENTVM

INTER LIBEROS

Dissertatio

P R A E S I D E

I. PHILIPPO SLEVOGTIO,
DOCTORE ET PROFESSORE IVRIS
AC PHILOSOPHIAE ORDINARIO,

publico examini submittanda

a

LVDOVICO HENRICO HEIDEN-
REICHIO, GOTHANO.

D. XXIV FEBR. MDC LXXIII.



I E N A E

Litteris NISIANIS.



17
536.





I. N. I. C.

DE

TESTAMENTO
PARENTVM
inter liberos

Disfertatio.

SUppremis parentum voluntatibus id iuris
tribuere veteres legistatores, vt imper-
fectæ etiam ratione solennitatum vim
perfecti testamenti haberent: modo no-
minatim instituti liberi in iis heredes,
neque mixtæ extraneæ personæ, & por-
tio cuiusque ac tempus factæ dispositionis dilucide
expressa essent. Quod ad nuncupatium testamen-
tum produxere interpretes, ob rationem vtrique com-
munem, & quia leges quædam generaliter loquuntur.
Licet vero parentibus non tantum partes hereditatis
facere inæquales, & substituere alterum alteri, sed ex-
traneis quoque legata ac fideicommissa relinquere, da-
re liberis tutores, testes adhibere etiam fœminas, quin
&, si præcipue litteris voluntatem vltimam consignent,
plane nullos: quæque alia sunt huius generis.

Priuilegii illius prima omnium mentionem facit
lex XVI C. *Familia erciscunda*: quam Constantinus im-
perator lege extrema eiusdem tituli perduxit ad eman-

A 2

cipatos



4 DE TESTAMENTO
 cipatos, & Theodosius ad matrem testatricem, lege
 XXI, §. 1, C. *De testamentis*. Iustinianus postea Nouel-
 la CVII distinctius quædam de iisdem constituit. De
 Alexandri æuo dubitatur, quidnam iuris fuerit in testa-
 menti parentum imperfectis. Nam lege secunda &
 tertia Codicis *de Confirmando tutore*, negat imperator,
 patrem in testamento imperfecto posse tutorem dare.
 Dari ait inutiliter, & confirmandum esse a iudice.
 Quare multo minus, quantum ad cætera, valebit testa-
 mentum: quoniam in tutore sufficere videbatur iudi-
 cium & approbatio patris. Nisi dicamus, intelligen-
 das illas leges de testamento, qua voluntatem imper-
 fecto: ne alias sequatur, quantumuis pater in militari
 testamento tutorem constituat, inutiliter tamen id fie-
 ri. Nam verba legis secundæ nimis sunt generalia.
 Deinde pugna quoque legum hac ratione vitabitur.
 Quod quocunque modo faciendum esse, docet Iustinia-
 nus, suadetque L. 11, §. 15, C. *De vet. iure enucl.* Con-
 firmari autem iubet Alexander tutorem eiusmodi, fa-
 uore iudicii paterni ac supremæ voluntatis: quæ etiam
 quod in cæteris imperfecta est, nulla patris culpa con-
 tigit, aut certe non præsumitur contigisse.

Quid impulerit legislatores ad priuilegium hoc
 parentibus indulgendum, non adeo ad liquidum perdu-
 ctum est apud interpretes. Existimauerim concessum fu-
 isse respectu reuerentiæ, quam parentibus liberi debent:
 quum naturaliter æquum sit, voluntatem parentum,
 cum primis supremam, quantumuis solennibus iuris de-
 stituatur, sanctam & inuiolabilem haberi. Profecto
 durum videbatur concedere liberis potestatem, testa-
 menta parentum impugnandi, prohibendique, ne vlti-
 mum

S. Maul. de
 Vr. Sol. tit.
 11. Meier.
 C. A. 28. 13.

num eorum arbitrium de bonis suis esset liberius. Qui a fauore liberorum iuris illius rationem repetunt, non cogitant, successionem ab intestato plus fauoris continere ob successionis æqualitatem. Neque liberorum causa institui extraneus vetatur; sed quia plus iuris quam illi habet, ad euertendum testamentum non rite perfectum. Reuerentiam enim tantam, quantam liberi, non debet testatori. Portio autem extranei, tantummodo ne testator ex parte intestatus decedat, liberis institutis accrescit. Atque ex hoc ipso, quod extranei heredes institui nequeunt, apparet, fauorem vltimæ voluntatis non simpliciter causam esse priuilegii, sed quatenus duntaxat est parentum voluntas: neque propterea id concessum, quia in liberis, ab intestato alias successuris, fraus nulla metuenda sit: quum eadem ratio in extraneis, ab intestato alias succedentibus, locum inueniret. Manet igitur hoc, respectu solius reuerentiæ, parentibus debitæ, ius illud fuisse introductum: tametsi vulgo dissentiant.

Placuit nobis breui dissertatione expendere, quæ passim interpretes de testamentis parentum disputaere, tum occasione legis XXI, §. 1. C. *De testamentis*, quæ veluti sedes & clavis est huius argumenti, tum integris libris de vltimis voluntatibus. Quales sunt Nicolaus Reusnerus, Dauthius, Maulius, & Ludvvellus. Quibus addi possunt Clarus libro III Sententiarum, §. testamentum, & Gailius libro II Obseruat. 112, Hartmannus Pistoris lib. I Quæstionum, Fachinæus initio libri IV Controuersiarum, Ant. Faber in Erroribus pragmaticorum Decade xxxv & xxxvi, Richterius Decisione xxix. Speciatim adhuc laudamus celeberrimi quon-

dam antecessoris in academia nostra, Erasmi Vngebaueri, manuscriptas prælectiones ad indicatam legem primam & vicesimam. Ex quibus omnibus, vt & aliis, nos profecisse, ingenue hoc loco ac semel profiteamur, deinceps tantum generatim prouocaturi ad eorum consensum aut communem sententiam, deque cætero auctoritatem & rationem legum præcipue spectaturi. Quod enim alias fecimus, cur mutare nunc demum in academico scripto debeamus, causam nullam videmus. Placet potius Marci Aurelii Galvani exemplum & consilium, præfatione dissertationum de Usufructu. *Inter recentiores, inquit, interpretes, Gallos maxime colui; quamuis raro & parce illos nominatim citauerim, ne eos, quos abominor, imitarer, qui columnas implent doctorum testimoniis, dum diffidunt suarum animaduersionum veritati.*

Antequam ad rem ipsam aggrediamur, visum est verba Theodosii ex prædicta lege XXI C. *De testamentis*, huc transferre. *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus vtriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona: certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nulla haberi, sed liberis ad crescere.* Primum itaque omnium, quum testamentum inter liberos *imperfectum* dicatur, quo significato id fiat dispiciendum est. Testamentum sicuti est testatio supremæ voluntatis, ita duo requirit, vt perfectum dicatur, & successuros in defuncti bonis obstringat. Primo voluntas ipsa non manca esse debet, sed plene declarata: deinde habeat oportet omnia, quæ

quæ vi iuris communis, secundum quod conditur, nequeunt abesse. Duplici igitur modo imperfectum testamentum erit: ratione voluntatis & ratione solenni-um. Quantum ad voluntatem: si vel non constet testari defunctum voluisse, vel interceptus fuerit, quum ordinaturus plura esset. Quale exemplum est L. xxv *Qui testam. fac. poss.* Idem pronunciandum, si in iplo actu testandi furore correptus fuerit: vt habetur lege ix Cod. eiusdem tituli. De testamento, quantum ad solennia iuris imperfecto, agit lex lxx Cod. *De testam. mentis.* Vtriusque exemplum occurrit §. 7. Inst. *Quibus mod. testam. infirm.* vbi per tabulas iure factas, iure ordinatas, intelliguntur perfectæ quantum ad solennia iuris; per *τὸν perfectæ* autem κατ' ἐξοχὴν designatur perfectio voluntatis.

In testamento ratione voluntatis imperfecto distinguendum est, vtrum in ipsa institutione aut legatis relinquendis deficiat dispositio, an tantummodo in conditionibus, quas adscripturus testator erat. Priore casu testamentum nullo modo valere, communis est sententia: adeo vt nec valeat, quod ad pias causas in eo relictum est; testante Mynsingero contra Abbatem & alios, centuriæ v Obseru. 2. A qua neque in consiliis neque in iudiciis est recedendum. Aperte id etiam volunt lex xxv D. & lex ix Cod. *Qui testam. fac. poss.* Nam illic Iauolenus ex Seruii & Labeonis sententia ait: Si quem plures pronunciare heredes voluisse constaret, & nuncupatis primis, priusquam secundos exprimeret, obmutuisse: magis cœpisse eum testamentum facere, quam fecisse. Itaque primos ex eo testamento non futuros heredes. Lege nona autem
pro

*§. Dauth.
ad l. 21. §. 1.
C. de te-
stam. n. 27.
Maul. d. 8.
11, n. 27.*

pro nihilo habetur testamentum hominis, *qui in ipso actu testamenti aduersa valetudine* (intelligitur furor, de quo agebatur) *tentus est*. Tametsi ergo & institutus heres, nec in numero, aut qualitate, aut praesentia & subscriptione testium quidquam desideratum fuerit: vim tamen nullam habet eiusmodi testamentum.

Atque hoc in milite quoque obtinet, iure militari voluntatem suam testante. Argumento est L. XXIV & §. I. Inst. *De milit. testam.* Priuilegium enim, quod militibus datum est, ut *quoquo modo facta* ab his testamenta rata sint, ita Florentinus, atque ex eo Iustinianus, interpretantur, ut utique prius constare velint, testamentum factum esse. Sane vterque de ea solum specie loquuntur, quando dubitatur, vtrum testandi animo, an alio, verba quaedam à milite fuerint prolata. Sed ratio tamen inde petitur, quod nostro casu constat, non factum testamentum; ut docet praedicta lex XXV *Qui test. fac. poss.* Cui necquicquam opponuntur Pauli verba L. XXXV *De testam. milit.* *Miles, si testamentum imperfectum relinquat, scriptura quae profertur, perfecti testamenti potestatem obtinet. nam militis testamentum sola perficitur voluntate.* Equidem postrema haec verba satis arguunt, non de voluntate imperfecta, sed de omissis iuris solennibus, & de scriptura quoquo modo facta iureconsultum loqui. Acutius, sed fortassis praeter rem, dici posset: Reliquisse militem testamentum nuncupatiuum, sed quantum ad voluntatem attinet, imperfectum; & scriptum, in quo solennia iuris tantum non obseruata fuerant. Ex quibus hoc praevaleat: quod testamentum militis perficiatur sola seu nuda voluntate, modo ea penitus declarata sit.

Æque

PARENTVM INTER LIBEROS. 9

AEque igitur parentum voluntas, quæ isto modo imperfecta est, vim testamenti non habebit: vtvt alias maioribus eos, quam milites, priuilegiis gaudere, Tiraquellus & Wesenbecius tradant, referente Meiero in Collegio Argentoratensi. Neque dissentientes iuuabit L. XXVI, C. *Famil. erciscund.* & L. XXIIX, C. *De testam.* Quod enim priore lege dicitur, locum habere familiae erciscundæ iudicium, eoque valere parentum inter liberos testamentum, quantumuis *cæptum, neque impletum* sit: interpretationem recipit ex sequentibus verbis: *defuncti dispositio custodiatur, etiamsi solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta.* Ex quibus colligimus, voluisse patrem solenne testamentum componere, sed rite perficere nequiuisse: vt adeo qua solennitatem tantum aliquid deesset. Altera lex plus videtur negotii factura. Si enim testator nomen heredis vel heredum nec manu sua scripserit, nec voce coram testibus nuncupauerit: negatur consistere testamentum, vel *in totum, si tota* heredum nomina fuerint prætermisâ, vel *in eius heredis institutionem*, cuius nomen neque lingua neque manus testatoris significauit. Sequitur ergo, voluisse testatorem instituere adhuc vnum aut plures: & propter omisum nomen testamentum esse imperfectum; non solennium, sed voluntatis ratione. Valet tamen, modo non omnium heredum nomina fuerint prætermisâ. Verum enimvero dici potest, neutiquam hic temporis inopia, & quia vel morte vel furore interceptus testandi actus, sed vltro omisum, & neque scriptum neque nuncupatum testibus fuisse nomen heredis, cui partem bonorum testator destinauerat. Præsumitur itaque consulto id fecisse,

B

se,

Meier. 28. A.
25. in fi.

G. Bachau.
ad Tr. 2.
10, 6. lit. H.

se, ac mutasse voluntatem: vt eius ratione testamen-
tum nequaquam dici imperfectum queat. Quod si
eum, qui per scripturam faciebat testamentum, omnes
quidem quos volebat, heredes scripsisse ponamus, sed
casu impeditum fuisse, quo minus omnium nomina
chirographo suo notaret, aut nuncuparet: deficient te-
stamentum ratione solennitatis tantum, ob quam no-
luit Iustinianus totum infirmari; vtpote in re, quam
ipse primum introduxerat. De quo Cuiacius ad L. XXV
Qui test. fac. poss. Stabit igitur inconcussa communis
interpretum sententia, ne inter liberos quidem valere
testamentum parentum, prædicto modo qua volunta-
tem imperfectum: eaque in foro recepta est, passim
testantibus consultis. Quod enim contra opponitur,
propterea saltem valere eiusmodi voluntatem debere,
quia non tanquam ex testamento, sed ab intestato suc-
cedatur: rationi falsæ innititur, vt infra apparebit. Ne-
que huc illud etiam facit, quod testamentum paren-
tum, in quo extranea persona tantummodo coepta est
institui, valeat, licet hoc casu imperfecta sit voluntas te-
statoris. Quis enim ex imperfecta extranei institutio-
ne argumentum ducat: quum ne perfecta quidem at-
tendatur; vt ex prolatis Theodosii verbis constat. Si
porro tantum *conditio* adiici non potuit, quam vole-
bat testator adscribere: institutio & legatum valent pu-
raque habentur. Vt si ponatur: *Ille heres esto secun-
dum conditiones infra scriptas*; quæ postea nullæ appa-
rent. De quo casu lex VIII C. *De instit. & substit.* Con-
trarium asserendum est, si noluerit testator aliquem de-
tracta conditione esse heredem: vt Marcelli sententi-
am

am restringit Vlpianus lege II & IX, §. 5. *De heredibus instit.*

Superest, vt videamus, quidnam constitutum iure sit, si tantum ratione solennium iuris deficiat testamentum. Hic singulari militum ac parentum favore introductum est, vt imperfectæ illorum dispositiones vim perfecti testamenti habeant. De militari agit L. II, *De iniust. rupt. irrit.* vbi testamento *rite perfecto*, id est, solenni, opponitur quod iure militari factum est, hocque rumpere dicitur præcedens perfectum seu iure communi factum. Rationem habet Paullus lege XXXIV, §. 2. *De testam. milit. Quoniam voluntas quoque* (alii legunt: *queque*) *militis testamentum est.* De imperfectione hac intelligendas esse leges, quæ parentum testamentis ius singulare concedunt, vel ex verbis Theodosii, proxime præcedentibus paragraphum primum legis XXI C. *De testam.* apparet. *Non subscriptum autem a testibus, ac non signatum testamentum, pro imperfecto haberi conuenit.* Scio Gothofredum patrem in contextum recepisse *pro infecto.* Sed erudite monet Meierus Collegio Argentoratensi, retinendum esse *pro imperfecto.* Quod licet non esset; ex ipsa lege tamen, quæ tantum de solenni testamento agit, eluceret, exceptionem in §. I. siue imperfectum testamentum, non nisi solennis respectu esse intelligendum.

Quoniam igitur, quo significatu testamentum inter liberos imperfectum dicatur, satis manifestum est: vtrum vere ac proprie testamentum appelletur, pronius erit iudicatu. Quod magni nominis iureconsulti negatum iuere; Iason, Cuiacius, Antonius Faber & alii:

§. 2.
Inst. de Co-
dicill.

eorumque sententia si vera est, si ab intestato tantum ex tali voluntate succeditur, concidunt & substitutiones & tutelæ a defuncto constitutæ. Sed bene observandum existimamus, iure civili vocari proprie testamentum, quo heres institutus, quodque legibus confirmatum est. Alterutro deficiente, nomen testamenti abusive dispositioni eiusmodi tribuitur. Cæterum confirmant leges supremam alicuius voluntatem vel simpliciter, modo ea sit certa ac manifesta; vel tum demum, si adhibitæ fuerint quædam solennitates. Inde distinctio testamenti in solenne ac minus solenne, siue perfectum & imperfectum, ratione scilicet solenni-um. Vtrumq; est verum ac proprie dictum testamen-tum: quoniam solennitates ad hoc duntaxat necessa-riæ, ut valeat dispositio & obliget alios. At quando eadem vis tributa est dispositioni non solenni, ratio nulla est, cur nequeat proprie testamentum vocari.

Eiusmodi testamentum est, quod a milite iure militari componitur. De quo Paullus verbis supra a nobis prolatis ex lege xxxv, *De testam. mil.* Ait voluntate sola perfici testamentum militis, siue consequi id potestatem testamenti, qua solennia iuris perfecti; eoque & pro vero ac proprie dicto habendum erit. Eiusdem generis est testamentum parentum inter li-beros: quod non tantummodo heredis institutionem, & quidem necessario habet; sed civili iure solutum et-iam observatione solennium, & æque ac militum vl-timæ voluntates confirmatum est. Quod quamvis im-perfectum dicatur solennium ratione, quæ in aliis testamentis requiruntur: quatenus tamen secundum leges, a quibus confirmatur, factum est, recte perfe-cto

cto exæquatur. Recte etiam dicitur *iure factum*, *perfectum* esse: quamquam per excellentiam de solennibus solis id vsurpari solet. Quo sensu accipienda sunt verba Vlpiani lege 11, §. 1. Testam. quemadm. aper. *Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellantur, quæ falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta: itemque* (Cuiacius legit, itaque) *imperfecta solemus testamenta dicere.* Per *τὸ iure perfectum* intelligit, non simpliciter, quod legibus conuenienter factum est, sed quod vim etiam habet obstringitque alios. Qualia non sunt irrita ac rupta: licet in se spectata sint iure facta seu perfecta. Quin nisi talia essent, rumpi non possent aut irrita fieri. Vide Institutiones titulo, *Quibus modis testamenta infirmentur.* Hoc igitur vult iureconsultus: abusive testamenta vocari, quæ aut legibus non conuenienter facta sint, neglectis solennitatibus necessariis; aut facta quidem iure & perfecta, sed rupta postmodum irritave reddita. Hæc ideo tantum, quoniam vires testamenti amisere; illa, quoniam nunquam acceperunt, destituta speciali forma. Eadem & imperfecta vocantur. Ac priora quidem, qua solennitates ac vim; posteriora, qua vim tantummodo, & ex postfacto. Quæ manifestum faciunt, nec de militari, nec de parentum testamento accipi Vlpianum posse; quasi & hoc improprie seu abusive sic appelletur. Quia enim vim perfecti habet ac iure subsistit: defectus solennitatum obstare nequit; vtpote quæ auctoritate legum remissæ sunt. Vt omnino recte dicatur *iure factum*, ac definiri possit per *iustam*, id est, congruam legibus, voluntatis nostræ sententiam, ex lege prima Digestorum,

Qui testamenta fac. poss. Quam vulgo de solenni testamento accipiunt; potestque κατ' ἐξοχήν fieri.

Illud non modice quosdam turbavit, quod lege II, C. *De confirm. tut.* Alexander imperator negat, ex imperfecto testamento recte tutorem dari. Quem locum supra illustravimus. Ne enim statuamus, illa ætate nullum speciale ius tributum parentibus fuisse, & Tribonianum in Codicem retulisse antiquatam constitutionem, nulla mutationis facta mentione: rectius de testamento, qua voluntatem imperfecto, Alexander intelligetur. Quod si placuerit, lapsum aliquem Triboniani heic notare, salua res futura est. Aliqui malunt, de imperfecto qua solennia testamento imperatorem loqui; sed in quo extraneus fuerit tutor constitutus. Nam testamenta eiusmodi ne qua tutores quidem extraneos valere. Quod etsi legibus ac ratione firmari potest: verba tamen Alexandri aperte reclamant: *Neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari, indubitati iuris est.* At in epistola non distinguitur, qualis designetur tutor: ergo nec in testamento imperfecto; quod eodem iure censetur atq; illa. Hinc & confirmari ac præferri legitimis iubetur, tam qui testamento eiusmodi, quam qui epistola datus est: vt sufficiat iudicium defuncti adesse.

Postremo loco satisfaciendum est dubitationi quorundam, ex Nouella CVII, in qua dispositio pare itum inter liberos magis *voluntas ultima*, quam testamentum dicatur, quin distinguatur ab eo; arguentium, improprie illam appellari testamentum. Sed gratis hoc asseritur. Nam per *voluntatem* significat imperator etiam solenne testamentum, *declarans perfectam*, qua solennia iuris,

iuris, defuncti *sententiam*. Opponit perfectam non scriptam voluntatem perfecto testamento; scripto scilicet: intelligens illic perfectum testamentum nuncupatum. Vtroque ait infirmari imperfectum parentum testamentum inter liberos. Non igitur hoc a perfecto distinguitur; sed duo perfecta sibi opponuntur: vocabulo testamenti de scripto, tanquam frequentiore genere, usurpato. Verba Nouellæ sunt capite 2: *Cui licuit rumpere (dispositionem, seu schema) quod factum est, & aliam facere voluntatem, declarantem perfectam (solennem) eius sententiam, quam competit valere. Hoc enim concedimus ei agere, hoc ipsum expressim significantem sub presentia testium septem, quia & si fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere ulterius vult, sed rursus vult aliam facere: & hanc aut in testamento perfecto faciat, omnium testamentorum habente signa, aut in non scripta perfecta voluntate: videri eum defunctum esse prioribus infirmis factis ex secunda eius, secundum perfectum testamentum aut voluntatem, dispositione.*

Sed de hisce iam satis. Initio quidem solis patrum testamentis ius illud datum fuisse, ut sine solennitatibus valerent, ex lege XVI & XXVI Cod. *Familia erciscunda*, apparet. Theodosius produxit ad matres etiam, lege XXI sæpius memorata, & explicante Iustiniano, in præfatione Nouellæ modo laudatæ, ad adscendentes. *Insuper, inquit, & Theodosius decreuit, non in patribus solum hoc disponens, sed etiam in matribus & adscendentibus utriusque nature, id est, sexus.* Rationem partim suppeditat lex X, §. 7. *De grad. & affin.* & lex LI *De V. S.* partim Paullus lege, VI *De in ius vocan-*

vocando. Vna enim est omnibus parentibus seruanda reuerentia. Quapropter Vlpianus lege IV §. 6, eiusdem tituli, ex Caio Cassio refert, edicto prætoris de parentibus sine venia in ius non vocandis, comprehendi parentes vtriusque sexus, in infinitum; idque & honestius esse, & merito obtinuisse. • Idem quantum ad impugnationem testamenti, a parentibus compositi, pronuntiandum. Quod enim aliqui opinantur, concessum maternæ voluntati priuilegium, quia & illius hereditas naturaliter liberis debeatur; falsum est, vt ex superioribus patet: nisi respicias ad ius ab intestato succedendi, quo facilius forte vsuri essent liberi, euerso prius ob solennium defectum matris testamento.

De liberis, inter quos iure hoc parentes testari possint, non omnino expedita res est. Suorum duntaxat & emancipatorum, quos prætor ad successionem vocat, mentionem facit lex vltima Cod. *Famil. ercisc.* Sed illud fit ratione patris tantum, qui solus olim iure isto gaudebat. At mater neque suos neque emancipatos habet: & naturales spuriique pariter ac legitimi ab intestato ei succedunt. Hinc consensu statuunt,

• Gail. Obs.
2, 112, 20.
Maul. de Slt.
Sol. tit. 11. n.
67.

matris testamentum non solenne valere inter quoscunque liberos, & siue ex priore, siue ex posteriore matrimonio fuerint progeniti. Æque enim omnes instituire matri licet, vocanturque ab intestato ad successionem. Quare ne reiiciant matris dispositionem, prætextu solennium haud obseruatorum, & ab intestato potius succedant: contra omnes voluntas matris munienda hoc priuilegio fuit. De illustri solum muliere Iustinianus lege v C. Ad SC. Orfitianum, constituit, *vt neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate*

litate inter viuos habita, iustis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perueniat. Quod cur imperator ad casum hunc, quo liberi iusti non extant, restrinxerit, nullus video, aliud in primis postulante ratione ab eo subiecta. Ait enim: Quum in mulieribus ingenuis & illustribus (quibus castitatis observatio præcipuum debitum est) nominari spurios satis iniuriosum, satisque acerbum, & nostris temporibus indignum esse iudicemus. Et hanc legem ipsi pudicitie, quam semper colendam censemus, merito dedicamus. Cur itaque non penitus vetat, hæc carcinomata & opprobria sæculi ac parentum, materna liberalitate frui, tametsi legitimi liberi haud adsint? De nefariis, & ex incestu aut adulterio natis, notum est quid iura ciuilia & canonica sanxerint: adeoque merito ad illos priuilegium matris non perducitur. In quo nemo interpretum refragatur.

At quantum ad naturales patris liberos attinet, contendunt Speculator, Paullus de Castro, Albericus de Rosate, Gomesius & alii, ac nouissime Carpzouius, & cum eo Amadeus Eckoltus, quamuis negetur vulgo, posse illos in testamento haud solenni institui, verior tamen esse contrariam sententiam. Iura enim de liberis vniuerse loqui nullo facto discrimine: atque hinc de naturalibus quoque accipienda esse; argumento legis VIII *De publ. in rem act.* & legis I, §. 1, *De legatis præstandis.* Deinde testamenta parentum pro norma solum habere ius gentium ac naturale, quod nullum inter legitimos ac naturales discrimen agnoscat. Præterea æque naturales liberos debere parentibus reuerentiam ac legitimos; vt constat ex lege VI *De in ius*

vocando: & secundum testamenta eiusmodi iudicare Lipsienses iureconsultos. His adde l. IV C. *De Confirm. tut.* qua conceditur patribus, ut naturalibus liberis tutorem, in rebus quas *quocunque modo eis dederint vel reliquerint*, constituent. Ex lege III quoque Dig. *De constit. princ.* notum est, beneficia a principe concessa plenissimam interpretationem recipere; atque hinc singulare illud ius parentum extendendum esse ad naturales etiam liberos.

Verum hæc omnia non efficiunt, quo minus contrariam & communem sententiam statuamus potio-rem. Nam ut fundamentum ipsum componendæ litis quæramus, contra eos tantummodo munita est parentum voluntas, qui ab intestato succedere possunt, reiecta testatoris dispositione, & simul reuerentiam singularem eidem debent. Quibus ius nullum competit successionis ab intestato, contra eos opus haud erat priuilegio. Nunquam enim aut ipsi impugnabunt voluntatem defuncti, aut volent impugnari. Contra ea, si quidem iure illo aliquis gaudeat, sed venerationem tantam non debeat testatori: causa nulla est, eum eundem obstringamus, ad quamcunque illius voluntatem tam religiose obseruandam. Atque hinc nullius momenti est dispositio testatoris, quantum ad extraneos, quantumuis legitimos successores: etsi contingere possit, ut ea non impugnetur. Elucet id quoque aperte ex ordine, quo leges in concedendo singulari hoc iure progressæ fuere. Nam lex XVI C. *Famil. ercisc.* contra solos heredes suos indulgit: ut saltem qua solennia liberius esset supremum patris iudicium, inter eos testaturi, qui necessario aut instituendi aut exheredandi erant. Qua necessitate
iam

iam satis arcte constringebatur arbitrium paternum. Quid igitur, quum adhuc ius esset liberis, vbi aut institutio non facta æquis portionibus, aut relicta legata & fideicommissa, tabulas paternas obtentu solennium non obseruatorum penitus euertendi? Quare æquum existimauere legislatores, si plenius paullo supremis voluntatibus parentum consuleretur: præcipue, quum præsumptio abesset, contra pietatem paternam quemquam testantium facturum. Constantinus postmodum, lege vltima eiusdem tituli, ad *emancipatos* ius illud porrexit: quia prætor, vt constat ex §. 3, *Inst. De exhered. liberor.* eosdem pares fecerat suis. Tandem Theodosius & *matribus* consuluit: quia par ipsis præstanda veneratio, vtcunque necessitate illa liberos aut instituen- di aut exheredandi solutæ essent. Licet vero mater & naturalium ratione iure hoc gaudeat: de patre tamen idem statui nequit: quoniam ne ab intestato quidem liberi naturales ipsi succedunt, nisi nec liberos iustos neque vxorem reliquerit. Quo casu quum in sextantem solum, seu duas vncias cum matre succedant: non intelligo, quam causam habituri sint testamentum oppugnandi. Nam exheredari nequeunt liberi in testamento minus solenni, vt vulgo statuitur: sique plus relictum est naturalibus, quam ab intestato debebatur, potius quocunque modo tuebuntur paternam voluntatem. Igitur tum demum illius reiiciendæ occasio foret, si minus sextante pater ipsis assignasset. Quod quum rarius contingat, totque alia obstant argumenta: nemo leges de testamento inter liberos ad naturales etiam recte videtur tracturus. Multo minus, extantibus legitimis valebit institutio naturalium in te-

S. Schnei-
de & ad Inst.
3. 1. de suc-

*cess. liberor.
natural.
tant. n. 7,
8, 9.*

stamento non solenni. Nequit enim iis pater ultra vnciam donare aut relinquere. Quid autem ad hanc opus titulo institutionis? aut si placuerit is testatori; quid quæso metuat voluntati suæ ne irrita reddatur ab heredibus, nullum ius succedendi ab intestato habituris? Idem pronunciandum, si vxor tantum legitima adfuerit. Tametsi enim plus eo casu transferri potest in filios naturales: ab intestato tamen succedere nequeunt. Quare nunquam accusabunt aut euertent paternam dispositionem: nec opus, vt intuitu reuerentiæ testatori præstandæ, publicis legibus compescantur.

Spurios præterea constat longe deterioris conditionis olim fuisse quam naturales, nec vlllo pacto admissos ad successionem ab intestato, tametsi certus eorum pater esset, seu patrem se aliquis profiteretur. Nam lege v, *De in ius vocando*, ille tantum certus habetur, quem nuptiæ demonstrant. Naturales vero prærogatiua aliqua gaudebant, quia ex consuetudine non prohibita nati erant. Sed interdicto hodie concubinato, quia omnes extra matrimonium nati spurii sunt, verius eodem, quo spurii quondam, iure censerentur. Sicuti igitur parentibus, quantum ad hosce attinet, quidquam olim priuilegii tributum fuisse, nemo interpretum affirmauerit: ita nec hodie respectu naturalium recte tribueretur. AEquè enim prohibitus est concubinatus ac vaga & extra nuptias aliquid sibi permittens Venus: per leges autem Romanas nequeunt beneficio frui, qui sanctitatem earum violauerunt. Quod vero & naturalibus & spuriiis, quorum pater certus est, datur nostris moribus ius succedendi in sextantem, si pater intestatus moriatur, nec legitimos liberos aut vxorem.

super-

superstitem habeat: plane nouum est, nec defendi potest legibus Romanis. Multo minus iisdem congruum erit, in gratiam eiusmodi hominum (fauor enim liberorum prætenditur) parentibus remittere necessitatem, solennia iuris obseruandi. Enimuero cauendum erit, ne tam coërceri castimoniam pudorisque neglectum, quam præmiis veluti donare videamur. Neque temere quidam interpretes, referente Schneidevino ad Schneid. ad l. 3. tit. 1. de success. spurior. v. 5. Institutiones iuris, negarunt statutum fieri posse, quo spuris successio in bonis paternis concedatur. *Pater enim, aiunt, per hoc tacite inuitaretur ad delinquendum.* Quod licet Dionysius Gothofredus in notis improbet, quasi crimen sacrilegii sit, de auctoritate statuentium disputare; per legem III, C. *De crimine sacrilegii*: male id tamen hoc loco accommodatur. Nec enim de robore statuti iam facti quæritur aut de potestate imperantium; sed vtrum consultum satisque honestum sit, ius eiusmodi introducere aut tolerare. Quod quamuis acutissimus Bachouius, commentario ad Treutlerum, Bachou. 2. 16. tit. 5. variis argumentis asserere conatur: contrarium tamen rectius defendi ac suaderi videtur.

Nam duo præcipue, vt hac occasione id moneamus, consideranda sunt: matrimonii veneratio ac dignitas, nec non honos familiarum paternarum. Illud Deo auctore institutum, atque apud populos omnes, qui rationem ac bonos mores vnquam sequuti, introductum fuit, vsu Veneris extra nuptias aut prohibito penitus, aut ita permisso, vt nata ex consuetudine eiusmodi soboles deterioris conditionis, quam legitimi liberi, haberetur. Atque id merito: quoniam defendendum est matrimonii decus modis omnibus, & parentes eti-

am refrænandi, ne aut violent temere leges, omnem extra nuptias consuetudinem prohibentes; aut indulgentia superioris & licentia sua abutantur, repleantque ciuitatem face *hominum* (vt lex XII C. *De natur. liber. filios ex concubina susceptos appellat) degenerum.* Inter alia autem hoc etiam efficax est ad concinnandum matrimonio cultum & amorem, si liberi ex eo progeniti prærogatiua singulari tum dignitatis, tum aliorum iurium fruuntur, & illegitima proles in opprobrium quodammodo parentum uiuat. Neque hoc ipso, quantumuis graue admodum ac durum sit, liberis aut poena infligitur, aut contra ius fasque aliquid vel aufertur vel denegatur. Licet enim legislatori discrimen facere hominum suæ ciuitatis: nec quisquam affirmauerit, iniuriam fieri natis ex seruo aut peregrino, si eodem loco, quo ex ciuibus nati, non habeantur, neque admittantur ad iura ciuibus omnibus communia. Speciatim vero & a successione in bona parentum citra iniuriam submouentur: quia naturaliter non ita debentur bona liberis, vt prohibeantur penitus aut parentes aut summæ potestates, ea vel omnia vel maximam partem in alios transferre. Suasus tantummodo naturæ, præceptum nullum adest de parentum hereditate: eoque recte negligitur, si causa iusta postulet, ac de alimentis necessariis cuique ex liberis prospiciatur. Legitimam aut imminui, aut tolli quoque statuto posse, non sine ratione multi contendunt: nec desunt, qui quoniam & publice profuturum, neque repugnaturum sit iuri naturæ, suadeant foeminas penitus arceri ab hereditate parentum, saluis tantum alimentis, quæque ad ea pertinent. De variis popu-

populorum institutis, quin & diuinis legibus, non inuertam verbis, quæ alii pridem docuere. Constat equidem complures populos in successione semper potiorem habuisse masculorum quam fœminarum rationem, quo scilicet familiis consuleretur. Idem Romæ olim factum per legem Voconiam, teste Paulo Sententiarum libro IV, cap. 8, penitusque priuatæ fœminæ paterna hereditate. Quod cur Iustinianus ita immutauerit, vt penitus æquaret iura illarum maribus; impotenti quidam in vxorem Theodoram amori, eiusque consilio & auctoritati adscribunt; aut inter imperii arcana referunt, ne familiarum opes nimium excrescerent, sicque potentia ac fastus Romanorum periculo imperantium augerentur.

Altero loco diximus respici debere honorem familiarum, ne temere imminuatur, ac labe aliqua inquinetur. Vnde patris quam matris vbique maior habenda est ratio, tanquam capitis ac principii, ex quo agnatio, cognatio & familia fluunt. Atque hinc deriuandum arbitror ius Romanorum, quo patri spurii non succedunt, tametsi confiteatur se patrem, eaque ratione certus sit. Passim equidem obtendi videas, quia de matre nunquam dubitetur, parem etiam liberorum omnium conditionem esse respectu illius: in patre autem discrimen inductum, quod de eo tantum præsumi soleat, patrem esse quem nuptiæ demonstrant. Deinde rarius contingit, aliquem profiteri se patrem spurii: vt propterea simpliciter ius succedendi liberis, ex illicita consuetudine prognatis, sit negatum. Verum obtentu hoc prospicere magis voluisse veteres existimationi patris ac legitimorum liberorum, nec
non

non totius familiae, admodum est verisimile. Etsi enim priscis Romanis, pressis adhuc gentilitatis tenebris, tanto flagitio non ducebatur, promiscuae Veneri indulgere, ac suae obsequi libidini: attamen soboles ipsa, & lasciuu inhoneſtisque illius amoris foetus, consensu quodam dedecori erat patri atque opprobrio. Testabatur enim intemperantiam eius effusamque libidinem: ut indignum censeretur Quiritibus, familias suas tam probrosa agnatione contaminari. Quid? quod imponere mater poterat amatoribus, atque ex conuenis patribus fatum, vni eique ignaro rerum omnium aut simpliciori, obtrudere? Maluere igitur veteres legislatores praeccludere ius omne spurii aduersus patres; nec tantum agnationis & familiae, sed & successionis ab intestato iura penitus denegare: quoniam id quoque probrosum credebatur, vel succedere spurium inter legitimos liberos, aut cognatos duntaxat posse. Nam eo pacto agnoscendus erat filius, taciteque obiiciebatur defuncto flagitium suum. Quin immo nec naturalibus quidem concessere iura familiae, ad conseruandam legitimorum liberorum & totius cognationis dignitatem. Initio quoque plane non succedebant patri ab intestato. Quod progressu temporis tunc tantum mutatum fuit, si nec liberi legitimi neque vxor iusta extaret: etiamsi haec alias non veniret ad successionem mariti. Deinde etiam hoc casu in sextantem solum admittebantur cum concubina matre. Quod si plures defunctus concubinas aluisset, scortaverius quam concubinae; liberi autem ex illis non naturales, sed spurii censebantur. Atque haec propterea sic constituta, quia in concubinato, quantumuis permissio,

vi-

vitium quoddam erat, paterque non omnino, sed quasi quodammodo certus habebatur. Solus autem, vti iam dictum, proprie dicebatur certus, quem nuptiæ demonstrabant. Liberi ex concubinato suscepti vocantur *degeneres* (vt itidem monitum) nothi & obliqui; *obliquo maculantes sanguine patrem*, vt Lucani illud huc transferam. Quare & negat Iustinianus lege XII C. De natur. liber. *cognitionis* vocabulum ad homines istos extendendum. Consulendus Cuiacius ad Nouellam XVIII, parte secunda.

Quantum ad matrem attinet, postquam senatusconsulto Tertulliano atque Orfitiano reciprocum succedendi ius inter illam ac liberos introductum fuit, etiam naturales ac vulgo quæsi idem acceperunt; addita ratione, quod mater semper certa sit. Enimuero negare nequit mulier, se foetus sui matrem esse: eoque frustra aut ipsius pudori, aut honori familiaris legislator consultum iret. Quare conuictæ manifestis argumentis alenda relinquebatur soboles sua: tum quod naturaliter obstringeretur ad officium hoc pietatis, tum in pœnam proiectæ pudicitiae, quoque cautius aliæ cum viris versarentur, & parentes ipsi ac cognati sexum illum sollertius custodirent. Familiaris autem honos minus lædebatur, quod docente lege IV, *Vnde cognati*, spurii solo proximitatis iure, non agnationis aut cognitionis (nam hoc a patre oritur) succedebant. Præterea tantummodo ratione ingenuitatis, & D. De atque originis matrem sequebantur, non etiam in stat. hom. l. 19, 23 & 24 Ad municip. l. 1. §. 1, & l. 9. cæteris. Nam speciatim adhuc consultum fuit familiarum existimationi, vt neque nomen, neque nobilitatem, neque insignia & arma matris, filius patre in-

D

certo

certo, aut quem habere non licebat, natus sibi arrogare posset. Quod teste Dionysio Gothofredo, ad L. 1, §. 2. *Ad municipalem*, omnes pæne interpretes iuris ciuilis affirmant. Idque asseri potest auctoritate legis v, C. *Ad Senatusc. Orfitian.* qua ne quidem permittitur ex liberalitate inter viuos quidquam ad spurios matris illustris peruenire. Ac fortius adhuc vrget ratio (nam lex ipsa restricta est ad casum, quo legitimi liberi extant) ab imperatore subiecta; quod indignum sit temporibus suis, in liberis fœminæ nobilis spurios nominari. De successione quoque iam supra dictum est: ac multo euidentius pateret, si restrictio illa abesset, quantam honestatis & dignitatis in familiis suis curam habuerint Romani legislatores. Nunc videri poterat, fauore duntaxat iustorum liberorum iniustos submotos; nisi ratio legis doceret, nec amoris matris in spurios, neque hisce ipsis quidquam, nisi vt boni viri arbitrato alantur, indulgendum. Quidquid est, discrimen hac in re olim fuit inter vilium ac plebeiarum, interque nobilium matrum liberos incerto patre natos. Nec dubitamus Accursii & Nicasii sententiæ contra interpretes subscribere; etiam matri illustri denegatam in spurii bonis successionem: non ex æqualitatis tantum ratione, sed quia multo adhuc indignius magisque probrosum erat, materno iure defuncti bona captare, cuius superstitis non poterat mater sine rubore meminisse. Hoc equidem nihil aliud fuisset, quam frui libidine sua ac flagitio, non pœnitere tam turpiter prostituti pudoris, & memoriam eius omnem ex animis hominum deletam velle. Potuisse hac ratione legislatorem moueri, non absurde ex indicata lege

lege

lege v coniecero. Prior autem ratio ipsi Cuiacio visa idonea fuit, ob quam non penitus opinionem Accursii improbare: quod nempe soleant iura successio-
 esse reciproca. *Si non possim*, inquit, commentario ad Nouellam XVIII, part. 2, *tibi succedere matri, cur tu mihi possis?* At frustra forsitan disputamus, & nunquam adeo impudenter auara mulier illustris fuit, vt spuria sobolis hereditatem appeteret. Quare nec opus constitutione fuit.

Cæterum illud adhuc addendum est, prohibitam fuisse omnem hominum eiusmodi legitimationem, ad defendendam vtique familiarum integritatem, neve etiam plebeia domus pudendo sanguine corrumpere-
 tur. Quod quam male mutatum sit nostris moribus, beneficio legitimationis quibusuis vulgo quaesitis oblato; docet ac iure conqueritur illustre quondam Prytanei nostri decus, Ioannes Strauchius, in Dissertationibus Strauch. Diss. 4. 2.
 Iustinianis. Quum enim docuisset, hodie omnes ex-
 tra matrimonium natos esse spurios, obseruanter subiicit: *Sed tamen propterea legitimatio ad vulgo quaesitos indifferenter non erat extendenda: & manet adhuc naturaliter differentia inter naturales & vulgo quaesitos. Quin quod in honorem introductum matrimonii, vt essent vetiti quicumque alii concubitus: hoc in contumeliam eidem cedit, legitimatione ad scortorum promiscuum semen extenta. Et ita necessaria in republica legitimatio non erat, vt deficiente eius obiecto adequato, quod erant naturales, propterea in eorum locum spurios oporteret surrogare, ne non foret legitimatio.*

Excessit disputandi impetus instituti nostri modum, festinandumque est ad cætera, quo tandem ad me-

tam perueniamus. Apparet igitur, quanta cura prisca Romani dignitatem matrimonii ac familiarum a contemptu & contaminatione omni defenderint. Nec difficile foret, consensum aliarum gentium ostendere, ipsasque sacras litteras ad testimonium citare. Ex quibus etiamsi præceptum naturæ erui nullum potest: ipsa tamen ratio iuris tanti est, vt negligi a prudente legislatore minime debeat. Cum primis quia liberis tam infeliciter natis prospici satis potest, si aut verus pater, aut opinatus, quemque cum muliere rem habuisse constat, cogatur aliquot annorum alimenta, horumve impendium, donec filius se ipsum exhibere queat, præsoluere; aut potius tantum conferre in publicum iubeatur, vnde miseræ proli, viuoque adhuc patre orbæ subueniatur. Quod obiici solet, patris hereditate non indignos esse liberos extra nuptias creatos; æque vt matris hereditate, in quam & spurii civili iure succedunt: id vero nulli negamus, si tantum spectemus liberos ac naturalem rationem. Neque hisce vt simpliciter indignis ius civile paterna bona aufert; sed quia incertus esse pater creditur, & civilis ratio, luculenter hæcenus a nobis explicata, præualet suasui illi naturæ. Si patri fas est, per substitutionem submouere matrem ab hereditate filii: quidni liceat idem legislatori contra liberos extra matrimonium progenitos, in bonis vtriusque parentis? Modo alia via iis suppeditetur, vnde viuant. Quod autem in matre aliud receptum est, illius ratio non ex solius naturæ iure, sed ex legislatoria prudentia repeti debet. Sic etiam exigui momenti est altera obiectio: saltem in spurio, cuius pater certus est, eandem atque

ex

ex concubina suscepti rationem videri: vt recte hodie tali filio idem ius tribuatur, quod olim naturalibus. Nam obstat illic prohibitio aut saltem improbatio consuetudinis cum foemina, extra matrimonium & concubinatum: qui ne iure Romano quidem, vt vt in permisis esset, vitio carebat. His omnibus denique accedit ratio legis XII C. De naturalibus liberis: *Filiis enim naturalibus relinquere constitutiones, quantum voluerint (patres) ideo probibuerunt, quia vitium paternum refrenandum existimauerunt.* Cuius generis etiam est, quod supra ex quibusdam adduximus, spuriis successionem ab intestato in paterna bona haud concedendam, ne pater inuitetur ad delinquendum. Desumpta hac ratio est ex naturali parentum erga liberos amore: cui dum indulgere in patre leges recusant, effusam masculorum licentiam coercitum eunt. Sed cur non eodem rigore foeminarum lasciuia compescitur? Cur non alia ratione cauetur, ne in liberos poena expetat, neve degeneri sanguine ciuitas repleatur? Verum hac omnia minime nos obturbant. Nam naturalibus liberis prohibetur, quantum voluerit pater, relinqui, non tam in poenam lasciuiae (concupina enim procreandae sobolis causa, & vnica habetur, neque ab vxore nisi duntaxat nomine ac iuribus differt) quam quo magis a concubinatu abducti, ad matrimonium ciues pelliciantur. Vtcunque enim permisus ille sit iure ciuili: vitio tamen aliquo censetur laborare: atque hinc abhorrentes ab re vxoria coercendi erant. Quod olim aliis quoque poenis, in coelibes siue exsortes coniugii statutis, factum est. In foeminis autem, quia nequeunt pro suo sibi arbitrio mari-

tum quærere, prohibitio ista aliaque pœnæ locum haud inueniunt. Sane si ad spurios, aut ex concubina & pellice nostris temporibus natos verba prædictæ legis duodecimæ accommodaueris, parum omnino ratio eius efficiet. Ausurus enim rem penitus interdictam, non compestet lasciuiam suam ex solo metu, ne liberi ex illicito concubitu nati parum aut nihil accipiant ex sua hereditate. Quare quod interpretes quidam negant, statutum, quo spurii ac naturalibus successio ab intestato in paternis bonis deferretur, conueniens rationi rectæ, seu *rationabile*, ut loquuntur, futurum; in ea re ipsi veri quidem sunt, sed ratione minus probabili nituntur: *Quia patres inuiterentur ad delinquendum.* Ut enim denegatum ius succedendi in patris hereditate minime sufficit ad refrenandum improbum illius amorem: ita nec multum accendet; nisi dixeris, data successione tacite quodammodo excusari ac permitti a legibus impudicos eiusmodi concubitus. Vetanda igitur illa & auferenda nothis liberis: tum ne honos familiarum imminuatur; tum ne satis non odisse & cohibitam velle effrenem hanc licentiam leges videantur. At in plebeia matre contraria sanctio pœnæ instar ac vim habet. Quandoquidem enim negare flagitium suum, & a familia arceri opprobrium omne nequit: habeat illa sibi libidinis suæ infelicem fructum, sustentetque in pœnam, & perduto pudore etiam existimationis iacturam faciat. Aliæ vero discant mercari cautius, & cognati documentum inde capiant, sexus sequioris attentius custodiendi. Quod supra iam monuimus, ut & de liberis naturalibus ac spuriiis, eos neque pœna neque iniu-

iniuria affici, si vel ad successionem in parentum hereditatem, vel ad alia legitimorum iura non admittantur. Vt frustra obiectetur, ita castigandos coercendosque parentes, ne pœna in liberos, eorumque iniuriam recidat.

Perspicuum igitur iam erit, improbandum potius quam probandum statutum, nec recipiendum in rempublicam, quo naturalibus & spuriiis, etsi certus pater sit, hereditas eius ab intestato defertur. Multo minus fauendum moribus Delphinatus ac vicinarum quarundam prouinciarum, in quibus memorante Guidone Papæo, ac post eum Dionysio Gothofredo ad Schneid. ad deuinum, bastardi retinent nobilitatem, nomenque & Inst. 3, 1. de insignia vsurpant sui generis, addita modo in discrimen, & originis ac conditionis suæ memoriam, linea ber. natu-
ral. sans.
n. 6. quadam transuersaria. Eisdem frui prærogatiuis nobilium omnibus, atque immunes a subsidiis & contributionibus esse, hoc vno discrimine, quod parentibus, agnatis & cognatis modo non eodem succedant. Ex illo ipso Papæo refert quoque Gothofredus ad §. 2, legis primæ D. *Ad municipalem*, fateri interpretes iuris ciuilibus, hodie consuetudine pæne omnium prouinciarum spurios non tantum originem matris sequi, sed & nobilitatem & arma eiusdem vsurpare. Quod contra auctoritatem ac rationem Romani iuris inductum esse, ex superioribus patet. Subiicit Gothofredus: *Etiamsi cardinalium, episcoporum & similium liberi sint. quod valde notandum.* Sed cur illud adeo dignum notatu? An & patrum tam sacrorum nomine atque insignibus vti licet? Consulendus Papæo ab eo testis citatus.

Hæc

Hæc vero tam fuse omnia docuimus, quo clarius fieret, si ne statutum quidem, ab intestato successionem naturalibus nothisque liberis hodie deferens, rationi iuris ciuilibus conueniat; multo minus defendi posse priuilegium, testamento patris inter liberos istos ab interpretibus quibusdam datum. Huc accedit regula iuris, a proprietate verborum non esse recedendum, nisi iusta interpretatio id suadeat, & appareat certo, improprie aliquem fuisse loquutum. Iam sicuti pater proprie is tantum intelligitur, quem nuptiæ demonstrant; teste lege v, *De in ius vocando*: ita filii ac liberi proprie dicuntur, qui ex matrimonio iusto, siue qui ex viro & vxore nascuntur; vt ait lex sexta, *De his, qui sunt sui vel alieni iuris*. Necquicquam ergo obiicitur, verba legum de testamento parentum inter liberos esse generalia: generaliter autem dicta eodem sensu accipi debere, nec distinguendum lege non distinguente. Namque tunc demum hoc obtinet, si ratio iuris vbique sit eadem. Deinde generalitas illa restringi potest ad omnia, quæ sub vocabulo proprie accepto comprehenduntur. Vt si quis de liberis suis constituat, censeatur omnes intellexisse, voce hac proprie significatos, nec discrimen aliquod sexus aut graduum voluisse haberi. Clare hoc testatur lex i, §. i, *De legatis præstandis*, eodemque significato accipienda lex LXXXIV, *De V. S.* quæ certis casibus filii appellatione omnes liberos intelligit, masculos puta ac foeminas primi ac secundi gradus. Addatur lex CCXX, §. i, eiusdem tituli. Tum demum vero naturales designarentur, si legitimos nullos testator haberet. Perinde vocabulum *filii* tum demum nepotem significat, si te-

si testator filio tutorem dederit, solusque nepos eius sit impubes. Vide §. 5, Instit. *Qui test. tutor. dari poss.* & Vinnium aliosque commentatores ad hunc locum. Quod autem §. 1, legis LXIX *De legat. 3*, dicitur, plerumque abusiue loqui testatores, nec propriis nominibus ac vocabulis semper uti; ita explicandum est, ne putemus licere iis sententiam affingere iuri contrariam. Deinde alia legum ratio est: quæ plurimum proprie, non abusiue loquuntur. Quod si regeras, lege LXXXVIII, §. 12, *De legat. 2*, Scæuolam ex Claudio referre, appellatione filiorum credi & naturales liberos, id est, in seruitute conceptos contineri: non legis ea constitutio est, sed explicatio testamenti a liberto facti. Ac speciatim receptum fuit, ut filiorum nomen in eo non tantum de liberis post manumissionem ex vxore susceptis, sed de cæteris etiam a seruo adhuc procreatis intelligatur. Ratio forsitan hæc fuerit, quod nequiuerit seruus habere vxorem; adeoque nec vitio ei quidquam duci possit, nec distinctio naturalium ac legitimorum in mancipii liberis locum inueniat. Certe naturali iure inspecto, cuius participes sunt serui; & affectio coniugalis & matrimonium verum inter eos esse potest. Liberi ergo ex coniunctione vnus serui ac seruæ nati recte vocantur legitimi, quatenus opponuntur cæteris ex concubitu vago quæsitis. Quod Bachouius quoque obseruat, principio Institutionum de Seruili cognatione. Idem contra Contium, Hotomannum, & Cuiacium in primis, docet, Iustinianum liberis, a liberto in seruitute susceptis, speciatim tribuisse ius ab intestato & cum aliis, post manumissionem legitime natis, succedendi. Eaque sententia mihi verior vide-

E

tur:

tur : licet Vinnius secundum neutrum audeat pronunciare, malitque in lite hac Palæmonem agere. Sane lege VI C. *De suis & legitimis liberis*, placuit filium ex libera conceptum ac seruo, tanquam spurium haberi, nec ut decurionis filium defendi posse: tametsi pater eius naturalis manumissus, & natalibus suis restitutus, hunc adeptus fuerit honorem. Ast non male Cuiacius ad sola decurionum priuilegia hoc restringit: ut diuersa sit successionis in hereditate patris liberti ratio. Aut dicendum cum Bachouio, memoria lapsu Tribonianum protulisse antiquatam constitutionem, omissem penitus abrogationis mentionem.

Superfunt adhuc quatuor argumenta contra communem de naturalibus liberis sententiam. Iure naturali aiunt nullum discrimen esse concubinæ ac legitimæ vxoris, nec non liberorum ex vtraque susceptorum. Testamentum quoque parentum inter liberos regulis solius iuris naturalis subiectum esse: vnde par omnino ius omnium in paterna hereditate consequatur. Verum negamus, quantum ad iura successionum solum, naturæ decretum in testamento inter liberos spectari posse. Nihil enim quam ciuiliū solennitatum necessitas sublata est ab imperatoribus: ut ex tota lege XXI C. *De testamentis*, & Nouella CVII constat. Alias extraneus quoque recte heres institueretur: quod iure naturali licet. Alterum argumentum, petitum a reuerentia, æque a naturalibus ac legitimis liberis patri præstanda; quam non sufficiat expediendæ liti, ex superioribus manifesto patet. Nam necessarium insuper ius ab intestato succedendi. Quod ex lege IV C. *De confirm. tut.* obiciebatur, quocunque modo licere aliquid dare

dare aut relinquere naturalibus liberis; simpliciter & sine exceptione minime intelligendum est. Principa- liter enim quærebatur, vtrum tutor eiusmodi liberis posset a patre constitui. Quod affirmatur, quantum ad bona attinet quæ a patre acceperunt. *Quocunque* autem *modo*, siue donatione inter viuos, siue ex testa- mento acceperint, nihil refert, modo obseruata fuerit præscripta a lege forma. Lex III *De constit. princ.* lo- cum inuenit, vbi aut lex manifesta, aut ratio plane dis- par non obstat.

Hæc de liberis naturalibus tantum dicta sunt. Qui si legitimati, iusque suorum heredum consequuti fuerint, quin nomine liberorum contineantur, nulla dubitandi ratio est. Atque est communis sententia, inter eos valere testamentum patris minus solenne. Ad legem vltimam Cod. *De his qui veniam ætat.* respondet Fachinaeus, nomine legitimæ ætatis non compre- hendi, quæ principis beneficio impleta est: quia prin- ceps nequeat facere maiorem viginti quinque annis; at legitimum, qui non fuerit legitimus, facere eum posse. Verum neque hoc potest; vt nempe ex nuptiis iustis procreatus sit, qui ex concubina susceptus. Duntaxat iura legitimorum, vt illi ætatis legitimæ, conceduntur. Deinde constat, nec legitimatos semper nomine legiti- morum comprehendi. Potius itaque dicendum, ob ius successionis ab intestato, & quoties per rescriptum legitimati hoc adipiscuntur, testamentum patris minus solenne, in quo illi heredes instituuntur, valere.

De arrogatis, quique ab auo aut proauo paterno vel materno adoptati sunt, ac transuere in ipsius potesta- tem, frustra dubitatur, vtrum inter eos liceat sine solen-

nibus iuris testari. Præter summam enim reuerenti-
 am, quam æque ac naturales, siue ex matrimonio sus-
 cepti liberi, patri debent, adest in illis ius etiam inuito
 succedendi, nisi iudicio certo rectoque submoueantur.
 Vide §. 4, Inst. *De exhered. liber.* & §. 14, *De hered. que
 ab intestato.* In adoptatis ab extraneo diuersa videtur
 ratio. Neque enim in potestatem ac familiam ado-
 ptantis transeunt, neque succedunt inuito, vt docet §. 2,
 Inst. *De adoptionibus.* Sed quoniam tamen *ab intestato*
iura successionis, sicque *sui heredis*, eis tributa sunt, vt
 eodem loco dicitur, & lege x, §. 1. C. *De adoptionibus:*
 merito cum Ant. Fabro ad hosce etiam perducimus patris
 priuilegium. Quamuis enim impugnare nequeant pa-
 ternum testamentum ex eo, quod nihil sibi in illo re-
 lictum sit: impugnare tamen possunt, quatenus solen-
 nia iuris vulgo necessaria non habet. Quo facto uten-
 tur iure sui heredis & succedent ab intestato, accepturi
 easdem quas naturales liberi partes. Hoc igitur ne
 fiat, supremæ tabulæ patris contra adoptiuos etiam pri-
 uilegio opus habent. Differunt enim adoptiui tum a
 naturalibus stricte dictis, tum a reliquis extraneis. Illi,
 etiamsi certo casu admittuntur ad successionem ab in-
 testato: exiguam tamen portionem hereditatis, a lege
 sibi assignatam, consequuntur: hi liberis nullis extanti-
 bus in totam quidem hereditatem succedunt, sed reue-
 rentiam tantam non debent, quantam liberi, siue na-
 turales, siue adoptiui. Cæterum magis recepta est sen-
 tentia, inter adoptatos ab extraneo non valere testa-
 mentum minus solenne: quia pro extraneis habeantur,
 & neque sui sint proprie, neque emancipati. Quæ ra-
 tio congruit legi vltimæ Cod. *Famil. ercisc.* at non legi

XXI, §. I. C. *De testam.* Huic enim sufficit, aliquem esse ex numero liberorum, & posse ab intestato haud secus atque heredes sui succedere. Quod si heredem oporteret aut suum aut emancipatum esse, mater non recte inter liberos sine solennibus testaretur: nec dici posset causa, cur ad illam priuilegium hoc Theodosius produxerit, pater autem non gaudeat pari iure, inter liberos nec suos nec emancipatos, suis tamen quantum ad ius ab intestato succedendi æquatos, testaturus. Illud ex plerorumque sententia nihil refert, vtrum primi, an vltioris gradus sint liberi; modo aut soli aut repræsentationis iure succedant: & siue ex filio descendant, siue ex filia. Quin, etiamsi alias vi pacti aut stricto iure successuri haud essent ab intestato; vt post Boerium, Clarum, Vasquium, Gailium, docet Mauilius in de vltimis voluntatibus.

Mauil. d.
tit. II. n.
65 & seq.

Ait Constantinus imperator lege XXVI C. Famil. ercisc. *Si vero in huiusmodi voluntate designatis liberis (suis puta aut emancipatis) alia sit mixta persona: certum est, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat personam permixtam, pro nulla haberi.* Theodosius lege XXI, §. I. C. *De testament.* vbi matris quoque testamento priuilegium dedit, liberis opponit *extraneam personam*; intelligens haud dubie omnes, qui liberi non sunt, vt vt ab intestato essent successuri. Tò *extraneum* igitur angustiore significatu vsurpatur, non quatenus etiam comprehendit, quotquot sui non sunt heredes: alio pacto matri & datum & negatum esset ius testamenti minus solennis. Nam liberi omnes, quia in potestate matris haud sunt, ratione illius pro extraneis habentur, §. 3, Inst. *De hered. qual. & differ.* Quoniam

itaque in vniuersum extranei tantum, id est, qui libero-
rum numero haud sunt, institui prohibentur: conse-
quens est, in patre etiam non requiri, vt aut heredes
sui aut emancipati sint, inter quos testatur. Vnde &
male extraneis accensentur, qui non sunt in po-
testate patris adoptiui. Recte autem pro iisdem ha-
bentur ecclesiæ, scholæ, monasteria, & quicunque piæ
causæ titulo instituuntur, nec non ipsi testatoris paren-
tes. De illis facile constabit. Nec fauor piæ causæ
quidquam efficere heic potest: quum non heredis, sed
testatoris gratia necessitas solennitatum remissa sit.
Consulendus quoque Fachinæus *Controuersiarum* li-
bro IV, 3. Parentes porro, quoniam non æque liberis
reuerentiam debent, vt ipsis liberi, frustra institui o-
missis iuris solennibus, manifestum est; vtcunque non-
nulli contrarium affirmant. Accedit, quod nusquam
vestigium vllum occurrit priuilegii huius liberis con-
cessi: & leges vetant, quæ contra regulas iuris intro-
ducta sunt, ad consequentias produci. Vide legem
XIV *De legibus*, & L. CXLII *De R. I.* Licet itaque tu-
eri debeamus testamenta quocunque modo: minime
tamen id recte fiet, si illa legibus non sint congrua.
Nam contra leges nihil probari aut recipi debet, quan-
tumuis non desit auctoritas interpretum, & lex X *De*
inoff. test. velit, eius partis sententiam præferri, quæ se-
cundum testamentum iudicauit. Agit enim lex illa,
de casu dubio, qui hic nullus est; nisi quasuis interpre-
tum disputationes inter dubia male velis referre, &
consensum plerorumque posthabere opinioni pauco-
rum, inanibus argumentis fultæ. Contra manifesta
verba legis XXXVI & sequentium, *de Re iudicata*;
quæ

quæ exorto iudicum dissensu sententiam plurium volunt obtinere ; & in liberalibus causis (eadem testamenti ratio est) tum demum, quod pro libertate statutum est, præferunt, si dissonæ sententiæ pares sint numero. Ex quibus interpretandus Marcellus prædicta lege decima, qui simpliciter ait : *Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit.* Vbi glosa : *Delegati sunt quatuor iudices inter me & heredem institutum. Duo dederunt sententiam pro me ; alii duo pro extraneo instituto.* Deinde obseruandum, subiicere Marcellum : *nisi aperte iudicem inique secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit.* Quare etiam inter sententias numero pares, & in causa fauorem merente, non obtinebit manifesto iniqua aut legibus repugnans. Confirmat hoc Iustinianus præfatione Nouellæ primæ, §. 1. *Quum utique etiam a veteribus legislatoribus dictum sit, competentes deficientium dispositiones, quæcumque non repugnant legibus, omnibus modis impleri.* Adde Nouellam XXI, cap. 2, & extremo cap. 44. Interpretes ergo, ad liberos inter parentes testaturos priuilegium nostrum perducentes, quoniam & lege & ratione destituuntur, non sunt audiendi, vt testamentis eiusmodi contra iura communia, quin contra manifesta verba legis XXI, §. 1. C. *De testam.* faueamus. Quid enim apertius verbis hisce : *nisi inter solos liberos?*

Cæterum non sufficit inter liberos aliquid supremis tabulis constitui, sed insuper necessaria est voluntas testamenti faciendi. Quæ certissime cognoscitur, si obseruauerit defunctus, quæ ad substantiam testamenti requiruntur : vt si heredem directo instituerit.

Ani.

Animo eo deficiente, & codicillos tantum parante aliquo, heredem vero aut directo instituyente aut substituente; institutio vel substitutio benigna interpretatione valet vt fideicommissum. Discas id ex Scauola in lege XXXVII, §. 2, *De legat. 3*, & lege LXXVI, *Ad Senatusc. Trebell.* Idem itaque de parentum dispositione inter liberos multo magis pronuntiandum erit. Videatur Mantica de Coniecturis vltimarum voluntatum, lib. VI, tit. 2, num. 18, & Mauilius libri ac loci aliquoties iam indicati numero 22. Vt perfecta quoque voluntas sit, siue penitus declarata; nihil opus de nouo monere. De argumentis perfectæ aut imperfectæ voluntatis supra egimus, ac plurimum interpretes disputant occasione paterni testamenti.

Illud etiam vulgo necessarium existimant, vt expresse liberi heredes instituantur; vi Nouellæ CXV, cap. 3, & quia titulus institutionis requiratur favore liberorum. Vt adeo nequaquam tacita valeat institutio, neque recte pater sic testetur: *Si filius me viuo morietur, nepos heres esto.* Quod diligenter obseruandum monet Gailius, negatque a communi sententia recedendum esse. Contraria Iasonis opinio videtur constitutionibus imperatorum conuenientior. Parentum enim potissimum ratio in iis habetur. Et quoniam institutio expresse facta nec ad substantiam testamenti pertinet, magisque solennitas quædam ciuilis est: suffecerit quocunque modo aliquem scriptum esse heredem. Quod eatenus concedunt aliqui, vt in hereditariis partibus (aliud de singularibus rebus statuendum) verbum *assigno, diuido*, admittant pro heredis institutione, modo titulus, quo hereditas liberis relinquitur, sit æqualis,

Adde Inst. de legat. §. 3. & D. De liber. & posth. l. 30.

Gail. obs. 2, 112, 10.

Sid. Mauil. d. l. n. 47. & seqq.

lis, nemine scilicet eorum præterito. Hoc enim casu sustineri voluntatem defuncti, vel vt codicillum, vel vt epistolam, vel minimum vt diuisionem & quamcunque dispositionem, sine testandi animo factam. Legitimam quoque suppleri, si qui eam non acceperint integram. Inæquali existente titulo, & aliis institutis, aliis præteritis, dissentiunt consulti: quibusdam distinguuntibus, vtrum adiecta sit *clausula codicillaris*, siue *omni meliori modo*, an vero prætermissa. Illic valere volunt dispositionem (si præcipue alia adhuc requisita accedant) vel vt codicillum, vel vt epistolam, vel saltem vt voluntatem intestati. Posteriore casu negant eam subsistere. Contra ea contendunt alii, clausulam codicillarem tacite annexam præsumi testamento, siue inter liberos siue inter extraneos facto, vique styli pro expressa haberi. Sed altera sententia scripto iuri videtur conuenientior: quumque inæqualitas tituli iniuriam quandam non institutorum trahat, merito in æquales partes ab intestato omnes succedunt. Hæc vero omnia vt vt sunt, eo duntaxat spectant, vt citra heredis institutionem expresse factam, defendatur quidem defuncti voluntas, sed non vt testamentum. De quo præcipue heic non disputatur, verum de illo, vtrum testamenti vim habeat dispositio inter liberos, in quibus iidem vel simpliciter non sunt heredes instituti, vel non expresse aut nominatim. Quæ quaestio potissimum usum habet, vbi foeminis ius ab intestato succedendi statuto est ademptum.

Nos rem omnem distinctius sic exponi posse arbitramur. Vt suprema alicuius voluntas testamenti ius ac vires consequatur, institutio heredis requiritur:

F

quæ

quæ in parentum tabulis, post Nouellam c x v, adeo necessaria est, vt legitima portione liberis titulo institutionis non relicta, tota dispositio qua institutiones heredum corruat, solaque legata ac fideicommissa singularia sustineantur. Quod passim docent interpretes ex capite tertio prædictæ Nouellæ. De eo autem in vtramque partem disputatur, vtrum clausula codicillaris, liberis vel omnibus vel ex parte præteritis, illud effectura sit, vt institutiones tam extraneorum quam liberorum, licet non vi testamenti, tamen vi codicillorum ac voluntatis cuiuscunque defendantur. Carpzouius ad Constitutiones Electorales, post Accursium, Fachinæum & alios, contra communem interpretum sententiam negat defendi posse, nec cogi putat liberos ab intestato succedentes, vt seruata sibi legitima reliquam hereditatem scriptis heredibus restituant. Fundamentum huius opinionis suppeditat Scæuola lege XIII, *De inoffic. test.* & lege XXXVI, *De legat. 3.* quæ ex prætextu dementiæ, quo testamentum patrum tanquam inofficiosum rescinditur, arguunt quoque, nec fideicommissa in eo ab intestato relicta, debere. Deinde eluderentur clausula illa codicillari leges, quæ concessa querela, liberis inique aut præteritis aut exheredatis, successionem ab intestato deferunt. Quoniam enim nullum fere testamentum sine clausula illa hodie conditur; quoniam ex communi interpretum sententia semper intelligitur adiecta testamento inter liberos: frustra diceretur Nouella c x v, cap. 3, & constitutione IX part. 3, Constitutionum Electoralium, testamentum, in quo liberi non heredes instituti, irritum fieri.

Carpz. d. l.
def. 121

Verum

Verum enimvero in confesso est, codicillis factis & rogato successore ab intestato, ut, si forte contingat testamentum nullum esse aut irritum fieri, scriptis in eo heredibus hereditatem restituat; obligatum iri ad restitutionem, quisquis ab intestato successerit. Nam ab intestato fecisse codicillos defunctus intelligitur: qui vicem testamenti exhibent: neque refert, quisnam succedat, dum intestato succedat. Docet hoc Iulianus lege III, & Paullus lege XVI, *De iure codicillorum*. Eadem vero codicillaris clausulæ vis est. Est enim vere modus quidam conficiendi codicillos ab intestato: conuertit testamentum in codicillos eiusmodi: hoc vnum, aut præcipue saltem efficit, ut testator ab intestato cum codicillis decessisse intelligatur. Quare & obligabitur per eam filius præteritus atque ab intestato succedens, ut fideicommissa tam vniuersalia quam singularia præstet. Quod amplius confirmant Bachonius ad Treutlerum de Inofficioso testamento, & Meierus in Collegio Argentoratensi. Præterquam vero quod hodie in querela de inofficioso color iste furoris necessarius non est; secuti post Bartolum ac Plateam testatur Schneidevvinus: ad leges ab aduersa parte obiectas respondetur, locum non inuenire querelam, quoties aliud, idque commodius auxilium in promptu aut testamentum ipso iure nullum est. Tale vero censeri debere, in quo filius præteritus, communis est sententia: ut & illa, non concedi in linea recta querelam, nisi vbi causa iusta, sed ea tamen dubia expressa fuerit. Consulatur Bachonius indicato loco, & inclitus iuris antistes, Georgius Adamus Struuius, Syntagmate iuris ciuilibis atque in Euolutionibus. Adde quod legata hodie debentur a filio, quem pater

Bachou. 1, 13.
10. lit. g. Meier.
er. 29, 7, 20.

Schneid. ad
pr. Inst. De
Inoff. test. n.
17.

Bach. d. l. &
th. 6. lit. e.
Struu. Exere.
10, 15.

præteriit. Vnde constat, tametsi locus querelæ daretur contra eiusmodi testamentum, eo tamen colore dari haud posse, quasi a demente fuisset conditum. Quod ipse Fachinæus agnouit libro IV Controu. cap. II. Iste præterea color vere in mera subtilitate iuris consistit: vt caussa nulla fuerit Fachinæo, a priore sententia sua recedendi: correctâ nempe ac sublata ratione legis (intellige XIII *De inoff. testam.* & XXXVI *De legat. 3.*) correctam ac sublata videri ipsam legem. Vt adeo quælibet fideicommissa ab intestato relicta, quæque ad suprema illius iudicia pertinent, cuius per querelam testamentum ruptum fuit, omnino debeant præstari. Sane quærebatur, vtrum præterito filio post Nouellam C X V adhuc censeatur testamentum a demente conditum. Solida negandi ratio est, quod legata a filio, vtcunque irrita facta institutione patri ab intestato succedat, exsolui debent. Itaque nec institutio heredis, vel heredum, a furioso facta intelligitur. Nam furiosi testamentum penitus nullum est. Excipit Fachinæus: In legatis ac fideicommissis singularibus nihil fuit a defuncto peccatum; sed in sola institutione. Ergo hæc merito irrita efficitur & corrui. Ergo nec ad fideicommissum poterit trahi. Quæ vero consequentia est: In sola institutione officium suum non fecit pater: itaque ratione illius adhuc intelligitur fuisse furiosus? Quin, quia in querela fingebatur testatorem, qui filio contra pietatis officium exheredato alium instituerat, dementem fuisse, totum propterea testamentum, docente Ceruidio Scauola, corruebat. Quare postquam præterito, aut exheredato caussa non adiecta filio, legata tamen & fideicommissa singularia

laria sustinentur; id est, censentur ab homine mentis compote relicta: institutionem quoque, & præteritionem aut exheredationem, etiamsi in ea neglexerit pater officium suum, ab homine sanæ mentis factam affirmari debet. Pergit Fachinæus: *Si institutio irrita efficitur & corrui, non facile intelligo, quo modo possit ad fideicommissum trahi.* Equidem per se, & quatenus corrui, non trahitur ad fideicommissum, sed virtute clausulæ codicillaris. Sicuti per eam alias supremæ voluntates sustinentur, vt censeatur heres rogatus ab intestato, hereditatem per fideicommissum restituere.

Altera ratio Fachinæi ac reliquorum, a communi sententia discedentium, minus nos torquet: fore, vt leges, testamentum, in quo præteriti aut exhereditati contra pietatem filii, rescindentes, per clausulam codicillarem eluderentur. Nam si voluntate testatoris adiecta est, quidni illa præualeat, cui alias tantopore fauent leges? Sufficiat liberis portionem lege debitam retinuisse: de cæteris cuius parenti liberum statuendi ius est. At vero, plerumque ex consuetudine sola a notariis solet annecti: eoque modo annexa, nihil operatur, vt do-

G. Hillig. ad Donell. 7, 18. lit. d.

cent interpretes. Recte ad hoc Bachouius: non illud iam quæri, sed quodnam clausulæ illius ius, quique effectus sit. Præsumi autem re dubia eam a testatore aut iussu ipsius additam: quum testamenta neque necessario, neque semper a notariis scribantur. Quod de cætero plurimi aiunt, testamento inter liberos tacite semper adiectam intelligi clausulam: vel defendi nequit iure ipso civili, sicuti haud pauci contendunt; vel restringi debet ad casum, quo quis solenniter voluit testari. Vt subsistat testamentum, si forte non ro-

G. Brunn. ad l. 1. de iure cod. n. 3. Strun. Syn- tagm. 34. 62.

gati testes, aut non sufficiens numerus, aut mulieres inter illos, aut plane nulli aduocati fuerint. Quod si legislator non solum harum solennitatum, sed etiam institutionis ratione admittat tacitam clausulam, non poterit institutionem, omissis a testatore liberis, ipso iure nullam reddere. Alias & clausulæ vim omnem abrogabit, aut pugnatura inuicem iubebit. Cur simpliciter irritam reddat institutionem, quam tuiturus est præsumptione clausulæ codicillaris? Cur non disertius dicat, stricto iure irritam fore institutionem, ex æquitate autem ac fauore testatoris præsumi annexam illam clausulam, eoque sustineri voluntatem tanquam dispositionem ab intestato? Si verum amamus, testamentis parentum inter liberos tributum est priuilegium, non ex præsumta hac clausula, sed quia par est liberos supremam illorum voluntatem in primis reuerenter habere. Alio pacto cuius testatori beneficium eiusmodi dandum fuisset. Nam verissimum est, quod Cuiacius, Wesenbecius, Mantica scribunt, omnium fere testatorum eam mentem esse, quæ Lucio Titio apud Scæuolam, lege LXX XVIII, §. 17. de legat. & fideic. 2. *vt si quis minus aliquid legitime, minusve perite fecerit, pro iure legitimo haberi debeat hominis sani voluntas.* Quis enim sciens prudensque perinde habiturus est, valeatne supremum suum iudicium, an reiiciatur? Contingit interdum tamen, vt defunctus noluerit valere scripturam, nisi iure testamenti. Quo casu respondit Vlpianus lege prima *de Iure codicillorum*, videri testatorem nec codicillos fecisse. *Ideoque, quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.* Vtcunque vero hoc rarius fiat, ne
tamen

Wissenb.
ad Pand. 58.
19.

tamen ex generali præsumptione de codicillis etiam faciendis, testamentorum solennitates frustra introductæ essent, placuit in vniuersum, vt scriptura, quam quis testamentum esse voluit, pro codicillo non habeatur, nisi hoc expressum sit. Vide legem XLI, §. 3, *De vulgari & pupill. substit.* & legem VIII, C. *De codicillis.* Sed ne a scopo abeamus; neque causa tanta est, cur in solis parentum inter liberos testamentis clausula codicillaris tacita intelligatur, neque propter eam priuilegium fuit concessum. Quin potius quia concessum, priuilegium, perinde existimatur, ac si diserte adiecta a testatore clausula fuisset. Cæterum vt valeat paternum testamentum, quantumuis non instituti fuerint liberi, nusquam sancitum legimus. Quin verius ex contrariis ac manifestis Nouellæ CXV verbis firmiter statuamus, noluisse Iustinianum necessitatem institutionis remittere. Vt omissa illa nec æque valitura sit dispositio, ac si inserta fuisset codicillaris clausula.

Hoc igitur opinor perspicuum erit: nisi aut instituantur liberi a parente, aut expresse inseratur testamento clausula sæpius dicta, ipso iure nullam fore dispositionem, quantum ad institutionem; vtcunque solos inter liberos facta sit. Institutio autem requiritur, partim quoniam fundamentum testamenti est, ex quo sibi pater vult succedi; partim quia honorabilior titulus ille, ac propter ius accrescendi plus emolumentum habet. Partim etiam, quia ignominiosum censetur plenumque iniuriæ, vnum alterumve ex liberis, aut omnes indignos haberi heredis nomine atque honore, & aliis postponi. Præterea nec illud in ambiguo est, quoniam per institutionem directam testamentum dis-

cer-

scernitur a codicillo, docente §. 2, Inst. *De codicillis*, eandem in testamento inter liberos requiri. Quare nec titulus substitutionis, nec fideicommissum vniuersale sufficiet; secus quam veteri iure, quo licebat filio legitimam quocunque titulo relinquere. Testis Nouella XVIII, promulgata anno post c. n. D XXXVI, quam abrogauit Nouella CXV, quinque annis posterior. Consulatur Carpzouius Iurisprudentiæ Forensis parte tertia, const. 9, defin. I. Verba institutionis directa an communia sint, quæ scilicet indefinite concepta, tam directorum, quam obliquorum vim habent, nihil refert Electorali Saxonico iure. Ac fauore testamentorum, quo magis conseruentur, placuit casu dubio verba communia pro directis, siue in personam testatoris conceptis, proque directa institutione habere. Ut apparet ex constitut. VIII part. tertiæ Constitutionum. Addatur Carpzouius definit. 6 & 7: qui verba *do, assigno*, monet directa esse, & sonare institutionem. Illud adhuc dubitationem recipit, annon & tacita institutio sufficiat. Nos supra amplexi sumus Iasonis sententiam, negantis institutione (expressa scilicet) opus esse. Quæ Bachouio quoque, commentario ad Treutlerum, placet: quia satis videri possint liberi pro institutis haberi, si bona inter eos diuidat pater. At confundi non debet institutio tacita cum præteritione; sed necesse est, vt illa ex verbis testamenti quocunque modo possit colligi. Cuius generis est, si pater diuiserit bona inter liberos, nec de alia heredis institutione appareat. Item si filio certa pars sit relicta legitimæ aut Falcidiæ loco, aut pro sua parte, aut pro dote; nec non si relictum sit peculium. Casu enim,
dubio

dubio præsumuntur hæc relicta titulo institutionis. Quod obseruauit Gothofredus ex Grasso ad cap. i Nouellæ xviii. Idem definiuit serenissimus Saxonæ Elector indicata constitutione. *Si pater liberis certa quedam bona relinquat, expressa mentione legitime facta, testamentum quantum ad institutionem subsistet. Quemadmodum & si filia loco dotis pater quid relinquat.* His igitur casibus defuncto, non ab intestato, sed ex testamento succeditur. Contrarium pronuntiandum, si vel testamentum noluerit condere, vel ommissa institutione dispositio virtute clausulæ codicillaris, expresse additæ, sustineatur.

Expendamus iam verba Nouellæ cvii, cap. i, quæ totam testamenti inter liberos rationem vberius tradunt. *Volumus, si quis litteras sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret.* Ait Iustinianus: *Si quis litteras sciens.* Quæ verba non illud sonant, vt quilibet hoc iure testaturus litterarum peritus sit, sed ponunt tantummodo casum, quo quis sua manu supremam voluntatem declaraturus est. Alias docemur ex lege XXI & XXIX Cod. *De testam.* etiam ignarum litterarum, id est, qui legere quidem sciat, sed nesciat scribere, posse testamentum scriptum condere. Prior autem, legendi imperitus, parum a cæco differt: eoque vt fraus omnis ac suspicio fraudis auertatur, per nuncupationem tantummodo recte testatur, obseruatis omnibus in testamento cæci requisitis a lege viii C. *Qui testam. fac. poss.* vt optime monuit Meierus Collegio Argentoratensi. De cæteris generaliter ita olim iure fuit constitutum: Testamentum

Meier. 280
1, 19.

G aut

aut ipsius testatoris aut aliena manu conscriptum erat. Priore casu non requirebatur, ut nomina heredum, quæque alia in eo continebantur, coram testibus nuncuparentur; sed postquam professus testator fuerat, hoc esse suum testamentum, sufficiebat subscriptio ejusdem, in reliqua parte scripturæ, idem illud significans. Docet hoc lex XXI C. *De testament.* Eadem subiicit, si nequiverit testator, forte fortuna aut morbo impeditus, subscribere, aduocandum fuisse octauum testem, qui nomine testatoris idem præstaret. Quod postea mutauit constitutio XXVII, §. I, eiusdem tituli, nec testatoris, neque testis octaui subscriptionem postulans, modo aliqua saltem parte testamenti adscripsisset testator, sua manu confectum esse. Posteriore casu, quando aliena manu conscriptum erat, nec placebat testatori conscios facere testes suæ voluntatis; itidem aut ipsius aut octaui testis subscriptio deposcebatur, per indicatam legem primam & vicesimam. At palam nuncupata suprema voluntate, sola testium subscriptio requirebatur, cuiuscunque manu confectum, esset testamentum. Rursus lege XXIX prædicti tituli Iustinianus constituit, ut nomina heredum a testatore ipso aut nuncuparentur, aut nuncupatione omiſsa scriberentur; eoque non sufficeret generalis illa subscriptio & confessio. Quod si nuncupata solum coram testibus nomina, non manu testatoris scripta; testes oportebat in subscriptionibus suis istorum meminisse. Id quod denuo abrogauit imperator Nouella CXIX, cap. 9: permittens cuilibet, ut vel sua vel aliena manu scribat nomina heredum, modo reliqua iuris civilis solennia fuerint obseruata. Hæc de testamentis scriptis
ge.

generatim legibus Romanis constituta sunt. Quæ quia pars sunt ciuiliū solennitatum, in testamentis inter liberos impune negliguntur. Hoc quidem concedimus, scriptum testamentum etiam inter liberos condere haud posse, nisi peritum litterarum, id est, qui sciat legere. Qui enim constare certo potest testatori, nihil præter aut contra voluntatem suam scriptum ab alio esse, nisi & oculorum fide nitatur? Quam facile possunt in legendo omitti, quæ iniussu testatoris scripturæ inserta sunt? Vt vero scribendi etiam peritus sit, nusquam requiritur. Nam quod ex verbis Nouellæ CVII, *propria manu*, colligunt aliqui, nisi sua manu pater scripserit nomina liberorum, vnciarum modum ac tempus, haud valere testamentum; fugit ipsos ratio. Loquitur quippe Iustinianus tantum de casu, quo quis ipse litteris mandat supremam suam voluntatem. Ista igitur omnia itidem manu testatoris consignari debent. Eodem modo explicanda sunt verba: *harum, inscribat significationes, ut eius litteris omnia declarata, nullam vltius contentionem filiis derelinquant.* Atque hoc casu nulla opus est subscriptione, vt docet authentica *Quod sine. C. De testamentis.* Quod si aliena manu vsus fuerit testator, sola eius subscriptio sufficit: quod paria censeantur, scribere aliquid sua manu, aut scripturæ alienæ subscribere. Præter consensum, interpretum, argumento quoque est lex VIII, §. 15, *Quib. mod. pign. vel hypoth. & principium Institut. De emt. vendit.* De eo non consentiunt omnes, vtrum satis sit a testatore solum nomen subscriptum esse, an præterea expresse addendum, contineri ea scriptura supremam suam voluntatem. Exempli gratia: *Hoc meum*

est testamentum; Hoc testamentum meum inter liberos conditum approbo. Posterius adhuc exposcit Clarus, eumque sequuntur alii; hac inducti ratione, quod facile sub nomine defuncti obtrudi queat testamentum, quod nunquam ille aut viderit aut approbauerit. Atque hoc eo facilius est, quod soli subscriptioni tantum virium vulgo tribuitur, ut ne testes quidem requirantur. De cætero communior sententia est, generalem sufficere subscriptionem; qualis etiam: *Ego approbo omnia superius scripta*: idque, quia leges specialem illam non postulent. Generaliter ergo posita generaliter intelligi debere, argumento legis *De legat. prestand.* Atque ita sæpius responsum est a iureconsultis Lipsiensibus, teste Berlichio & Carpouio. Profertur quidem aliud ad huc argumentum, ex cap. *i Nouellæ CVII*, tum de iure speciale subscriptionem deposci, si extraneo aliquid relinquitur. Sed ibi de legatis ac fideicommissis agitur, manu testatoris designandis coram testibus. Nulla ibidem mentio subscriptionis. Quid vero, si hac omissa testator tantummodo obsignauerit scripturam alienam? Consensu docent interpretes, signum solum nihil probare: scripturam enim testatoris aut subscriptionem a lege tanquam formam requiri; qua non adhibita, totum negotium corruat. Argumento est lex *VIII, §. 17. De transact.* Intelligendum hoc tamen, si vel ex testificatione aliorum, vel ex liberorum confessione haud constet de voluntate defuncti. Equidem ubi scriptura aut subscriptio eius præsto est, atque ex comparatione litterarum satis apparet, testes nulli requiruntur. Hi enim solius probationis

Berlich. Decis. p. 1. dec. 90. n. 17.

Carpz. Juris. prud. for. 3, 4, 18.

PARENTVM INTER LIBEROS. §
tionis caussa adhibentur, non pertinent ad substantiam
testamenti inter liberos. Itaque tum demum illis o-
pus, vbi aut negatur nec constat, manu defuncti ali-
quid scriptum esse, aut plane nulla eius extat scriptura.
Quamquam Cuiacius, Dionysius Gothofredus & Gi-
phanus contra tendunt. Aduersus quos illud ex No-
uella C VII produci potest, quod tum demum testes ac
nuncupatio coram iis requiruntur, si extraneo aliquid
legati aut fideicommissi titulo relictum fuerit. De-
inde lege XXVI C. *Famil. ercisc.* voluntas vltima pa-
rentum iubetur seruari, vtcunque destituatur solenni-
tate legum. Solennitatis eiusmodi partem faciunt te-
stes, vbi voluntas satis iam manifesta est. Vt cognosce-
re licet ex lege XXXII C. *De fideicom.* Neque nos ab
hac sententia abducat Theodosius in lege VIII, §. 3,
C. *De codicillis.* Verba eius sunt: *In omni autem vl-
tima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel
rogati vel qui fortuito venerint, in vno eodemque tempo-
re debent adhiberi.* Non hæc intelligenda esse de iure
communi, docent testamenta militum, in quibus nulli
testes requiruntur, quoties ex scriptura voluntas testan-
tis fit perspicua. Videantur Institutiones Iustinianæ
principio tituli *de Militari testamento*, & lex XV C. eo-
dem titulo. Ad quam respexisse creditur Leo impe-
rator Nouella XL: *Quin & nullis adhibitis testibus
persæpe tamen testamentum ratum habetur, quemadmo-
dum de iis, qui in acie occumbunt, constitutum est.* Quo
tamen, in re dubia, scripturam militis esse pernoscat,
duo testes requiruntur ac sufficiunt, vi legis XII, *De
testibus*; aut saltem vnus, ex Theophili sententia, præ-
dicto loco Institutionum. Adde Carpzouium Iurispru-
dentia

dentia forensis part. 3, const. 4, def. 26. Sed *imperfectum*, inquis, testamentum ab Africano dicitur, quod non obsignatum est septem testium signis, principio legis VI, *De lege Cornelia de falsis*. Et §. 1 quoque legis XXI C. *De testam.* imperfectum parentum testamentum vocatur, quod testes non subscripserunt, neque obsignarunt. Ita enim extremo principii Theodosius: *Non subscriptum autem a testibus, ac non signatum testamentum pro imperfecto haberi conuenit.* Sed ne regeramus, posteriore loco, pro *imperfecto*, legi a Gothofredo *infesto*; quam lectionem supra cum Meiero improbauimus: & Africanus & Theodosius generale illud vocabulum ad speciem duntaxat accommodant. Perfectum testamentum est, quod habet omnia ad solenne testamentum necessaria: imperfectum quod quibusdam destituitur, siue sit subscriptio, siue numerus iustus testium, siue quodcunque aliud. Imperator etiam, si §. 1 dictæ legis XXI, per imperfectum testamentum non aliud intellexisset, quam cui testes haud subscripsere nomina sua, nec signa appressere; minus fauisset parentibus quam Constantinus, prædicta lege XXVI C. *Fam. ercisc.* Nihil quippe remisisset de cæteris solennitatibus. Quare *imperfectum* in §. 1, ampliore significato oportet accipiamus. Quod autem ex authentica *Hoc inter. C. De testam.* ad rescindendum eiusmodi testamentum perfecto ac solenni opus, contra legem XXXV, C, & CLIII, *De R. I.* ex solo arbitrio legislatoris constitutum est. Quod uti liberrimum hoc casu, ita frustra quis arguetur, quoniam ad testamentum posterius testes requiruntur, ergo ad prius, quod per illud rumpitur, iisdem opus fuit. Sequetur enim

PARENTVM INTER LIBEROS. ¶

enim & prius perfectum esse debuisse: quia posterius nisi coram septem testibus ac iure perfectum, illud nequaquam rumpit.

Hoc igitur fixum esto, in testamento quod manu parentis aut scriptum aut saltem subscriptum, testes nullos requiri, nisi tantum vbi de ipsa scriptura, vtrum defuncti sit, dubitatur. Deficiente ea, duo minimum testes desiderantur, ex communi opinione. Coram quibus si testator alienam scripturam prælegit, aut prælegi curauit ac publicauit, pro testamento nuncupatio habenda erit, vt ex Iasone tradit Gaius. *Gail. 2, 112, 14 & 15.* Quia autem licet alios celare voluntatem suam: ne opus quidem prælectione, satisque fuerit, testatorem profiteri coram duobus testibus, scriptura aliqua supremum iudicium suum contineri. Modo appareat deinde, scripturam quæ profertur, eam ipsam esse, de qua loquutus defunctus. Quod post Harpprechtum docet Carpzdouius, *Iurisprudentiæ forensis part. 3, const. 4, def. 18.* Facillime autem id probatu erit, si testes saltem nomina sua subscripserint: vt alias requiritur, quando voluntas suprema litteris consignatur, docente principio legis XXI C. *De testam.* & lege VIII, §. 3. C. *De codicillis* Cæterum & hoc casu dispositio non pro scripto, sed nuncupatio testamento habetur: quia nec scripta neque subscripta est manu defuncti; & licet in nuncupatione nomen heredis exprimere per relationem ad alienam scripturam. Vide Matth. de Afflictis *Decisione CXLIII.* Quod si scriptura illa ipsius testatoris est, *mixtum* testamenti genus quidam inde concinnant, quod partim scriptum partim nuncupatiuum sit. Verius dixeris, inter liberos eam obtinere vim testamenti scripti, quo-

quoniam & sine testibus valitura erat: inter extraneos siue nec liberos, si modo numerus & status testium legitimus, atque alia requisita adsunt, duntaxat valebit vt testamentum nuncupatiuum. Quid vero, si liberi soli nomina sua subscripserint schedulæ alicui, aut vltro confiteantur, ea contineri vltimam parentis voluntatem? Distinguendum existimem, vtrum liberi heredes fuerint instituti, an simplex diuisio facta. Vtroque casu defendetur defuncti dispositio: illo vt testamentum, hoc vt diuisio qualiscunque inter liberos. Scriptura vero inter librarii siue notarii, qui iam mortem obiit, instrumenta ac supellectilem reperta, nec prælecta testibus aut ab illis subscripta, plane sine viribus est: vt contra Bartolum recte affirmat Mauilius post Clarum ac Wesenbecium.

q. Mauil. d. t.
11. n. 39.

d. t. n. 38.

Gail. 2, 112,
5 & 6.

Hactenus disputauimus de voluntate vltima parentum, litteris consignata, nec non de testibus, quando & quotnam requirantur. Cui addatur, nec opus esse vt rogentur; & foeminas quoque sufficere, tradente ex interpretibus Andrea Gailio in Observationibus. Sed magna omnino ratio iis obstat, quæ de testamento aliena manu scripto, nec subscripto a testatore, statuimus; valiturum saltem vt nuncupatiuum. Nam Martinus glossator, Fulgosius, Salicetus, & ille pragmaticorum grauissimus censor, Antonius Faber, nullum admittunt inter liberos nuncupatiuum testamentum. Præterquam enim quod Constantinus lege xxvi, C. Fam. ercisc. solius scripturæ meminit; Theodosius imperator principio legis XXI C. De testam. vnice agit de scripto testamento, statimque subiicit §. 1, exceptionem de testamento inter libe-

liberos. At §. 2. demum de nuncupatio agitur, ne verbo quidem de dispositione inter liberos addito. Protrahunt quoque absurdam consequentiam ex contraria opinione. Nam valiturum aiunt nuncupatium testamentum, vel duobus solum aduocatis testibus; in literas redactum non valiturum, vtcunque vel quatuor praesentes fuerint; nisi aut totum manu testatoris scriptum, aut saltem subscriptum sit. Imperfectum denique testamentum vocatur principio dictae legis XXI C. De testam. *quod non subscriptum a testibus ac non signatum est.* Ac de eodem agitur sequente §. 1. Male igitur intelligetur nuncupatium. Enimuero, si fatendum quod res est, nusquam leges de testamento nuncupatio inter liberos loquuntur, & Nouella XVIII, cap. 7, Nouella CVII, cap. 1, simpliciter scripturam deponunt: vt vis earum per interpretationem tantum ad nuncupatium videatur producta. Quae interpretatio etiam in foro obtinuit, affirmante Claro, Gailio, Reusnero, Carpzouio, ac passim aliis; nec immerito retinetur. Vnde nata distinctio testamenti inter liberos, in *Scriptum ac nuncupatium.* De mixto supra quadam monuimus. Potissimum pro communi sententia argumentum petitur ex Caio, principio legis XXXII, *Ad legem Aquiliam*, & a ratione legis, quae eadem in nuncupatio ac scripto testamento. Deinde tum lex XVI C. *Famil. ercisc.* tum §. 1, legis XXI C. *De testam.* generaliter loquuntur. Dici quoque posset, quoniam haec memoratam Constantini legem XXVI extendit, etiam quantum ad modum testandi adhuc amplius aliquid a Theodosio permitti. Quod enim ab ordine argumentum ducebatur, ad illud respondet Un-

H

gebau-

gebauerus, Prælectionibus initio laudatis, tum demum locum inuenturum, si res sit ambigua, nec aliunde ex iure definiri queat, monente glossa ad cap. 1, *De iuram. & alumn.* At vero si regeratur, §. 2 nihil de parentibus constitui, quasi illi, sine scriptura quoque testamentum, facturi, excipiantur: postremum hoc effugium superest, tota lege ista non tam agi de dispositione inter liberos, quam de solenni cuiuscunque testamento. Extrema autem verba principii, vti iam supra dictum, illud sonant: *non subscriptum autem ac non signatum testamentum pro specie imperfecti haberi conuenit.* Qua occasione subiicitur de imperfecta parentum dispositione. Licebit vero imperatoris verba §. 1, ita *ωδρρρζετ.* Vtuncunque testamentum, quod a testibus subscriptum ac signatum non est, tanquam imperfectum reiiciatur: aliud tamen visum fuit in testamento inter liberos. Hoc siue ratione subscriptionis atque obsignationis, a testibus omisæ, imperfectum sit; siue ratione aliarum solennitatum: quod vel non rogati, vel prorsus non adhibiti testes, vel alia neglecta, quæ paullo ante requisimus: obtinere tamen iubemus voluntatem defuncti, quantum ad solos liberos. Quod eadem non repetuntur §. 2, vbi de nuncupatio testamento sermo est, nihil valet contra communem sententiam. Eodem enim argumento euerterentur quæuis defunctorum voluntates, priuilegio singulari gaudentium. Nam simpliciter constituit Theodosius: *Per nuncupationem quoque, hoc est, sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes, & quæ sequuntur.* Ad summam: agit imperator in primis de solenni testamento, & ex accidenti tantum testamenti inter liberos, eius-

eiusque solius facit mentionem. Quod attinet ad absurdum ex communi sententia profluens: negatur primum, paternam voluntatem non sustineri, nisi scripta, aut subscripta saltem fuerit manu testatoris. Deinde, verum est, deficiente scriptura illa aut subscriptione, non valiturum testamentum tanquam scriptum, vtcunque quatuor aut quinque testes adhibiti. Valet tamen vt nuncupatiuum, ad quod vel duo sufficiunt. Ratio huius iuris hæc est, quod ad scriptum testamentum instar formæ requiritur, vt manus testatoris accesserit. Formam autem omisam numerus testium non supplebit. Hactenus igitur satis defensa communis sententia de testamento inter liberos nuncupatiuo. Et cur restringamus priuilegium ad dispositionem litteris consignatam? quum æque per nuncupationem coram testibus factam, ac per illam, manifesta certaue defuncti voluntas reddi queat. Testibus minimum duobus opus est: non vt parte substantiam testamenti huius constituyente, sed probationis causa. Quare & vnus sufficiet, vel penitus abesse possunt, vbi aliunde constiterit de voluntate. Vide Dauthium, nec non alios, quos Mauilius ad testimonium citat indicati tituli num. 15.

Reuertamur tandem ad Nouellam nostram CVII. Ait imperator. *Primum quidem eius subscriptione tempus declaret.* Non intelligitur hic subscriptio, de qua supra egimus (nam ne opus quidem illa, vbi totum testamentum manu parentis conscriptum) sed hæc Iustini mens est: Extremo eiusmodi testamenti ponendum tempus, quo confectum est: vt duabus pluribusve tabulis extantibus, vtrum prius aut posterius sit, constare queat. Casu enim dubio nullum præualebit, argu-

6. Stran. Syn.
tagm. Exer.
32, 18. Carpz.
iurispr. for.
3, 4, 15.

6. Scharius
ad C. De te-
stam. l. 25.

mento legis xxx *De testam. tut.* & legis x *De reb. dub.* Nec annum tantummodo ac mensem, sed *diem* quoque prædicta ex causa exprimi debere, consensu statuunt interpretes; sicque respondere solent Lipsienses ac nostri Scabini. Ac rectissime omnino, utcunque in diuersa abeat Wesenbecius in consiliis. In aliis quidem priuatorum scripturis; in pignoris quoque contractu, annotatio diei non est necessaria: sed necessaria utique futura esset, si inter plura & pugnancia forte exempla, quodnam prius aut posterius, cuiue stare oporteret, ambigeretur. Quod loci mentio nulla fieri debet a testatore, huc nihil pertinet. Ab eo enim discrimen nullum petitur. Neque lex tertia *de Accusationibus*, permittit, ut accusator diem libelli scripti aut dati omitteret; sed loquitur de die & hora delicti commissi: neque si permitteret, contra communem sententiam posset argumentum inde produci. Quapropter tueamur communem opinionem, vel hoc quoque argumento, quod Nouella nostra simpliciter tempus assignari postulat, sub quo utique etiam dies intelligitur. In eo autem Wesenbecio assentimur, *nomen imperatoris* non esse necessario ponendum: quoniam dissentientibus interpretibus illa pars potior, quæ secundum testamentum, & nihil iniqui, aut legibus contrarium pronunciat. De quo supra egimus.

Pergit Iustinianus: *Deinde quoque filiorum nomina propria manu; ad hoc uncias, in quibus eos scripsit heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas. Ut undique claræ & indubitatae consistant. Si vero etiam rerum voluerit facere diuisionem, aut in quibusdam rebus certis, aut omnes aut quasdam*

Wesenb.
conf. 2, 90,
17.

dam institutiones statuere, & horum inscribat significaciones: ut eius litteris omnia declarata nullam vltius contentionem filiis derelinquant. Demonstrauimus supra, necessariam esse in testamento inter liberos institutionem heredis, siue expressa illa sit, siue tacita. Eadem a Iustiniano hic requiritur, dum & *heredum & institutionum* meminit, & præterea diserte vult poni nomina liberorum. Caue autem, ne confundas institutionem nominatim factam cum expressa. Nam idem heres & nominatim & tacite simul instituitur, si dixerit testator: *Si Caius, filius meus, me viuo morietur, Seius heres esto.* Vnciarum ac partes bonorum, quæ cuique assignantur, non arithmeticis notis, sed integris litteris perscribi debent, ad fraudem omnem præcauendam. Idem pronuntiandum de omnibus, in quibus aliquid momenti positum, & vbi fraudi ac liti locus est. Reliqua in testamento signis ac notis significari, modo visitatæ sint nec obscuritatem pariant, nihil refert. Consulendus Donellus Commentariorum iuris lib. VI, cap. 9, Sichardus ad authenticam *Quod sine. C. De testam.* Richterus Decisione XXIX. Sed Cuiacius libro tertio Observationum, cap. 3, quum pagani testamentum, quod notis, non litteris, conscriptum est, nec ciuili nec prætorio iure valere dixisset, excepto testamento inter liberos: Iustinianum Nouella CVII hoc emendasse existimat, ac testationem mentis nostræ inter liberos voluisse totam litteris conscribi, esse *ὁλοζαύμασιον*. Nam etsi, inquit, euidenter id tantum exigat, ut vnciarum modus δι' ὅλων ζαύματων, & τοῖς συμβόλοις τῶν δευδμῶν describatur; tamen paullo post subiicit, ut τοῖς αὐτῶ ζαύμασι omnia designentur. Verum postrema Iustiniani

verba accipi debent tantum de rebus, quæ inter liberos diuiduntur, & in quibus speciatiim institutiones vel omnes, vel quædam duntaxat fiunt. Quid opus alias erat, bis repetere, hoc illudque integris litteris designari oportere?

Quod de vnciis ac rebus, ex quibus quisque heres scribitur, imperator constituit, eas clare significari debere; satis arguit, arbitrio parentis æque ac in solenni testamento permitti, vt partes hereditatis faciat inæquales. Quis enim dubitet, partibus nullis nominatis, ex æquis partibus heredes esse? Si etiam non nisi æquis portionibus liberos licet instituere, quid opus mentione vnciarum & distributione partium? Quæ tum demum necessaria, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes fieri, vt habetur §. 6, Instit. & lege IX, §. 12, *De heredib. instit.* Cur lege XVI & XXVI C. *Famil. ercisc.* constituitur, rationem habendam senatusconsulti Trebelliani; nisi concedas, ne quidem legitimam quibusdam liberis relictam fuisse? Et cur facultas datur testamenti condendi, quod tantum non penitus est superuacuum? Præterquam enim, quod solum designare licet, quasnam res pater ad hunc potius quam alium, velit peruenire: tota hereditatis diuisio, ratione partium, ex lege successionis ab intestato instituenda est. Denique nec leges æqualitatem vllò loco postulant: & omnino huc etiam pertinent grauissima Alexandri imperatoris verba, lege VIII C. *De inoff. testam.* *Parentibus arbitrium diuidenda hereditatis inter liberos adimendum non est: dummodo non minus is qui pietatis sibi conscius est, partis, quæ intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex iudicio parentis obtineat.*

Cui

Cui necquicquam opponuntur iura, æquabilitatem inter liberos postulantiã, & in primis Nouella XXI, cap. 48. Vel enim de successione ab intestato tantum agunt, vel de casu, quo voluntas testatoris est dubia (vt obseruauit Gailius) vel immodicam prohibent inæquabilitatem, ex qua cæteris liberis iniuria fit ac ne legitima quidem salua manet. Hanc coercere maxime voluit indicata Nouella, si parentes *aliquem ex secundis habeant nuptiis, aut etiam ex primis forsan, ita festiuum, ita dilectum, vt velint preponere eum aliis in possessione.*

Gail. 2. 112, 28.

Sueb. ad Inst.

Diss. 2, 31.

Sed regrediamur ad Nouellam nostram de testamentis imperfectis. Ait Iustinianus: *Si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata aut fideicommissa, aut libertates, & hæc propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi & scripserunt & volunt valere, sint firma.* Monstrauimus antea, extraneos scribi heredes non posse: inter quos referenda etiam vxor, quatenus non est e numero liberorum. Hoc loco distinguitur ab extraneis, quatenus hi pro quibusuis hominibus, nulla cognatione, aut necessitudine testatorem contingentibus, accipiuntur. Quales etiam serui, quibus libertas legatur. Aut fortasse dicendum, intelligi adhuc debere vocem *aliis*, quasi scriptum sit: *aut aliis extraneis personis quibusdam.* His igitur legata & fideicommissa particularia recte relinquuntur, modo testator manu sua designauerit, & nuncupauerit coram testibus. Authentica *Quod sine. C. De testam. valere legata ac fideicommissa statuit,* tametsi subscriptum duntaxat testamentum manu

S. Richt. de.
 eis. 29 Strun.
 Synt. iur. ci-
 vil. exerc. 32
 19.

manu testatoris. Sed pridem erroris auctorem arguere Hartmannus Pistoris atque alii: quum Nouella nostra, præter scripturam parentis, etiam nuncupationem coram testibus aperte postulet. Quæ quia solennitatis instar sit, minime queat abesse. Hinc in sententiis solet adiici, dispositionem defuncti nullam esse, quantum ad legata & fideicommissa, ob defectum solennitatum. Contra ea contendunt alii, nec exiguæ auctoritatis iureconsulti, tantummodo desiderari testes, ut certi simus de voluntate parentis, & suspicio omnis fallaciæ submoueat. Quare quoties voluntas dubia & controuersa haud sit, præstari legata debere, quamuis nulli aduocati testes fuerint. Iurium autem, quæ testes postulant, non tam verba, quam sententiam ac rationem inspiciendam. Quæ opinio probabilis videtur. Nam leges hac in re spectant præcipue naturalem obligationem. Quandoquidem tamen Iustinianus in Nouella nostra, extremo capitis primi, disertis verbis ait, *hoc solum immutari* quantum ad legata, ut nuncupatio coram testibus requiratur: non iniuria nuncupationem pro solennitate necessaria habueris. *Nihilò, inquit, minuenda* (legata & fideicommissa) *eo, quod videantur in charta scripta, reliquam obseruationem testamentorum, non suscipiente: sed hoc solum immutetur, quod eius manus & lingua habet omnem veritatem chartæ* (minus solenni) *præbitam.* Hoc est, sufficiat nuncupationem accessisse; quia hæc & scriptura defuncti æque certum veritatis argumentum sunt, quam ratione institutionis sola scriptura. Acutiores meliorem interpretationem in medium proferant. Ex illa vero sententia patet, in nuncupatio testamento frustra relinqui legata aut fideicom-

com-

commissa, vt censent quoque Dauthius ac Mauilius. *Dauth. a. d. 21. §. 1. C. de testam. n. 16. §. 29. Mauil. d. t. 11. n. 59.*
 Contrarium rursus pronuntiandum fuerit, vbi manum testatoris solum probationis causa requiri, asseritur. Vtcunque de cætero verbis Nouellæ magis respondeat Lipsiensium iureconsultorum sententia: in foro tamen prætulerim alteram; obligari liberos ad legatorum præstationem, siue ex scriptura sola, siue ex testium fide voluntas parentis manifesto appareat. Satis vero & ratione legatorum vel duo testes fuerint, iique nec rogati: quoniam Nouella nihil definit. Adeundus Carpzouius Iurisprudentiæ forensis part. 3, const. 4, defin. 20. Ex communiore quoque interpretum sententia, in legato ad pias causas relicto, totidem minimum testes requiruntur. Præterquam enim quod Nouella nostra in libertatis legato testes adhibere iubet; ex qua de pia causa recte argumentamur: in vniuersum alias, saltem canonico iure, tres vel duo testes necessarii sunt, quando ecclesiæ forte aut pauperibus aliquid legatur. Quod ius sicuti alias casu dubio sequimur; ita hic quoque obseruandum erit: quum nusquam necessitas testium in legato tali remittatur. Videndus Euerhardus Loco a libertate ad piam causam, cap. XI, *De testam. cap. 1. De noui oper. nunc. versu: Quia vero.* Hæc tamen interpretationem recipiunt ex illis quæ paullo ante disputauimus. Aluari Valasci argumentis, qui in Decisionibus suis simpliciter negat, in legato eiusmodi testes requiri, prætenditque communem doctorum opinionem, ab Vngebauero respondetur, prælectionibus aliquoties laudatis.

Haftenus interpretati sumus caput I Nouellæ CVII, egimusque tum de institutione liberorum, tum

de legatis ac fideicommissis, quæ extraneis personis relinquuntur. Nec dubitandum, quin & substituere sibi inuicem liberos fas sit, siue directo, siue oblique, siue vulgariter, siue pupillariter & exemplariter. Extranei autem substitutio plane non admittitur, quia est genus quoddam institutionis. Atque illa communis quoque est sententia. An vero & exheredari filius in testamento ejusmodi potest, si præcipue obseruauerit pater, quæ filium exheredem facturo leges præscribunt? Discordant interpretes, ac plurimi affirmantem sententiam tuentur: tum quod nusquam prohibetur, tum quod exosum esse nequit, quod vi potestatis suæ, ex causa iusta ac nominatim expressa, pater facit. Hinc & sententia illa communis dicitur. Contraria tamen communior ac verior censetur a doctissimis iureconsultis: qui hoc præcipue argumento vtuntur, quod nusquam detur patri ea facultas, nec produci debeant, quæ odii aliquid habere existimantur. Nec sufficit causam legitimam nominatim testamento inseri. Nam cur tantopere faueat legislator patribus, vt ne quidem exheredato filio fas sit supremum illius iudicium, & aut prorsus sine testibus, aut coram duobus duntaxat declaratum, obtentu omissorum iuris solennium impugnare? Legata liberis non singularia modo, sed & vniuersalia recte relinquuntur, idque sine testibus inscripto aut subscripto a patre testamento. Quin quotiescunque institutio sine testibus valet, res quoque sine illis legatae liberis debentur. Quid enim refert, siue institutionis, siue alio titulo, ultra legitimam pater alicui ex liberis aliquid assignet? Maioris momenti res est, instituere heredem, quam alteri aliquid legare
aut

*D. De vulg.
& pup. subst.
l. 1.*

*G. Manl. d. t.
11, 8. Struu.
Exerc. 32, 19.*

aut per fideicommissum relinquere. Hoc enim tum in testamento, tum ab intestato, & vel epistola vel libello recte fiet; quin etiam sine scriptura ac solo nutu, per legem XXII C. *De fideicommiss.* Et quid verbis opus est? Satis Nouella nostra indicat, in solis legatis extraneo relictis testes deposci. De tutelis monemus, quantumvis permittatur patri vnum ex filiis alteri tutorem dare: ex communi tamen sententia extraneum eatenus solum constitui posse, vt a magistratu confirmetur sine vlla morum ac facultatum inquisitione, datiuoque præferatur. Nondum confirmatus nec obligatur ad suscipiendam tutelam, nec de neglectis tenetur. Ratio petenda est ex generali constitutione de extraneis, testamento inter liberos mixtis. Trahitur huc quoque lex II C. *De confirmando tutore,* & verba, *neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari,* de extraneo accipiuntur. Quam interpretationem supra docuimus haud respondere præcedentibus verbis, *neque per epistolam.* Locum tamen inuenit eadem lex, si explicetur de testamento ratione voluntatis imperfecto. Si enim in eo datus tutor confirmandus est; quidni datus in dispositione, qua solennitatem solam imperfecta, & munita priuilegio?

Hæc igitur iura sunt parentis, inter liberos supremum iudicium suum declarantis. Præterquam quod heredes instituere cogitur liberos, nullis adstringitur solennitatibus. Testes aut nullos, aut duos solum, eosque etiam foeminas, nec speciatim rogatos potest adhibere, prout scriptum subscriptumve, aut nuncupatiuum est testamentum. Præterea nec opus publicatione. Qua de re videndus Guido Papæ, *Quæ-*

*Clarus Sen-
tent. 3. §. te-
stamentum.
qu. 10. n. 4.*

p. 4. §. 14.

p. 41, & seq

*Dauth. ad
Cod. de tes-
tam. l. 21,
§. 1. n. 21.*

*G. Gail. Obs.
2, 114, 3.
Wissenb.
Disp. ad
Pand. § 8,
20. Meier. C.
A. 29, 7, 20.*

stione D X X X V I I I, Gailius, laudata sæpius Obserua-
tione, num. 14, & Mauilius dicti tituli X I num. 11. De
clausula codicillari, quam tacite inesse testamento e-
iusmodi, scriptores tradunt, fuse iam disputauimus.
Monitum quoque, intelligi hanc sententiam posse de
testamento inter liberos, quod pater condere secun-
dum communia iura destinauerat, sed non perfecit ra-
tione solennitatum. Non autem de eo, quod ratione
voluntatis, aut exheredationis ac præteritionis irri-
tum est. Tale etenim ne per expressam quidem clau-
sulam vim dispositionis ab intestato consequi, multi
contendunt. Quamquam usu fori, & rectissime obti-
nuit, vt testamentum, quod siue ratione solennitatis
omissæ, siue ratione exheredationis aut præteritionis
irritum factum est, vim fideicommissi vniuersalis adi-
piscatur. Sed quantum ad tacitam clausulam attinet, si te-
stamentum ratione voluntatis aut institutionis laborat,
haud censi potest adiecta, ad voluntatem imperfectam
aut institutionem sustinendam. Quod si & solennitates
necessariæ defint, videntur nec legata sustineri posse.
Nam Nouella C X V de solenni testamento, deque casu
etiam, quo liberi parentes non instituunt aut iuste ex-
heredant, loquitur. Vt cunque autem dici possit, omissis
etiam solennibus præsumi tacitam clausulam: propter-
ea tamen verius legata sustinentur, quia placuit legisla-
tori arctius hoc casu liberos obstringere, propter reue-
rentiam summam quæ parentibus debetur. Accedit quod
nouella C V I I non simpliciter legata, extraneis data,
confirmat, sed tum demum, quando & manus testa-
toris & nuncupatio coram testibus accessit. Qua so-
lennitate nihil opus foret, si tantum propter clausu-
lam

lam tacitam defenderetur dispositio. Quidnam hodie interpretes statuunt, antea monuimus: & sententia ipsorum pro fundamento proximo habet reuerentiam parentibus præstandam. Hoc adde, si virtute præsumptæ illius clausulæ defenderetur iudicium defuncti minus solenne; non tanquam ex testamento (quod infra asseremus) sed ab intestato succederetur. Clausula enim codicillaris conuertit testamentum in codicillos.

Neque tamen negauerim dari casus, quibus clausula illa tacita in imperfecta parentum dispositione apertius præsumitur, ac vim quoque maiorem habet. Nam lege XXXVIII *De fideic. libertat.* Paullus refert, in testamento, quod perfectum non erat, testatorem alumnae suæ libertatem & fideicommissa dedisse. Filii omnia, vt ab intestato agunt: vel quia non tam ratione solennitatum quam voluntatis dispositio imperfecta erat, vel quia nondum gaudebant patres illo priuilegio. Manumittunt alumnam, vt ex causa fideicommissi. Sed nihil petierat pater ab intestato: clausulam codicillarem non adiecerat, nec debebantur libertas ac fideicommissa ex imperfecto testamento. Pronunciauit tamen imperator: *recte alumnam manumissam, & ideo fideicommissa quoque ei præstanda.* Cuius sententiæ hanc rationem reddit: *pios filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset.* Ex affectione igitur testatoris coniectura ducitur de seria voluntate: & quia pietas liberorum exigebat hoc casu obsequium, imperator iudicium defuncti vt voluntatem ab intestato confirmauit. Quod singulare decretum firmat sententiam interpretum, legata vxori data aut aliis personis extraneis, deberi hodie, vtcunque testes nulli aduocati fue-

fuerint. Quod ad quosuis legatarios produci potest: quandoquidem nemo legata & fideicommissa dabit, nisi ei quem diligit. In transitu expendenda est summi iureconsulti Iacobi Cuiacii obseruatio, ad legem XXIX, Qui test. fac. poss. *Valde notandum est, inquit, hoc decretum, ex quo intelligimus, licet inter liberos testamentum imperfectum valeat, quantum ad portiones eis adscriptas; legata tamen ex eo & fideicommissa non deberi, nisi propinquis, vel uxori, vel alumno vel aliis personis, quibus verisimile est omnimodo prestari testatorem voluisse & ab intestato.* Fluunt hæc ex illa ipsius Cuiacii atque aliorum sententia, succedi ex testamento imperfecto duntaxat tanquam ab intestato; & eo trahi possunt verba Paulli: *quum omnia vt ab intestato egissent.* Quoniam porro lex XXVI C. Fam. *ercisc.* & §. I, legis XXI C. *De testament.* simpliciter vetant extraneos liberis misceri, & quidquid illis datum est, hisce accrescere iubent: statuere hinc licet, nec legata & fideicommissa singularia valuisse. Pertinet huc lex XXIII C. *De fideicom.* eosdem auctores habens, quos lex XVI C. *Famil. ercisc.* quæ de imperfecto parentum testamento agit Exceptionem suppeditat Paullus prædicta lege XXXVIII. Quandoquidem vero ex iis, quæ infra disputaturi sumus, luculenter apparebit, non succedi ex testamento eiusmodi tanquam ab intestato: dicendum est, ætate Paulli iureconsulti, & Alexandri Seueri imperatoris, nondum patribus priuilegium fuisse datum; aut de testamento agi, quod ne quidem vi priuilegii poterat defendi. Hinc *omnia vt ab intestato rogati egerunt.* Non habebat paternum iudicium vim dispositionis ab intestato. Quum filii ex errore
facti

facti rogatos se ab intestato existimassent, atque ob-
 tentu eius negarent alumnam recte manumissam ac fi-
 deicommissa deberi: imperator interloquutus reiecit
 prætextum hunc, obstrictos pios filios pronuncians, *eti-*
amsi nihil ab intestato pater petiisset. Hæc genuina vide-
 tur legis XXXVIII sententia. Legata autem in testamen-
 to imperfecto extraneis data, ante Nouellam CVII
 haud valuisse, nullus inficias ihero. Quin ex lege XXIII
 C. *De fideicommissis*, defendi possunt, qui hodie quo-
 que negant legata deberi, nisi & manu testatoris desi-
 gnata, & coram testibus saltem duobus nuncupata fue-
 rint. Quod stricto iure verum videtur. Nos tamen con-
 trariam sententiam prætulimus, contemplatione æqui-
 tatis, si certa ac manifesta defuncti voluntas est, & ipsius
 Paulli iureconsulti, aut potius Seueri imperatoris au-
 ctoritate. Satis de codicillari clausula. Hoc adden-
 dum adhuc de *clausula*, quam vocant, *derogatoria*, eam
 itidem censerit tacite adiectam testamento inter liberos.
 Vnde hoc non reuocatur per posterius quantumuis so-
 lenne, nisi prioris expresse fiat mentio. Constat id
 ex authentica *Hoc inter*. C. *De testamentis*, & vulgo
 interpretes perducunt ad testamentum nuncupatium.
 Communi iure alias testamentum etiam perfectum
 tollitur, etiamsi nominatim non reuocetur; nec vllius
 momenti est derogatoria clausula priori adiecta. Vi-
 dendus §. 2. *Instit. Quib. mod. test. infirm.* lex I & II,
De iniusto, rupt. irrit. lex XXVII C. *De testam.* Anto-
 nius Faber de Erroribus pragmaticorum, part. II, dec.
 37, err. 7 & dec. 38, err. 1. Vulgo tamen postulant, & in
 foro receptum est, vt in posteriore testamento expresse
 prioris clausula reuocetur. Videatur Vinnius Com-
 mentario ad prædictum §. 2. *Institutionum.*

*Conf. D. De
 cond. ind.
 l. 32 §. 2.
 Strauch. ad
 Quinqu. Dec.
 cis. Exerc. 63
 2, 5.*

Per-

Gail. Obs. 2,
112, 13.
Manl. d. 1.
11, 36.

Peruenimus ad quæstionem, ab interpretibus præstantissimis, Cuiacio, Giphanio, Fachinæo & Antonio Fabro dubiam factam, vtrum liberi in dispositione nec solenni heredes instituti, tanquam ex testamento succedant. Vulgo affirmari solet, hoc præcipue argumento, quod dispositio eiusmodi verum sit testamentum. Sed contra tendunt consulti iam laudati ac statuunt, liberos solum ab intestato succedere. Eorumque opinionem, referente Vngebauero, Gasparus Schiferdeghe- rus adeo existimat solidis rationibus fulciri, vt pragmatici homines, tametsi in vnum omnes conspirent, nullo modo eam sint conuulsuri. Multum autem refert, vtram sententiam in foro sequamur: tum ratione substitutionis pupillaris, & tutelarum, quæ dependent a testamento; tum eo casu, quo fœminæ a successione ab intestato per statutum submouentur. Fundamentum communis sententiæ diximus esse, quod imperfecta eiusmodi dispositio non minus verum sit testamentum, ac suprema militis, iure militaris testantis, voluntas. Eandem igitur vim habeat necesse est. Neque opus foret institutione, si ex testamento eiusmodi non aliter quam ex dispositione ab intestato succederetur. Et vltro fatemur, improprie testamentum vocari, si heredis institutio meri arbitrii res esset. Cur autem de eo agitur a Theodosio, vbi requisita testamenti accurate percenset? cur parentum testamentum ibidem iure priuilegii excipitur? cur tantum inter liberos obtinet, nec vlla misceri potest extranea persona? cur Iustinianus Nouella CVII tanta cura formam eius præscribit? quum fideicommissum quilibet siue epistola siue libello, vel sine scriptura, immo etiam nutu possit

fit relinquere, per legem XXII C. *De fideicommissis.*

Argumentis interpretum, qui testamentum inter liberos negant verum testamentum esse, supra satisfecimus. Ac miror quosdam arguari, quoniam vulgo testes nulli in scripta dispositione imperfecta requirantur, ex ratione iuris eam non haberi posse pro testamento. Hoc enim a testibus, coram quibus conficitur, nomen accepisse. Quasi vero semper etymologiae habenda sit ratio; aut ignoretur, Tribonianum ex eo statuere appellatum testamentum, quod *testatio mentis* sit. Ceterum sit sane etymologia posterior aliqua potius allusio; dicatur etiam stricte testamentum, quod coram testibus confectum est: quid vetat eodem nomine appellari dispositionem, iure pari censendam, quaque vires inter liberos easdem habet? Tandem non disputamus de vocabulo, sed de re ipsa, vtrum civili iure imperfecta eiusmodi dispositio verum seu proprie dictum testamentum sit. Sed exheredare tamen, inquis, non licet liberos, secus atque in vero testamento. Primum de illo adhuc inter interpretes lis est, & multi in contrariam sententiam eunt; vt eam quoque communem vocent Clarus, Hartmannus Pistoris ac Bachovius. Deinde denegatio istius iuris minime improprietaem arguit, quasi tabulae paternae abusive tantum testamentum vocentur. Neque enim ab exheredatione, sed ab institutione heredis pendet substantia testamenti. Quod praeter haec de vxore obiicitur, non alia ex ratione corruere eius institutionem, quam quia nequeat ab intestato succedere; vnde necessum sit, dispositionem parentis duntaxat valere vt voluntatem intestati: in eo

K

magno.

magnopere a vero aberratur. Nam quia deficiente iure successionis metus non erat, ne heres instituta impugnaret mariti tabulas; quid opus huic vlllo contra vxorem priuilegio? Vtcunque vero ius illud postea ipsi datum fuerit certis casibus: deest tamen altera priuilegii ratio, reuerentia testatori debita. Quæ equidem tanta in vxore non est, quanta in liberis. Et quis dubitet, vxorem, quantum ad hunc casum, esse personam plane extraneam?

Obiectant præter hæc legem XVI & XXVI C. *Fam. ercisc.* ad quas paucis respondendum est. Destinauerat pater testamentum solenne aut codicillos facere, sed *tamen circa testamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiebat; coeptum neque impletum testamentum vel codicillus; solennitate legum huiusmodi dispositio destituta erat.* Iubent tamen imperatores, iudicem sequi voluntatem defuncti in familia erciscundæ iudicio, quibuscunque verbis declarata sit; seu epistola parentis esse memoretur, siue quocunque alio modo scripturæ quibuscunque verbis vel iudiciis inueniantur relicta. Qualicunque iudicio, vt loquitur lex XXI eiusdem tituli, *pater suam declarauerit voluntatem.* Quid autem sequentia verba sibi volunt? *Licet ab intestato ei fuerit successum; licet ab intestato liberi ad successionem vocentur.* Enimvero aperte fauent aduersaria parti, & hæc illorum videtur sententia. Vtcunque hisce casibus liberi vocentur ad successionem ab intestato: voluntatem tamen defuncti defendi debere. Sed quoniam absolum est, ex testamento vero ac proprie sic dicto tantum succedi tanquam ab intestato: ponendus est casus, quo testamentum coeptum nec impletum ne quidem tueri no-

men

men testamenti potest, herede scilicet nullo instituto. Vnde talis sententia producet. Licet in suprema patris dispositione liberi non heredes instituti, eoque ab intestato vocentur ac succedant, defendendam tamen eius voluntatem. Cui explicatio hæc non satisfacit, is meliorem proferat; aut dicat cum Bachouio, per posteriores constitutiones iuri parentum aliquid fuisse additum. Nam altera interpretatio, verba legis referenda ad codicillos & epistolam, de quibus ibidem agatur, minus placet. Illa Ioannis Fabri speciem veri habet, intelligi casum, quo liberi repudiarint successionem ex testamento imperfecto, electa altera ab intestato. Sed repugnant verba legis XXVI, *licet ab intestato liberi ad successionem vocentur*. Aliud enim est vocari a lege, aliud vltro tendere ad eius beneficium. Quod eadem sanctione Constantinus tantum inter heredes ab intestato successuros, valere iubet paternam voluntatem; contra nostram, eamque communem sententiam, frustra adducitur. Vt enim priuilegio opus habeat testator, desiderantur eiusmodi successores, qui secure tabulas eius possunt impugnare; vti aliquoties monitum. De nepotibus, quatenus repræsentationis iure cæteris pares sunt, propterea agitur, quia itidem queunt, reiecta aui dispositione, beneficio successionis ab intestato frui, si illud plus emolumentum polliceri intellexerint.

Quoniam igitur testamentum inter liberos verum ac proprie dictum testamentum est, viresque eiusdem habet: sequitur, mitti ex eo statim liberos posse in bonorum possessionem, vi legis III C. *De edicto D. Hadr. toll.* & explicari debere ex iure communi, argumento

legis III C. *De testam. milit.* Ut si duæ vnciæ filio datæ sint, vna filiæ, tres totius hereditatis partes factæ intelligantur, ex quibus duæ filio, vna filiæ addicantur. Nec liberis duntaxat, sed ipsis legatariis ac fideicommissariis actiones competunt, quibus hereditatem aut possessionem, legataque ac fideicommissa consequantur. De quibus copiose Rutgerus Rulantus egit parte tertia operis de Commissariis, lib. VI. Quia porro solennitates nullæ requiruntur; debentur legata ac fideicommissa extraneis data, etiamsi & ratione institutionis & ratione solennium iuris dispositio laboret. Ut Nouella CXV, etsi loquatur de solenni testamento in quo præteriti liberi, haud videatur ad illud restringenda. Voluntatem parentis impugnare nefas, in quantum ea iuri conformis est. Alias amittitur, quidquid a defuncto datum fuit, vt sola filio legitima salua sit. Expresse etiam ita cautum statutis Eisenbergensibus, referente Io. Philippi Ecloga LXIX ad lib. II Institutionum iuris. Sed si quid legibus dissonans & contrarium testator disposuerit, impune iudicium eius accusatur; sicuti nec prohibitio eiusdem & pœna statuta efficiet, quo minus legitimam saltem liberi consequantur, solennitates paterni testamenti impugnantes. Adi Carpzouium Iuripr. forens. part. 3. const. 7, def. 24. Si testamento priore solenni scripti sunt extranei heredes, posterius minus solenne inter liberos illud irritum facit. Quæ de re neminem vnquam dubitauisse Maulius ait. Addatur tamen Mollerus libro III Semestrium, cap. 22, Carpzouius prædicti loci const. 4, def. 25. Verba Theodosii lege XXI, §. 3, C. *De testamentis*, ad imperfecta parentum testamenta inter liberos nihil pertinere, ex eo apparet, quod

d. v. 113.

quod in priore perfecto testamento scripti heredes erant, qui ne ab intestato quidem poterant succedere. Nullos igitur liberos habuerit testator. Deinde generatim fit mentio successorum ab intestato, qui posteriore imperfecto instituti. Tertio quinque iurati testes in eo requiruntur, nec plus tamen virium habet, quam *quasi ultima voluntas intestati*. Hæc longe absunt a priuilegio parentibus concesso. Legem II *De iniusto rupt. irrit.* quæ simpliciter ait, testamentum prius perfectum per posterius imperfectum rumpi, si in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; interpretatur Arnoldus Vinnius ad §. 7 Institut. *Quibus mod. test. infirm.* Sed eadem ad testamentum inter liberos nihil spectat: de cuius infirmatione pauca hæc addamus.

Posterius testamentum aut iure perfectum est, & diserte in eo prius reuocatur, aut æque vt illud est imperfectum, inter liberos tamen solos conditum. Priore casu rumpitur testamentum prius, vi cap. 2. Nouellæ CVII, & authenticæ *Hoc inter. C. De testamentis*. Quæ quoniam haud distinguunt, vtrum liberi an extranei posteriore testamento sint instituti: existimant Cynus, Angelus, Pantschmannus, & cum iis Vngebauerus, ad rumpendum testamentum inter liberos simpliciter requiri, vt posterius iure perfectum sit. Haud restringendas leges ad casum, quo extranei tantum instituti. Acrationem hanc reddunt: ne temere per crimen falsi labefactetur patris voluntas, si æque imperfecta dispositio, modo tempore posterior, præualeret. Ast vulgo testamentum quoque imperfectum, quod tempore posterius & inter liberos conditum, prius infirmat; hac solum obseruata distinctione: Si priori adiecta fuit clausula derogatoria, in posteriore vis eius expresse debet imminui, nec sufficit subdidisse clausulam *non obstante quocumque testamento inter liberos*. Excipiunt casum, quo

§. Pantschm.
l. 2. Quest.
16. 6.

58 DE TESTAM. PARENT. INTER LIBER.
coniecturæ certæ adfunt, nolle testatorem valere priorem
voluntatem. Vt si ex heredibus scriptis vnus vel alter iam
mortuus fuerit, aut grauis exorta inimicitia inter testato-
rem atque heredes priore testamento institutos. Si priori
nulla inserta derogatoria clausula, nec apparuerit manifesto,
posteriorem voluntatem præualere testatorem voluisse,
præfertur illa, in qua fauor maior liberorum. Hoc est, vbi
æqualitas seruata. Legi de quæstione hac possunt Castren-
sis & Dauthius ad authenticam *Hoc inter. C. De testamentis*,
Reusnerus de Testamentis cap. 10. Excesfit iam spem no-
stram ac promissa quantumuis modici ingenii messis, vere-
murque ne tædio lectori sit nimia ista calami nostri fertili-
tas. Quare desinamus plurimum, & immortales tibi agamus
gratias benignissimum numen.

A D D E N D A.

Pag. 37, Versu 12, lege: hique aut soli aut representationis iure suc-
cedant, aut superstiti patre suo ab auo instituatur. *Versu 17, hæc adice.*
Fugit autem hoc loco interpretes ratio, ac subscripserim potius aliorum,
vt vt pauciorum, sententiæ; nepotes a testamento aui inter liberos sub-
mouentibus, quoties nec soli nec representationis iure succedunt. Adfunt
enim clarissima verba legis xxvi, C. Familix eriscundæ: *Inter omnes
duntaxat heredes suos, qui ex quolibet sentientes gradu, tamen pares
videntur esse.* Vides hic requiri ius ab intestato succedendi, & quidem
vi sunitatis. Quæ tamen necessaria non est post constitutionem Theo-
dosii, matri etiam facultatem inter liberos sine solennitatibus testandi
concedentis: ius tamen successionis ab intestato abesse nequit. Ratio-
nem supra reddidimus, quod munimento nullo testamentum indigeat,
vbi metus nullus est, ne impugnetur. Contingit illud, scripto herede,
ad quem ab intestato nihil erat peruenturum. Quales sunt quoque ne-
potes, quamdiu parens ipsorum superstes est. Accensentur itaque non
immerito extraneis, quos miscere liberis non licet. Vnde apparet, præ-
dictam legem xxvi nevtiquam correctam esse §. 1, legis xxi C. *De
testam.* Nam reuerentia, auo non minus a nepotibus, quam parentibus
a liberis debita, sola non sufficit arguendæ mutationi. Corruit hinc
porro altera interpretum sententiæ, a qua & Decius merito recessit;
valiturum testamentum inter liberos, vtcunque vi pacti aut stricto iure
haud essent ab intestato successuri. Interim contrarium vsu fori rece-
ptum est. De nepotibus consule Carpouium Constitutionum Electora-
lium part. 111, const. 4, def. 16.

F I N I S.



Et favet & primi facies clementior anni,
Cunctaque in auspiciis sidera prona
ruunt:

His nova praesidiis accedunt Carmina,
Sic Tu,
Pugnam laetus agens undique victor ovas,

Egregiis ausibus

Dn. Inquilini, Convictoris & Auditoris sui in-
terioris, ad Majorum gloriam feliciter
emittentis,

ex merito applaudit

N.C. Lyncker, D. Consil. Sax. Jur. Fac.
& Scab. Senior. & Prof. Primar.

Hactenus in nostris virtus Tua fulsit Athenis
Et coetus Themidos pulchra corolla fuit.
Stas fortis, promisque Tua nunc roboramentis
Inque viros animo fervidiore ruis.
Curia quae fundis miratur verba diserta,
Atque virum talem rostra severa petunt.

f. l. m. q.

Henr. Balth. Koth / D. P. P.
Coll. Jur. p. t. Decan.

Cujus semel caelestis occupat pectus
Virtus, in hoc nil cessat ipsa: fervescens
Praeclara molitur, patratque cum laude.
Hinc certus ipsi perpetim comes verae

Apex

ax
TK
682

Apex cohæret laudis. Hæcque submovit
Calcar Tibi, quo comprehenderes ultra
Calamum, Dicesque sacrae amore, limata
Hæc scriberes. Laudabilem sibi fixit
Certè scopum. Grator proinde, quas magnas
Justasque fers ex hisce paginis laudes,
Ex corde. Sic pergas in hoc semel cœpto
Stadio, vocabunt Teque fulgidum quondam
Patriæ decus, Reique publicæ fulcrum.

Petrus Müller/ D. P. P.

Incerta maiorum virtus, ac nobile nomen
Patris te languere vetant. Agitat, premit acer
Undique currentem stimulus. Quid pulchrius ergo
Quam totum studiis se devouisse paternis,
Ex asse heredem virtutum seque probasse.

gratulabundus scr.

Præses.

SIC T V A fertilitas mentis testatur auitam
virtutem, certas posteritatis opes.
Perge bonas artes cum cura discere porro
& nobis heres tute parentis cris.

Scrib. fausto omine

G. SCHUBARTUS

✻ (o) ✻

107
MC

Inches 1 2 3 4 5 6 7 8
Centimetres 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

KODAK Color Control Patches

Kodak

LICENSED PRODUCT
3/Color
Black

© The Tiffen Company, 2000

Blue

Cyan

Green

Yellow

Red

Magenta

White

