





1765, 37.
3, 375. 469.
1699
3

AD

ORATIONEM PERTINACIS
DE TESTAMENTO POSTERIORE
IMPERFECTO PRIVS PERFECTVM
HAVD INFIRMANTE

in §. VII. Inst. quib. mod. testam. infirm.

COMMENTATIO

QVAM

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE,

DIE XXVI. SEPTEMBRIS A. O. R. CIOIOCCCLV.

H. L. Q. C.

DEFENDET

S V M M O S

IN VTROQVE IVRE HONORES

CAPESSVRVS

AVGVSTVS FRIDERICVS SCHOTT

DRESDENSIS

ART. MAG. ET IVRIS VTRIVSQUE BACCAL.

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.





CAP. I.

Instituti ratio.



Multa sane occurrunt in iure Romano capita, quae, cum et ob subtilitatem, et ob varias, quas aetas iis attulit, mutationes, paullo difficiliora sunt intellectu, satis digna videntur, quae singulari industria exponantur, sed nullae magis vexatae quaestiones, quam quae agunt de testamentis. Haec enim admodum subtilis doctrina, vtut tectis occultisue nixa rationibus, a quarum intelligentia longe abest, quod interiorem sapientiam ciuilem contemnit et cruda in forum propellit studia, profanum caussidicorum vulgus, adeo illustris visa est veteribus Ictis, etiam iis, qui diuino suo ingenio perennem gloriam sibi pararunt, vt, quo grauiores controuersias testamentarias quisque sopiuisset, eo grauior Themidis antistes haberetur. Quorum exempla praestantissima cum numquam sine summa veneratione soleo intueri, meum quoque in eligendo argumento, vnde nasceretur libellus, qui ad supremos iuriscentiae honores me perduceret, arbitrium ad illorum iudicium accomodandum, deque singularis



cuiusdam testamentariae causae rationibus quaerendum exillimavi. Venit igitur in mentem, ad Orationem *D. PERTINACIS Aug.* de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud rumpente, quaedam commentari. Quod quidem consilium eo felicius mihi cessurum fore arbitror, quo doctiorem et praestantiorum habeo antesignanum, virum excellentissimum atque consultissimum, CHRISTIANVM HENRICVM BREVNINGIVM, celeberrimum iuris naturae et gentium apud nos professorem, ICTum masculae iurisprudendiae studiosissimum, a) cuius vestigia in conscribenda hac opella non deferam, nisi vbi fixa forte mihi opinio aliud suaserit. Erit autem totius nostrae tractationis haec ratio, vt, quomodo ante Pertinacem testamta priora infirmata fuerint, praefati, de ipsius Orationis Pertinacis mente, rationibus, atque exceptionibus disseramus, deinde, quid Honorio Aug. super hac re placuerit, eruamus, tandem, qua ratione haec iterum sanctio a Iustiniano immutata fuerit, indicemus. Bonum factum!

CAP. II.

Ratio rumpendorum testamentorum ante Pertinacem.

Rumpi testamta dupliciter, cum aut agnascitur postumus, aut suam mutat testator voluntatem, ne tironum quidem fugit scientiam. Nos, relictis postumis, qui summorum ICTorum diligentiam valde exercuerunt, tantum hoc quaerimus, quae demum adeo valida sit voluntatis mutatio, vt perfecti testamenti infringat vim atque auctoritatem, et qualis ea fuerit imprimis ante Pertinacis, cuius sancitum hic laudamus, tempora? Quae quidem quaestio non poterit commode tractari, nisi vetustissima quaevis, quibus Quirites vsi sunt, testamentorum genera in memoriam reuocauerimus. Est igitur prima commemoranda,

a) *Chr. Henr. BREVNING Prolusio ad Orationem D. Heluii Pertinacis* A. in §. VII. *Inst. quib. mod. testam. infirm.* Lipsiae, rec. CIOIOCCCLV.



da, qua nullam antiquiorem nouimus, quae in calatis comitiis obseruabatur, sacrorum detestandorum ratio, cuius auctorem GELLIVM^{a)} habemus. Haec nemini ciui Romano de sacris suis, quibus pecunia adhaerebat, post mortem suam ab alio, quam qui legitimus heres esset, continuandis aliter disponere permittebat, quam lege ad populum super ea re lata, atque consentiente Pontifice. Cum autem absque speciali lege testamentum conditum non posset, facile intelligitur, hanc voluntatem a populo semel approbatam non, nisi noua lege de nouo herede lata, immutari potuisse, quandoquidem ius publicum priuatorum auctoritate haud subuertitur. Quae igitur calatis comitiis facta erant, iisdem et immutari debebant, testamenta. Neque credas, caue, quod huic successit, testamentum per aes et libram factum liberiori forte mutationi obnoxium fuisse. Scilicet, quae fingebatur, sollemnis hereditatis mancipatio nuda voluntatis testatoris mutatione, quae absque legitimis sollemnitatibus facta erat, nequam irritabatur. Erat enim huius testamenti eadem fere ratio, ac eius, quod in calatis comitiis conditum solebat. Ibi totius populi praesentia voluntati testatoris vim tribuebat, emptio vero venditio hereditatis sine quinque testibus, qui classes populi repraesentabant, rite absolui non poterat. Quemadmodum igitur prius testamenti genus non nisi coram populo immutari potuit, ita nec hoc, quippe ad illius similitudinem introductum, aliter iure infirmatum fuisse arbitror, quam alia mancipatione sollemniter, hoc est, adhibitis quinque testibus, ciuibus Romanis, atque per aes et libram facta. Quas iuris veteris rationes qui accuratius cognoscere cupit, adeat, qui antiquitates testamentarias singulari cura exposuerunt, THOMASIVM,^{b)} HEINECCIUM,^{c)} atque TREKEL-

A 3

L V M.

a) GELLIVS Noct. Attic. lib. XV. c. 17.
 b) Chr. THOMASII Dissertationes tres: I) De origine successionis testamentariae. II) De sensu legis decem-

nalis testamentariae. III) De primis initiis successionis testamentariae ap. Rom. Halae, MDCCCV.
 c) Io. Gottl. HEINECCIUS Diff. de origine





L V M. ^{d)} At ab hac sollempnitatum subtilitate paullulum recesserat praetoria testandi ratio, quae praeter septem testium sub-
 signationem nihil ad testamenti valorem requirebat. Cum igitur ita latius pateret testandi facultas, poterat facile dubitatio
 oriri, annon multo liberior nunc esset immutandi testamenti
 potestas, adeo, vt vel nuda voluntas ad illud infirmandum suffi-
 ceret? Idque non absque ratione, cum et amor agnatorum ex
 lege successurorum, at testamento ab hereditate repulsorum, et
 noua testandi ratio, veteris rigoris sollempnitatum expers, et tot
 noui vltimas voluntates infirmandi modi a legibus et ICtis excog-
 itati, quibus mox nullum, mox iniustum, mox ruptum, mox
 destitutum, mox irritum, mox inofficiosum fieret testamentum,
 quosdam in hanc opinionem deducere possent, vt vel nuda vo-
 luntatis declaratione testamentum rite factum subuerti posse sibi
 persuaderent. Ac fuisse omnino hanc quaestionem olim in
 vtramque partem disputatam, nos non sinunt dubitare leges,
 quae super ea exstant. Quid enim mouisset legislatores, vt certi
 quid hic statuerent, nisi aliqua vel dubitandi ratio, vel saltem
 contrariae sententiae prouenerint? quae est elegans BREVN-
 NINGII ^{e)} coniectura.

CAP. III.

Oratio PERTINACIS.

Primus autem huic controuersiae obuiam iuit HELVIUS
 PERTINAX, Imperator, qui pro more principum, quem
 egregie descripsit BOEKELEN, ^{a)} oratione in senatu habita
 effecit, vt senatusconsulto caueretur: *Vt priores tabulae perse-*
ctae

origine testamentifactionis et ritu tes-
standi antiquo, quae est in Opusc.
Exerc. XXVII.

d) Alb. Diet. TREKELLVS de ori-
gine atque progressu testamentifactionis
ap. Rom. Lipsiae, C1D10CCXXXIX. 4.

e) BREVNING Diss. cit. §. I.

a) Chr. Otton. a BOEKELEN Diss.
de orationibus principum in senatu
Roman. in Opuscul. Lugd. Bat.
C1D10CLXXVIII. 12. excusis.



tae tantum per posteriores iure perfectas rumpentur. Aperte id declarat IUSTINIANVS in §. VII. *Inst. Quib. mod. testam. infirm.* qui fundus est nostrae tractationis, his verbis: *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut, si quis post factum prius testamentum, posterius facere coeperit, et, aut mortalitate praeventus, aut, quia eum eius rei poenituit, id non perfecerit: diu PERTINACIS oratione cautum sit, ne alias tabulae priores iure factae irritae fiant, nisi sequentes iure ordinatae et perfectae fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.* Idem testatur, qui vitam PERTINACIS delineauit, CAPITOLINVS, qui de nostro ait: ^{b)} *Legem sane tulit, ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neue ob hoc fiscus aliquando succederet.* Vbi quidem legi tribui a CAPITOLINO, quod ex *Senatusconsulto*, siue oratione PERTINACIS, descendit, nemini mirum videri debet, qui cogitat, scripsisse CAPITOLINVM ea aetate, qua proprietates fermonis fere negligebatur. Certe ne quis *legem* hic aliter interpretetur, prouidit ipse CAPITOLINVS, dum statim *senatusconsulti* mentionem subiecit. Annum autem, quo factum fuerit hoc *senatusconsultum*, aut consulem, a quo nomen acceperit, frustra inuestigaueris, cum neutrius vltum occurrat vestigium. Certius quid de eius argumento statui potest, quod quidem duplex fuit, ut ex contextu cum IUSTINIANI, tum CAPITOLINI apparet. Non solum enim testamentum prius perfectum alio posteriore imperfecto rumpi prohibuit, verum etiam principem neque litis causa heredem institui, neque ex tabulis haud legitime factis capere quidquam posse, declarauit. Nos tantum de priori capite disputamus, cuius sensus quo facilius intelligatur, primum, quid sit testamentum imperfectum, quo perfectarum tabularum vim infringi noluit PERTINAX? quaerendum videtur.

CAP.

b) IVL. CAPITOLINVS in *Pertin.* cap. VII.



CAP. IV.

Testamentum imperfectum quid?

Anquirimus igitur, quid imperfecti testamenti appellatione hic comprehendatur? Solent namque interpretes, vt, VINNIUS, ^{a)} BACHOVIVS, ^{b)} ALTNERVS, ^{c)} alii, duplicem testamenti imperfectionem afferre: alteram ad voluntatem testatoris pertinere aiunt, alteram versari circa sollempnia. Priorem vocant, cum testator coepit quidem testamentum facere, sed ob superuenientem causam illud absoluere non potuit, ita, vt, quae adhuc de heredibus suis ordinare vellet, declarare prohiberetur. Quod fit variis modis, velut, cum testator inopinata morte opprimitur, aut in ipso actu testandi furore, vel alio morbo corripitur, aut poenitet eum consilii de condendo testamento. Ita vero nec ea, quae forte iam dixit testator, vim accipere posse, praeter IAVOLENVM ^{d)} aperte indicat HARMENOPVLVS: ^{e)} *Εαν τις πολλα ειπων, βουλομενος δε ηελ ετερον ειπεν διακοπη την Φωνην, ου δε τα προειπεΦωνημενα ενεργα ειων.* Ac de hac quidem testamenti imperfectione vtrumque Imperatorem, et PERTINACEM, et IVSTINIANVM, hic cogitasse, verba: *Vt, si quis post factum prius testamentum, posterius facere COEPERIT, et aut MORTALITATE PRAEVENTVS, aut quia cum eius rei POENITVIT, id non PERFECERIT:* adeo demonstrant, vt nemini fere dubium superesse possit. At magis quaeritur de altera, quae potissimum huc pertinet, testamenti imperfectione, quam defectus sollempnitatum efficit. Hoc enim valde disputatum inter ICtos, vtrum de solis externis, an potius etiam de internis sollempnitatibus inter-

pretanda

a) Arn. VINNIUS in *Comment. ad Instit.* h. l.

b) Reinb. BACHOVIVS in *Comment. ad Instit.* h. l.

c) Chr. Greg. ALTNERVS in *Diss. inaug. de testamento posteriore imper-*

fecto prius perfectum infirmante. §. IX. Erfordiae MDCCXIII. habita.

d) IAVOLENVS *lib. V. Posteriorum Labonis*, in cap. XXV. π. *de lib. et postum.*

e) HARMENOPVLVS in *Promtuar. lib. V. Tit. I. §. 16.*



pretanda sit PERTINACIS oratio. Priorem sententiam esse multas, IANO AGOSTA, ^{f)} RAGVELLO, ^{g)} VINNIO, ^{h)} BACHOVIO, ⁱ⁾ ALTNERO, ^{k)} aliisque, etiam praestantissimis iuris magistris arrisisse deprehendi, mihi tamen cum ZVICHEMO ^{l)} ac WISSENBACHIO ^{m)} magis placet postrema opinio. Cuius rei ratio quo accuratius a me reddi possit, argumenta, quibus utraque stat, vel cadit sententia, in medium proferam, et nouis forte, si fieri poterit, meam adfruere studebo. Qui de solis externis sollemnitatibus PERTINACIS sancitum capiunt, vrgent inprimis verba: *Iure ordinatae tabulae*, quae de heredis institutione intelligi posse negant. Deinde testamentum, cuius interna sollemnitas vitio laborat, potius *nullum*, quam *imperfectum* dici affirmant. Talem denique ultimam voluntatem, cum haud sit testamentum, quippe quod sine heredis institutione concipi nequeat, iam ante PERTINACEM et vel antiquissimis temporibus prius legitime factum testamentum nulla ratione rumpere potuisse, aiunt: hinc vix credibile esse, de re extra omnem controuersiam dudum posita senatusconsultum conditum fuisse. Nos singula haec disputationis capita sub examen vocabimus. Primum non video, cur *iure ordinatae tabulae* eae sint, in quibus solae externae sollemnitates obseruatae? quandoquidem id iure ordinatur, quod sit secundum leges. Hae vero inprimis etiam internam sollemnitatem desiderant. Quis igitur testamentum, in quo omnia recte se habent praeter heredis institutionem, *iure ordinatum* esse censeat?

Ad

f) Ianus a COSTA in *Comment. ad Instit.* h. 1.

g) Fr. RAGVELLVS in *Comment. ad Constitutiones et Decisiones Iustiniani*, quae XII. libris Codicis continentur, et ad priores titulos libri VIII. Cod. ibique ad l. 27. C. de testam. p. 422. qui liber rarissimus Parisiis CIDIOCX. 4. prodit.

h) VINNIVS l. c.

i) BACHOVIVS l. c.

k) ALTNERVS in *diff. cit.* §. IX.

l) Vgl. ZVICHEMVS in *Comment. in X. titulos Institutionum de testamentorum iuribus*, ad h. §. *Inst. n. 6.*

m) Io. Iac. WISSENBACHIVS in *Comment. ad Codicem*, et quidem ad L. XXI. de testam. §. 3.

B



Ad alterum quod attinet, facile largior, si ad summum verborum rigorem res diiudicanda sit, vitium internae sollemnitatis testamentum proprie *nullum*, sicut externarum *iniustum* efficere. Sed quid, quaeso, impedit, quo minus vtrumque testamenti vitiosi genus sub *imperfecti* vocabulo comprehendatur? Id certe fecisse Imperatorem, aperte indicant verba: *Nam IMPERFECTVM testamentum sine dubio NULLVM est.* Tandem, quod aiunt, numquam dubitari posse de infirmitate testamenti posterioris, cui interna desit sollemnitas, id non vtiq; verum est. Hoc quidem certissimum, testamentum, quod heredis institutione plane careat, ne mente quidem concipi posse, siquidem, quod nemo tironum ignorat, sola heredis institutio naturam testamenti constituit. At interna sollemnitas non desiderat solum, vt heres instituatur, verum etiam vt heres recte et secundum leges scriptus sit, v. c. ne praeteritus sit filius, quippe necessario nominandus. Nam tale quoque testamentum nullum est. Ac tum quidem, cum in posteriore testamento perfectum secuto inest heres, sed non is, qui ex legibus scribi debebat, potest fortassis dubitari, annon interdum tale testamentum rumpat prius perfectum? ob easdem rationes, ob quas ante *PERTINACEM* testamentum quoad externas sollemnitates haud absolutum priores tabulas perfectas forte infirmare posse credebatur. Ac ita omnino est, cum in priori perfecto testamento filius fuit exheredatus, in posteriore vero idem praeteritus, scriptis legitimis heredibus, vbi postremum, etsi nullum intuitu sollemnitatis internae, nihilo tamen secius rumpit primum vtriusque generis sollemnitatibus absolutum, iudice *CAIO*; ⁿ⁾ quod quomodo fiat, infra explicabimus, cum de causis, quae a *PERTINACIS* regula recedunt, erit dicendum. Cur ergo absurdum esset, statuere, *PERTINACEM* etiam internam sollemnitatem in mente habuisse? Quod quidem quo certius nobis

persua-
 n) *CAIUS lib. XIV. ad Edictum provinciale, in cap. XII. §. I. n. de bon. poss. contra tab.*



persuadeamus, et CAIVS efficit, et inprimis HARMENOPVLI auctoritas. Ille enim loco, quem modo laudauimus, testamentum, in quo filius est praeteritus, *imperfectum* satis clare vocat. En ipsa verba legitima: *Si prius testamentum extet iure factum, quo filius exheredatus est, sequens IMPERFECTVM, in quo PRAETERITVS sit filius.* Filii vero praeteritio cum solam internam sollempnitatem vitiet, *imperfecti* testamenti appellationem ad eas tabulas recte trahi, quarum interna sollempnitas vitio laborat, quis non videt? At nemo rem melius declarat HARMENOPVLO, vbi species testamenti imperfecti enumerat, quem locum miror omnium adhuc, qui hanc controuersiam attigerunt, diligentiam fugisse. Hoc nempe quinque modis fieri dicit: °) Ἄν δε ἀτελείς (scilicet διαθήκαι) κατὰ ε τροπος γινωσκται. De singulis iam dispiciamus. Primum ait, testamentum imperfectum esse, quod non praesentibus septem, aut quinque testibus factum sit: Καὶ α μὲν τροπος ἔστιν, ὅταν μὴ παροντων ἑπτα, ἢ πέντε μαρτυρων κατὰ τα παρὸς ἡμων νομοθετηθεντα γενηται ἢ διαθήκη. Vbi forte non absque ratione mirari quis posset, quid sit, cur HARMENOPVLVS numerum testium quinarium sufficere asserat, cum tamen ius nostrum semper septem testes postulet, ita iubentibus THEODOSIO et VALENTINIANO P) Aug. nec aliter quinque admittat, nisi necessitatis causa ex singulari IVSTINIANI Q) priuilegio rusticis dato. Sed ita omnino inualuerat sub Graecis Imperatoribus, qui IVSTINIANVM secuti sunt, vt testamentum coram quinque testibus factum non minus iustum esset, quam illud, in quo septem testes adhibiti: id quod ex libris ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, R)

B 2 nec

o) HARMENOPVLVS lib. V. tit. V. §. 18-23.

p) THEODOSIVS et VALENTINIANVS in L. XXI. C. de testam.

q) IVSTINIANVS in L. vlt. C. eod.

r) ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ lib. XXXV. tit. I. cap. 24. Εἴπωτα ἢ διαθήκαι, ἢν ὁ διαθεμε-

νος ἀποσφραγίσας περιεσκεύασαν ὑπο ἑπτα ἢ πέντε μαρτυρων ἀποσφραγίσθων. Definitum est ex VLPiani lib. IV. *Disputationum* in cap. XXIII. π. *Qui testam. suc. poss.* quod si cum nostro comparatur, apparet, interpretem graecum verba: ἢ πέντε, ex suo iure adiecisse.



nec non ex ATTALIATA, ^{s)} eiusque interprete, PSELLIO, ^{t)} clarissime intelligitur, et ipse HARMENOPVLVS alio loco, ^{v)} ad quem hic prouocat, aperte indicauit. Alteram imperfecti testamenti speciem esse ait, cum testes praesentes non omnes subscripserint: Δευτερος δε, όταν παροντων ου παντες υπεγραψαν. Testium enim subscriptio non minus necessaria est, quam eorum praesentia, siquidem ea efficit, vt intelligatur, testes vere adfuisse, et vidisse ac audiuisse omnia. Vnde, si testis nomen suum non adscripserit, etiamsi signauerit, VLPIANVS hoc perinde esse censet, acsi adhibitus non esset. ^{x)} THEODOSIVS vero et VALENTINIANVS testamentum non subscriptum a testibus pro imperfecto merito habent. ^{y)} Porro eas tabulas perfectas esse negat HARMENOPVLVS, quas quidem subscripserint, sed non signauerint testes. Τριτος, όταν παντες μεν υπεγραψαν, ουκ εσφραγισταν δε παντες. Cuius rei eadem est ratio, quam quae subscriptionem desiderat. Quam ob causam vtraque sollemnitas ab VLPIANO et THEODOSIO locis commemoratis recte coniungitur. Quartus modus, quo

s) Mich. ATTALIATAE Synopsis, f. ποιημα νομικου, ητοι πραγματικη, tit. XXXI. περι διαθηκης, in Io. LEVNCIAVII Iure Gr. Rom. Tom. II. p. 23. vbi ita: Αι δε σφραγιδες, κη ε των ζ η ε αριθμος μαρτυρων εκ του πρακτορος. Quamquam numerus testium quinaris admodum erronee ex iure praetorio ab ATTALIATA deriuetur.

t) PSELLVS in Scholiis ad Attaliam, tit. XXXII. qui περι ατελους διαθηκης: inscribitur, p. 29. Μαρτυρες δε παραστανσαν εν διαθηκη πεντε. Ας μοχ: Η δε γε διατυκωσις πεντε χειρας μαρτυρων υπογραψουσα.

v) HARMENOPVLVS lib. V. tit. I. §. 47. 'Ου μονον δε εστα, αλλα κη πεντε παραλαμβανομενοι μαρτυρες, εντε εν γραφη κη

αγραφη παση διαθηκη, βιβλιων αυτων παριστοι.

x) VLPIANVS lib. XXXIX. ad Edictum, in cap. XXII. §. 4. π Qui testam. sac. puss.

y) THEODOSIVS et VALENTINIANVS in L. XXI. C. de testam. vbi quidem vulgo infecto legitur, et legendum esse potius imperfecto, et auctoritas veteris codicis, quem affert Lud. RVSSARDVS in editione corporis iuris, Antverpiae CIDIOCLXVII. §. procurata, et lectio Nouellae Theodos. IX. quae agit de testamentis, vnde decreta est haec lex, et repetitio vocis imperfectum statim subsequens, satis ostendunt. Neque tamen si vulgata lectio retineamus, sensus turbatur.



quo testamentum fit imperfectum, ex mente Graeci nostri est, si testator heredis nomen neque propria manu scripserit, neque coram testibus nuncupauerit: Τεταρτος, όταν ο διαθεμενος οικεια χειρι το του κληρονομου ονομα μη γραψας, ουκ εμνημονευσεν επι των μαρτυρων. Testamentum enim cum neutiquam valere possit, nisi certo constet, quem heredem esse voluerit testator, debet is omnino voluntatem suam ita declarare, ut nullum plane dubium de futuro herede supersit testibus, quippe a quorum testimonio pendet omnis tabularum auctoritas. Hoc autem vel propria scriptura fit, siue ipse testator totum scribat testamentum, siue ab alio scriptum subnotet, vel ore, ut VIPIANVS bene monuit, ²⁾ ac IVSTINIANVS expresse sanciuit. ^{3a)} HARMENOPVLVS species testamenti quoad externas sollemnitates imperfecti enumerauerat. Quintus modus, quem affert, ad internam pertinet, et nostram sententiam iuuat egregie. Ait vero: Πεμπτος, όταν αυτεξουσιους η υπεξουσιους υιους, η εγγονους εξ υπεξουσιων παιδων τελευτησαντων εχων τις, τουτους ουτε κληρονομους, ουτε αποκληρονομους εγραψε, και τυχη αυτους προτελευτησας, δια τον κανονα τον λεγοντα: τα εξ αρχης εν διαθηκαις ανυποσασα, εκ των μετα ταυτα επγνωμενων, ισχυν χαμβανειν ου δυναται. Refert igitur HARMENOPVLVS inter species testamenti imperfecti etiam hoc, in quo liberi vel sui, vel emancipati, vel nepotes praeteriti sunt. Tale autem est nullum, quoniam heredis institutio cum legibus non conuenit. Quid ergo clarius, quam sub imperfectarum tabularum appellatione non solum testamentum iniustum, ut quibusdam visum est, verum etiam nullum comprehendi? Est igitur testamentum imperfectum, in quo aut non omnes externae sollemnitates fuerunt adhibitae, aut ipsa heredis institutio vitio laborat.

B 3

CAP.

²⁾ VIPIANVS lib. II, ad Sabinum, in cap. XXI, pr. π. Qui testam. fac. poss.

^{3a)} IVSTINIANVS in L. XXIX. C. de testam.





CAP. V.

Rationes Orationis Pertinacis.

Ita vero descriptum habes testamentum imperfectum, quo priores tabulas rumpi noluit PERTINAX. Cuius quidem rei rationes nunc reddendae sunt, ut decet iuris studiosum. Videtur autem primaria causa, qua motus PERTINAX hoc statuit, in optimi principis ingenio quaerenda. Ille enim, ut erat boni aequique studiosissimus et ab omni lucri cupidine valde alienus, quam imaginem descriptam debemus CAPITOLINO, nihil magis curabat, quam ut instituta antecessorum, quae turpem avaritiam proderent et solius fisci utilitati inferirent, aboleret et penitus tollerent e republica. Cuius laudabilis boni Imperatoris abstinentiae insigne exemplum praebet hoc senatusconsultum, quo causae fisci parum fuit consultum. Nam cum ante PERTINACIS tempora obtineret, ut prius testamentum statim rumperetur, simulatque testator ad aliud condendum accessisset, etiam si novum imperfectionis vitio laboraret, poterat facile accidere, ut testator sine ullo herede decederet. Nempe prius testamentum ruptum omni destituebatur vi atque auctoritate, posterius, ut imperfectum, heredi scripto nullum tribuebat ius. Itaque res ad causam intestati redibat. Quod si vero testator forte non haberet heredes ab intestato ipsi successuros, bona eius fiebant vacantia, de quibus docte exposuit HEINECCIVS,^{a)} et a fisco occupabantur. Quae nimia rescindendorum testamentorum licentia causam fisci multum sane iuuabat. Hoc vero lucrum cum turpe ac iniquum videretur PERTINACI, noluit in posterum tabulas temere rescindi, sed iussit: *Ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neue ob hoc fiscus aliquando succederet*: et consilii sui hanc reddidit rationem, senatusconsulto, teste CAPITOLI-

^{a)} Io. Theoph. HEINECCIVS in *Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Popp.* lib. III. cap. VII.

no, ^{b)} adiectam: *Sanctius est P. C. inopem rempublicam obtinere, quam ad diuitiarum cumulum per discrimina atque dedecoris vestigia peruenire.* Hoc ipsum autem optimi principis fanaticum tantum abest, vt iuris analogiae repugnet, vt potius optima iuris ratione nitatur, quam aperte indicat THEOPHILVS, praestantissimus IUSTINIANI interpres, his verbis: ^{c)} *Τα γὰρ ἐννομιῶν γινόμενα ἐννομιῶν ἀναρπασθῆναι δεῖ.* Quae est vetus iuris regula apud CAIVM ^{d)} obuia. Nam quod semel modo legitimo factum est, id sane non aliter, nisi secundum leges, poterit iterum dissolui, propterea quod leges a nemine priuato subuerti possunt, aut immutari. Recte igitur VLPIANVS: ^{e)} *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolui, quo colligatum est.* Quam regulam licet ad solos contractus pertinere, neque ad quaestiones testamentarias accommodandam esse, MARCKARTVS ^{f)} contendat, posse tamen in testamentis etiam contractuum iura interdum locum inuenire, origo veteris testamenti per aes et libram, quae ex contractu emtionis venditionis ducenda est, satis demonstrat: et ita vir consultissimus, PVTTMANNVS, ^{g)} elegantioris iuris scientiae decus singulare, cum CANNEGETERO ^{h)} rationes recte subduxit. Itaque, ex hac regula, tabulae, in quibus voluntas testatoris ita, vt leges iubent, fuit declarata, non possunt infirmari nouo testamento imperfecto, cui desunt iuris sollempnitates, quae deum vim et auctoritatem tribuunt testatoris voluntati. Vnde tale *nullum* declaratur a IUSTINIANO, et ἀσθενῆς vocatur a THEO-

b) CAPITOLINVS in *Vita Pertinacis*, cap. VII.

c) THEOPHILVS in *Paraphr. Infir. b. l.*

d) CAIVS lib. I. *Regularum*, in cap. C. π. de R. I.

e) VLPIANVS lib. XLVIII. *ad Sabinum*, in cap. XXXV. π. de R. I.

f) Io. Guil. MARCKARTVS *Rec. Iur. Cin. Lect.* lib. II. cap. I.

g) Io. Lud. Ern. PVTTMANNVS *Interpretat. et Obseruat.* cap. XXVII. p. 128.

h) Herm. CANNEGETERVS in *Diff. super difficultioribus quibusdam legibus*, Franekeruae, CIOCCCLII. proposita.



THEOPHILO. Certe hoc non magis rumpit priores tabulas, quam nuda voluntatis mutatio, vel reuocatio, cui omnem vim denegat Imperator: *Ex eo autem solo*, inquit, *non potest infirmari testamentum, quod postea testator noluerit valere*. Nam quemadmodum prius testamentum non sola testatoris voluntas, sed sollempnitates legitimæ perfecerunt, quas, quo certius de mente eius constaret, leges adhiberi volunt: ita nec sufficet ad illud infirmandum, si dixerit tantum testator, se nolle id amplius valere, vt bene monet THEOPHILVS, ¹⁾ nisi ad hanc declarationem factum aliquid legitimum accesserit, quod de mutata testatoris voluntate plenam faciat fidem. Alias enim, vt probe argumentatur ZVICHEMVS, ^{k)} legitimi heredes facile aliquos subornabunt, qui dicant, testatorem testamentum reuocasse. In dubium quidem id vocat CONNANVS, ^{l)} haud inelegans iuris interpres, sola poenitentia et quacunque mutatae mentis significatione infirmari testamentum, pertinaciter defendens, iure hanc ob causam ab HOTOMANNO ^{m)} notatus. Induxit eum in hunc errorem male intellecta VLPIANI mens in verbis: ⁿ⁾ *Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisa sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutauit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt*. Haec enim: *Vel quia alia ratione voluntatem testator mutauit*, de simplici voluntatis mutatione folis verbis quacunque ratione declarata ille interpretatur. At videamus, annon alia omnia senserit VLPIANVS. Debet scilicet hic locus,

i) THEOPHILVS h. l. Διαδεμενος τις και επιζητας τη ποιησει της διαδικης επεν, δε βουλομαι ταυτη ισχυρει. εκ τουτων μόνον των ρημάτων ανωκυρος δικ αποτελεται η διαδικη.

k) ZVICHEMVS l. c. n. 1.

l) Franc. CONNANVS Comment. Jur. Ciu. lib. IX. cap. VII. n. 4.

m) Franc. HOTOMANNVS in Not. in Theophili Paraphraf. h. l. et in Comment. ad Institut. h. l.

n) VLPIANVS lib. XLIV. ad Edictum, in cap. I. §. 8. π. Si tab. testam. nul. ext.



cus, vt ex tota ferie apparet, non de ea voluntatis immutatione intelligi, quae oratione tantum, sed de ea, quae etiam facto demonstrata sit. Recenset enim ICRUS facta, quae cum externam tabularum formam laedant, omnem iis propterea adimunt valorem, quoniam inde mutata testatoris voluntas cognoscitur. Horum vero duo tantum affert exempla, tabularum incisionem, et cancellationem, reliquas species omnes generali formula: *Vel quia alia ratione voluntatem testator mutauit*, complectens. Eiusmodi autem facta contrariam testatoris voluntatem demonstrantia sunt adhuc plura, veluti, cum, volente testatore, signa euulsa fuerint, aut interpolata, aut linum incisum, de qua postrema specie idem alio loco ita scribit: °) *Si linum, quo ligatae sunt tabellae, incisum sit, siquidem alius contra voluntatem testatoris incididerit, bonorum possessio peti potest: quodsi ipse testator id fecerit, non videntur signatae, et ideo bonorum possessio peti non potest.* Itaque non nuda mutatae voluntatis mentione a testatore facta testamenta rumpuntur, sed accedentibus demum factis, quibus hanc vim expressè leges tribuerunt, quae omnia in mente habuisse videtur VLP IANVS, cum diceret, non subsistere tabulas, quae vel incisae sint, vel cancellatae, vel de quibus testator alia ratione voluntatem suam mutauerit. In quo quidem amicissime conspirat cum IUSTINIANO, qui testamentum *ex eo solo*, quod testator id postea valere noluerit, infirmari posse, expressè negat. Quam Imperatoris sententiam cum sibi obstare videret CONNANVS, in nouum et fere ridiculum incidit errorem, mentem IUSTINIANI mirum in modum distorquens, tanta quidem audacia, vt omnes, qui eius interpretationi subscribere detrectent, summæ ignorantiae inculfare haud dubitaret. Ita vero rem explicat: Ex eo solo non infirmari testamentum, quod postea testator noluerit valere hoc, sed

°) VLP IANVS lib. XXXIX. ad Edictum, in cap. I. §. 10. n. de bon. poss. sec. tab.



sed aliud, quod inde faceret, vt, si dixerit: Quod feci testamentum, nolo valere, sed id, quod postea faciam: Quodsi vero testator non eo consilio, vt nouum testamentum conderet, tabulas iam perfectas valere noluerit, sed absque animo posteriori faciendi mutata voluntatem suam quocunque modo declarauerit, rumpi eas omnino. At enim vero hoc est fingere sententiam, non declarare. Nullum sane huius discriminis vestigium in verbis Imperatoris deprehendimus. Neque vlla perpici ratio potest, cur nuda reuocatio testamenti absque animo nouum condendi facta maiorem vim habeat, quam ea, in qua testator de nouis tabulis cogitauit. Exulat igitur omnino tota CONNANI opinio, quippe in cerebro illius nata et iuris regulae, quae legitime facta solis contrariis factis legitimis tolli expresse iubet, vel maxime aduersa.

CAP. VI.

Exceptiones Orationis Pertinacis.

Quamquam autem, ne tabulae posteriores imperfectae rumpant priores perfectas, PERTINAX ex satis idonea iuris ciuilibus ratione in vniuersum prohibuerit, sunt tamen quaedam causae, quae efficiunt, vt rigor huius Heluiani sanciti cesset interdum, atque testamentum perfectum omnino infirmetur imperfecto. Quas quidem exceptiones post singularem ALTNERI^{a)} et REINHARTI^{b)} operam iuuabit nunc paulo accuratius recensere. Prima est, cum in testamento posteriore imperfecto heredes ab intestato successuri scripti sunt. Hoc enim rumpere prius perfectum, in quo extranei instituti sunt, VLPPIANVS hunc in modum declarat: ^{c)} *Tunc autem prius testa-*

a) *Chr. Greg. ALTNERI* Diss. de testamento posteriore imperfecto prius perfectum infirmante, supra laudata.

b) *Io. Tob. REINHARTI* Diss. de testamento imperfecto perfectum infirmante, Erfordiae, C1819CCXXXV.

c) VLPPIANVS lib. II. ad Sabinum, in cap. II. *π. de ini. rupt. irr. testam.*



testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est: nisi forte posterius vel iure militari sit factum, vel IN EO SCRIPTVS EST, QVI AB INTESTATO VENIRE POTEST: tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur. Cuius iuris rationem licet frustra quaeri contendat BACHOVIVS, ^{d)} eam tamen ex ipsa rei testamentariae origine BYNKERSHOECKIYS aperuit. Ita enim hic docte atque acute, postquam demonstraerat, testamentariis sollempnitatibus non opus esse, vbi non agatur de excludendis legitimis heredibus: *Et sane, inquit, ^{e)} multae sunt iuris inspectiones, quae huc pertinent. Huc certe refero, quod traditum est in L. II. π . de ini. rupt. et irr. facto testam. L. XII. \S . 1. π . de honor. possess. contra tab. et L. XXI. \S . 3. C. de testam. imperfecto posteriore, quo cognati proximi heredes scripti sunt, prius testamentum, quo extranei, rumpi, quia ius, quod alicuius fuit, facilius reuiuiscit, quam nouum incipit, quasi sic concurrente iure duplici, et voluntatis ultimae, et legis, quae cognatos vocat. Ad hanc enim tollendam vt desideratur alia lex, lex videlicet testamenti, apud populum similiter rogata, aut saltem imago legis, septem testes, ita nihil horum necesse est, vbi non sunt proximi, qui excludantur, aut vbi proximi ipso testamento vocati sunt. Hinc est, quod IVSTINIANVS tale testamentum non quasi testamentum, sed quasi ultimam intestati voluntatem valere vult. En eius verba, quae singulari constitutione expressit: ^{f)} Si quis autem, testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, iure fuerit consummatum: nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato*

C 2

ad

d) BACHOVIVS l. c.

f) IVSTINIANVS in L. XXI. \S . 3.e) Corn. van BYNKERSHOECK
Observat. lib. II. cap. 2.

C. de testam.



ad eius hereditatem vocantur. Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt: quo non facto, valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei. Succedunt namque legitimi heredes scripti in posterioribus tabulis imperfectis non tam ex testamento, quale non est, vbi neque sollempnitates iuris concurrunt, neque lex de successione ab intestato abrogatur, quam potius ex iure, quod natura iis tribuit. Quod tamen non ita intelligendum est, vt quidam ex glossatorum grege cum BALDO ^{g)} acceperunt, ultimam intestati voluntatem, quam Imperator hic appellat, pro nudis codicillis habentes, adeo quidem, vt putent, ex ea non posse succedi, nisi quoad legata et fideicommissa, nec hereditatem proportionibus cuique adsignatis, sed aequaliter inter heredes diuidendam esse. Huic enim sententiae aperte repugnat HARMENOPVLI auctoritas, qui rem sic explicat: ^{h)} 'Οι ἐξ ἀδιαθετου δε κληρονομοι, και ἀπο της ἀτελους διαθημης κληρονομοουσιν, ὡ δια την διαθημην, ἀλλὰ δια το φυσικως προς αὐτους δικαιον. ὅταν οἱ ἐξ ἀδιαθετου κληρονομοουντες τα ἐν τη ἀτελει διαθημη φυλαξωσι, τότε και λεγατα ἀποιδοναι καταναγκασονται. ἐπειδη γαρ εἰς ταλλα την διαθημην οὐκ ἀθετουσιν, ὡ δυνανται οὐδε τοις λεγατοις αὐτην ἀθετεω. Ex quibus verbis satis intelligitur, non legata solum aut fideicommissa ex hoc testamento esse praestanda, verum omni testatoris dispositioni standum, secundum quam heredes legitimi hereditatem adierunt. Est igitur voluntas intestati hic non per *codicillos* interpretanda, sed distributio quaedam hereditaria inter heredes ab intestato successuros a testatore facta censenda. Sed quinam fiat hoc loco heredes ab intestato successuri, non sine caussa quaeritur? An liberi forte?

g) BALDVS ad b. l. *Conl.*

h) HARMENOPVLYS lib. V. Tit. X. §. 29.



forte? Vix puto. Nam prius testamentum, in quo extranei heredes scripti sunt, liberis extantibus aut nullum fit, cum liberi sunt praeteriti, aut querela inofficiosi rescinditur, cum sunt sine causa exheredati. Itaque non opus est, ut noua testatoris voluntate infirmetur. Videtur igitur potius haec quaestio ad reliquos agnatos pertinere, qui non sunt liberi. His enim testamento ab hereditate semel exclusis non succurritur, nisi mutata testatoris voluntate. Qui aliter sentiunt, et testamentum patrum inter liberos factum huc trahunt, quod in priuilegiatis est et ab omnibus fere solemnitatibus liberum, errant vehementer. Huius sane longe alia est ratio, ac eius, in quo agnati vocantur.

Quamquam autem testamentum perfectum, in quo scripti sunt heredes extranei, numquam non rumpatur posteriore imperfecto, in quo instituti sunt agnati, haec tamen infirmatio non semper id efficit, ut agnatis deferatur hereditas. Quodsi enim in posteriore testamento, quod vocat ab intestato successuros, praeteritus sit filius, ex quo fit imperfectum, rumpitur quidem prius, in quo, scriptis extraneis, filius exheredatus erat, nec tamen instituti proximi a filio agnati hereditate potiuntur. Horum enim ius excluditur a filio praeterito, cui praeter dat bonorum possessionem contra tabulas. Tractat hoc thema CAIVS: ^{l)} Si prius testamentum, inquit, extet iure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius: posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si, remoto quoque filio, potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes: et ita ius habet, ut, cum is, contra quem filius peti bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem: si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur. Quae verba, ut tota haec quaestio, quam ex iis esse ZVICHEMVS iudicat, ^{k)} quae quasi scopuli

l) CAIVS lib. XIV. ad Edictum Praeuinciale, in cap. XII. §. 1. n. de bon. poss. contra tab.

k) ZVICHEMVS l. c. n. 7.



quidam in immenso iuris nostri pelago extant, cum haud parum habeant difficultatis, de singulis huius argumenti capitibus paullo maiori cura ac diligentia dispiciendum erit. Primum quaeritur, an testamentum ex praeteritionis causa imperfectum possit unquam rumpere prius perfectum? Hoc enim dubium reddere videtur PAVLI effatum: ¹⁾ *Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur: et eo iure utimur.* Cum quo conveniunt haec HARMENOPVLI: ^{m)} *Ἐὰν υἱὸς ἀνημπορευτὸς εἰσθῆ, ὅν κ' ἐξῶτα ἢ διαθήκῃ, κὰν πρὸ τοῦ πατρὸς ἀποθάνῃ, οὔτε ἐγγυτὰς ἢ προγενομένη ἔχουσα τυχὸν αὐτὸν κληρονομοῦν.* Ac ita omnino est, si in posteriore testamento extranei heredes scripti sunt, in priore vero forte ipse filius institutus fuit. Tunc enim postremum utique nullum est, nec potest primum infirmare. Sed hoc nihil ad nostram speciem. Nam hic in priore testamento non filius ipse, sed extranei, in posteriore, quod filium praeteriit, non extranei scripti sunt, sed qui post filium ab intestato veniunt. Iam vero hunc esse agnatorum favorem supra novimus, ut instituti in testamento imperfecto, quale etiam liberorum praeteritio facit, irritent superius validum extraneos continens heredes. Ergo testamentum, in quo filius est praeteritus, nihilo tamen secius rumpit prius, modo in eo scripti sint heredes legitimi. Alias, institutis extraneis, primum manet ipso iure validum, licet filius in eo sit exheredatus, et est demum querela inofficiosi rescindendum. Caue tamen credas, ex postremo hereditatem acquiri agnatis. Hoc enim non valet nisi ad infirmandum prius, neququam vero institutis heredibus ius succedendi tribuit, quippe quod iis a filio praeterito eripitur. Is namque etsi non potest nullum dicere hoc testamentum, (quod ni ipso iure subsisteret, non posset rumpere prius perfectum)

¹⁾ PAVLVS lib. I. ad Sabinum, in cap. VII. π. de lib. et postum. hered. instit.

^{m)} HARMENOPVLVS lib. V. tit. V. §. 25.



fectum) admittitur tamen ad hereditatem Praetoris beneficio, qui ipsi dat bonorum possessionem contra tabulas. Ex eo sane, quod ipso iure subsistunt eiusmodi tabulae, filius insigne percipit commodum. Quodsi enim ut nullae collaberentur, prius perfectum testamentum, in quo idem erat exheredatus, haud rumperetur, et tunc quidem praeter inofficiosi querelam, in qua facile vinci potest, nullum ei relictum esset remedium. Cum autem bonorum possessionis mentionem fecimus, noua oritur dubitatio, vtrum hoc beneficium etiam ad suos, an, ut quibusdam visum est, ad solos emancipatos liberos pertineat? Nos vtrique liberorum generi illud tribuere haud dubitamus. Largimur lubenter, liberos suos praeteritos proprie ipso iure nullum facere testamentum, emancipatos vero, quippe haud necessario instituendos, ad Praetoris gratiam confugere debere, qui, data bonorum possessione, tabulas, in quibus praeteriti sunt, rescindat. At hic singularis ratio idem ius in suis statuit. Hi enim testamentum sequens, in quo praeteriti sunt vocatis reliquis agnatis, non possunt reddere nullum, quoniam ipso iure subsistit, ut rumpat prius. Ergo praetorio remedio est utendum. Neque tamen, quod in primis notari debet, contra quascunque tabulas sequentes, in quibus praeteritus est, bonorum possessionem habet filius, sed tantum contra eas, in quibus agnati proximi post eum ab intestato venientes heredes instituti sunt. Quod CAIVS sic expressit: *Si remoto quoque filio, potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes.* Scilicet bonorum possessio contra postremas tabulas non prius dari potest, quam infirmatis prioribus, quae nullo sollempnitatis vitio laborant. Hae vero non rumpuntur testamento imperfecto, cuius quoque speciem facit liberorum praeteritio, nisi in eo scripti sint heredes ab intestato successuri, ob eas rationes, quas antea exposuimus. Quodsi igitur in posteriore testamento extranei heredes instituti sint, praeterito filio, quomodo poterit is illius rescindendi causa bonorum possessionem petere,



petere, cum ratum omnino maneat prius ac firmum? Vnde CAIVS recte hanc regulam constituit: *Vt, cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, avaro filio possit obtinere hereditatem*, (hoc est, si agnatus scriptus sit in testamento posteriore imperfecto ob praeteritionem, quippe ex quo praeter legitimos heredes nemo succedit) *filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem*: (nam ruptum est prius testamentum agnatis in posteriore institutis) *si vero ille non possit obtinere hereditatem, (si scilicet extraneus scriptus sit, non agnatus) filius quoque excludatur* (quoniam stat prius testamentum.) Quae verba qui ita interpretantur, vt existimant, agnatum ex testamento posteriore ob sollemnitates externas imperfecto non posse hereditatem obtinere, adeoque nec filium contra illud bonorum possessionem petere, hi non cogitant, quod ex VLPIANO ET IVSTINIANI constitutione supra demonstrauimus, quocumque testamento imperfecto, in quo vocantur agnati, prius validum infirmari. Hos igitur mittimus. Ita vero CAIO post minus accuratas ZVICHEMI, ⁿ⁾ BACHOVII, ^{o)} WISSENBACHII, ^{p)} REINHARTI, ^{q)} aliorumque interpretationes succurrendum putauimus.

Nunc ad reliquas causas transeamus, quae ab Heluiana regula videntur recedere. Pertinent huc omnia testamta, quibus sollemnitates sunt remissae, quae priuilegiata vulgo audiunt. Haec enim licet proprie sint imperfecta, quoniam legitimis carent sollemnitatibus, a quibus incipit tabularum perfectio, rumpunt tamen priora perfecta, siquidem etiam citra sollemnitates eundem cum perfectis valorem leges iis tribuunt: vnde vix est, quod dicamus, occurrere hic exceptiones a nostra regula. Noli vero longam de his narrationem a nobis expectare. Nam,

cum

n) ZVICHEMVS l. c. n. 5-7.

o) BACHOVIVS l. c. n. 4.

p) WISSENBACHIVS Hb. cit. ad L. XXI. §. 3. C. de testam.

q) REINHARTI Diss. laud. §. X. et XI.



cum vel in compendariis libellis ea tractentur, operam nostram haud exercebunt. Hoc vnum de testamento militari monemus, infirmari illud, auctore PAVLO,^{r)} etiam testamento sequente imperfecto intra annum post missionem facto. Cum enim nulla sollemnitate illud conditum sit, quidni etiam absque sollemnitate reuocari possit? Quam tamen rationem nollem ad reliqua testamenta minus sollemnia extendere. Certe nullum testamentum sollemnitatibus adeo liberum est, ac id, quod fit iure militari.

Hoc vero admodum singulare est, quod ALEXANDER SEVERVS Aug. rescripsit,^{s)} prius testamentum perfectum posteriore voluntate imperfecta eatenus infirmari, quatenus indigni heredis portio fisco addicenda sit, cum testator vnum ex heredibus scriptis indignum minus sollemniter declarauerit. Ita enim ille ad Philomusum: *Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam, non mereri vnum ex heredibus suis, declarauit, merito eius portio non iure ad alium translata fisco vindicata est.* Codicillis neque dari, neque adimi posse hereditatem, plus quam certissimum est. Attamen ALEXANDER heredi vt indigno codicillis adimi posse hereditatem, scribit. Quid igitur sibi vult Imperator? An contra iuris rationem hoc statuit? Equidem non puto. Scilicet ea est codicillorum natura, vt causas hereditarias flectant in fideicommissa: vnde vulgaris illa clausula codicillaris testamentis annexa: *Si voluntas mea non valebit vt testamentum, volo vt valeat tamquam codicilli.* Videtur igitur testatrix, cum heredem minus sollemniter indignum iudicaret, voluntatem perfectam antea de eo declaratam in fideicommissum mutasse, et portionem eius ad fiscum transfuisse, quippe qui indignis eripit hereditates. Plura dixit REINHARTHVS.^{t)}

Solet praeterea a nonnullis, in quibus ZVICHEMVS^{v)} est, alia adhuc exceptio contra PERTINACIS orationem afferri,

r) PAVLVS lib. XIV. Quaestionum in cap. XXXIV. §. I. r. de testam. milite.
s) ALEXANDER SEVERVS in L.

IV. C. de his, quib. vt ind. hered. aufer.

t) REINHARTHVS Diss. cit. §. XII.

v) ZVICHEMVS l. c. n. 8. 9.





afferti, eiusque rei causâ testimonium denunciari PAVLO Icto, cum scribit: *) *Clodius Clodianus, facto prius testamento, postea eundem in alio testamento inutiliter facto instituerat. Scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit. Sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasset eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret, posterius valere. Pronunciavit, (nempe Imperator in auditorio suo) Clodianum intestatum decessisse. Ex his verbis colligunt, prius perfectum testamentum rumpi posteriore imperfecto, in quo idem heres est institutus. Mihi verò alia omnia inde fluere videntur. Scilicet prius testamentum euanuit, non quasi posteriore imperfecto ruptum, sed quoniam heres nollet ex eo adire. Recte enim PAPIANVS dixerat, repudiasset heredem hereditatem ex priore testamento: quod licet PAVLVVS in consilio principis negaret, tamen contra eum iure pronunciatum est, Clodianum intestatum decessisse, cum priores tabulae defrutae essent, sequentes vero imperfectae. PAVLVVS sane hic non affirmat, suam sententiam fuisse approbatam, sed, vt debebat in Decretorum libris, disputationem ab assessoribus auditorii principis super hac causâ institutam et subsecutum Imperatoris decretum describit, quod non ex PAVLI, sed PAPIANIANI mente factum est. Neque, qui alia sibi persuadent, sententiae suae praesidium in hoc AFRICANI loco inuenient: y) *Eum, qui duobus testamentis eiusdem testatoris heres scribitur, cum dubitet, num posterius falsum sit, ex neutro eorum posse adire hereditatem placet.* Tractat enim ille non de imperfecto, sed de eo testamento, quod falsi habet suspicionem, neque tamen aperte falsum est. Tale vero si extat postremum, non potest non res ad causam intestati redire. Nimirum heres ex neutro recte adibit: non ex priore, quoniam, si forte sequens non esset falsum, (de eo enim dubitatur, sitne falsum, an minus)*

x) PAVLVVS lib. III. Decretorum in cap. XCVII. π. de acquir. v. omitt. hered.

y) AFRICANVS lib. IV. Quaestionum, in C. LI. π. de acquir. v. omitt. hered.



nus) prius vt ruptum collaberetur: non ex postremo, quippe de quo non constat, nam possit subsistere, cum adest falsi suspicio. Itaque nec PAVLVS, nec AFRICANVS comprobant id, quod volunt, tabulas postremas imperfectas, quae eundem continent heredem, quam qui in primo testamento scriptus est, priores perfectas infirmare.

CAP. VII.

Effectus testamenti imperfecti.

Vidimus, ex imperfecto testamento non succedi, nisi quibusdam ex causis legibus approbatis. Quod adeo verum est, vt ne Imperator quidem heres institutus ex eo sibi aliquid vindicare possit, vt ALEXANDER rescripsit Antigono. ^{a)} An ergo nullus omnino imperfecti testamenti effectus? Ita videtur: neque tamen semper. Quid enim fiet legatariis et fideicommissariis? An dicendum, hos quoque suo iure cadere? Hoc vero, quoniam non omni dubio caret, iam accuratius exponamus. Nam etsi ipsam testamentum imperfectum quoad heredis institutionem corruit, posset tamen quis existimare, legata et fideicommissa ex eo praestanda esse, quippe quae etiam minus sollemni voluntate recte relinquuntur, adeoque imperfectas tabulas gaudere iure codicillorum. At huic opinioni PAVLVS intercedit suo responso: ^{b)} *Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.* Non igitur vt codicilli subsistent tabulae imperfectae, nec legata aut fideicommissa ex iis peti poterunt, quoniam praeter sollemnitates etiam ipsa voluntas testatoris deesse videtur. Nam ex eo, quod testamentum adgressus est defunctus, apparet, eum, non nisi ex sollemni voluntate in bona sua succedi, voluisse. Ergo, quaecunque adscripsit, legata ac fideicommissa sollemniter relinquere voluit. Quodsi vero testamentum extat

D 2 imper-
run in cap. XXIX. pr. *Qui testam.*
fac. poss.

^{a)} ALEXANDER in L. IV. C. de *testam.*

^{b)} PAVLVS lib. XIV. Responso-



imperfectum, minus sollempnis est eius voluntas. Itaque ex eo neque in vniuersa, neque in singula defuncti bona succedi poterit. Interdum tamen fit, vt legata et fideicommissa nihilominus ex testamento imperfecto praestari debeant, quod a facto vel ipsius testatoris, vel heredis ex tali testamento succedentis prouenit. Testator quomodo id efficere possit, idem docet PAVLVS, dum pergit: ^{c)} *Ex his verbis, quae scripturae patrefamilias addidit: Ταυτην την διαθηκην βουλομαι ειναι κυριαν επι πασης εξουσιας, videri, eum voluisse omnimodo valere ea, quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset.* Habet enim haec clausula hanc vim, vt testamentum, quod ob sollempnitatis defectum subsistere non potest, mutet in codicillos, ita, vt, sola heredis institutione infirmata, legata et fideicommissa salua maneant. Nempe testator, qui eam testamento imperfecto adiecit, videtur hoc declarasse, vt, si non ex sollempni, tamen ex minus sollempni voluntate ipsi succedatur. Seruatur itaque illud tamquam minus sollempnis voluntas. Vnde non hereditas quidem, vtpote quae sollempni ratione relinquenda est, attamen legata et fideicommissa, quae minus sollempni quoque voluntate dantur, recte ex eo petuntur. Alteram causam, quae legatariis et fideicommissariis ex imperfectis tabulis ius tribuit, ab ipso herede ex iis succedente proficisci, diximus. Etsi enim ex imperfecto testamento nemo successionis ius nanciscitur, potest tamen euenire, vt ii, qui iam ab intestato successuri sunt, in eo heredes scribantur. His vero tunc liberum est, velint ab intestato hereditatem habere, an adire ex testamento. Si prius, inualida sunt omnia, quae scripsit testator, sin posterius, videntur comprobasse testatoris voluntatem, licet imperfectam, et propterea legata ac fideicommissa praestare tenentur. Adiisse autem intelliguntur ex testamento hereditatem, cum forte quaedam seruauerint, quae in tabulis cauta sunt. Ita sane HARMENOPVLVS ^{d)} rationes subduxit.

CAP.

c) PAVLVS leg. cit. §. 1.

d) HARMENOPVLVS lib. V. tit.

X. §. 27. τα εν τη ἀτελη διαθηκη κατα-

λειφθεντα τότε σφαιλουεν επιληρυσαζοι, οτε εξ ἀδιαθετου τα εν τη διαθηκη παρα τινων γινωσκει. ετι τουτου τοιουτου. §. 28. Ἀτελης δια-



CAP. VIII.

HONORII Aug. Constitutio.

Ex his autem, quae super PERTINACIS oratione de testamento non nuda voluntate, sed alio perfecto rumpendo, huc vsque disputauimus, satis, opinor, intelligitur, nihil prudentius aut iuris rationibus conuenientius fuisse hoc Heluiano fancito, quod etiam a THEODOSIO et VALENTINIANO AA. approbatum fuit. ^{a)} At enim vero (sic namque solet, vt sapientissima quoque tollantur instituta) haec decidendi ratio valde displicuit HONORIO, qui solo decennii lapsu testamentum infirmari voluit, etiamsi testator de mutanda sua voluntate numquam cogitauerit. Ipsa constitutio, qua nouum hoc ius introductum est, quae in Iustiniano Codice non extat, at legitur in Theodosiano, ita se habet: ^{b)}

IMPP. HONOR. ET THEOD. AA. PALLADIO. PP. P.

Ne quis, post diem mortis scriptis ante decennium testamentis, praestetur assensus, nullisque penitus viribus scriptura huiusmodi, tempore antiquata, taxetur: praesertim si, cum voluntas continuata persisterit, breuis mora sit, recentibus vetustatem innouare temporibus: vix enim fieri potest, vt per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem testium conscientiam mors coniurata surripiat: et reuera nefas est, vt antiquae deliberationis ordinatio voluntas postrema dicatur. Dat. X. Kal. Iul. Rau. (hoc est Rauennae) DD. NN. Honorio XII. et Theod. VIII. AA. Coss. (quorum annus est p. Chr. n. CCCCXVIII.)

Triplicem quidem HONORIVS (huic enim soli haec lex tribuenda, vt ex loco, quo subscripta est, cognoscitur) mutari

D 3

iuris

διαδικη δὲ περιεγρη. §. 29. Ὅτι ἐξ ἀδιαθετου δε κληρονομοῦναι καὶ ἀπο τῆς ἀτελοῦς διαδικῆς κληρονομοῦναι, ἐν δὲ τῇ διαδικῇ, ἀλλὰ διὰ τὸ φυσικῶς πρὸς αὐτοὺς δικαίον. ὅταν δὲ ἐξ ἀδιαθετου κληρονομοῦντες ταῖ ἐν τῇ ἀτελῇ διαδικῇ φυλάξαι, τότε καὶ λεγὰτα ἀποδοῦναι καταναγκάζονται. Ἐπειδὴ γὰρ

ἐς πολλὰ τὴν διαδικῆν δοκ ἀδικοῦναι, οὐ δυνατὴν οὐδὰ τοῖς λεγῶται αὐτῇ ἀδειν.

a) THEODOSIVS ET VALENTINIANVS in L. XXI. §. 3. C. de testam.

b) HONORIVS in L. VI. Cod. Theod. de testam. et codicil.



ius reddit rationem. Primum dicit, testatorem, si in eadem voluntate perstitisset, potuisse testamentum suum intra decennium facile alio nouo confirmare: quod cum non fecerit, existimandum esse, cum illud amplius valere noluisse. Alterum argumentum a fide testamenti atque testium ductum est. Putat nimirum, quod quidem contra iuris rationem est, mortuis testibus fidem testamenti labefieri. Hos vero post decennium obire posse fingit: cui mortis coniecturae forte ansam dedit illorum temporum, quibus regnabat, conditio, cum totum fere imperium Romanum bellis deuastaretur. Tandem ordinationem antiquae deliberationis, hoc est, testamentum ante decem annos conditum, vix posse postremam voluntatem appellari, sibi et aliis persuadere cupit HONORIVS. At debiles esse omnes has rationes et legislatori aequae indignas, ac ICTO, princeps ICTorum, GOTHOFREDVS, c) egregie demonstravit, cuius eruditissimis interpretationibus non est quod adiciamus.

CAP. IX.

IVSTINIANI Constitutio.

Nouum hoc ius cum valde imprudenter ab HONORIO introductum esse, IVSTINIANVS a) animaduertens, optimus princeps, lege lata, illud correxerat, et statuit, ne testamenta solo decennii lapsu, sed insuper accedente reuocatione coram tribus saltem testibus idoneis, vel inter acta facta infirmentur. Quam Constitutionem Cl. HANNESSEN b) data opera illustravit. Formula sanciti haec est: *Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, et post eius consecutionem decennium proflexerit, si quidem nulla innouatio vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur,*

c) Iac. GOTHOFREDVS in *Comment. ad Cod. Theod. b. l.*

a) IVSTINIANVS in L. XXVII. C. de testam.

b) Ia. Andr. HANNESSEN Diss. inaug. de testamenti accedente decennii lapsu facta reuocatione ad L. XXVII C.

de testam. Göttingae, MDCCCLXXXVI. praeside Ill. Ge. Chr. GEEAVERO defensa, cui nolo hunc libellum tribuere, quoniam ipse suum non esse declarauit, neque is tanti viri eruditioni respondet.



mutatur, quare stare prohibetur? Quemadmodum enim, qui testame-
ntum fecit, et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur, siquidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum: sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus vel inter acta manifestauerit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter enim testamenta mortuorum per decennii transcursum euanescere nullo patimur modo, prioribus Constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis euacuandis latae sunt, penitus antiquatis. Tres autem sunt species, quas Imperator hic tractat. Prima est, si testator intra decennium nihil immutauerit: tum quidem firmum esse iubet testamentum, idque statuit aduersus HONORII placitum. Altera est, si testator intra decennium posterius testamentum iure perfecit: vbi prius ipso iure rumpitur. Tertia denique, de qua in primis hic praecipitur, si testator, qui intestatus mori maluit, testamentum valere noluit, neque tamen aliud confecit: quo casu IUSTINIANVS non lapsum decennii, vt olim HONORIUS, sufficere vult, sed praeter decennium etiam reuocationem coram tribus minimum testibus aut inter acta factam desiderat. Permisit igitur Imperator, vt testamentum perfectum etiam sola reuocatione, quae est minus sollempnis ratio, infirmari possit. Sed an praeter reuocationem lapsu decennii semper opus sit? hoc est, quod quaeritur ab interpretibus. Sunt enim quamplurimi, qui existimant, nullo modo reuocari posse testamentum, nisi decennium a die testamentifactionis elapsum fuerit. At vereor, ne hi vim faciant IUSTINIANO. Is enim, vt quilibet facile intelliget, qui eius verba paullo accuratius perpenderit, hoc tantum statuit, ne solum decennii spatium effluxum, sed superueniens demum mutatae voluntatis testatoris significatio tabulas infirmet, et quidem, si is post decennium mentem muta-



mutauerit, sufficiat reuocatio coram tribus minimum testibus aut in iudicio facta: non autem omnem omnino testamenti reuocationem ante decennii lapsum factam inuolidam declarat. Itaque, quando post decennium de valore testamenti (siue scripti, siue nuncupatiui) quaeritur, praeter decennium expressam coram tribus minimum testibus aut inter acta reuocationem exigit: nullibi vero, praeter reuocationem, lapsum quoque decennii requirit. Quod docte ac eleganter contra vulgarem opinionem defendit consultissimus PVTTMANNVS^{c)} noster, eximius iuris interpret. Si quis igitur velit suum testamentum, decennio nondum elapso, reuocare, non prohibetur hac IVSTINIANI constitutione, modo legitimum adhibeat testium numerum. Scilicet cum id, quod secundum leges factum est, etiam legitimo modo subuertatur, non dubitandum est, quin testamentum eadem ratione infirmetur, qua conditum fuit. Atqui testamentum factum est coram septem testibus. Quidni, eodem testium numero adhibito, illud reuocetur? Neque hoc repugnat PERTINACIS regulae, nuda voluntate non infirmari testamenta. Hic enim non nuda occurrit voluntatis declaratio, sed accedit factum testatoris contrarium externam testamenti formam vitians, quae semper est legitimum, ut supra probauimus. Sed haec tantum de testamento nuncupatiuo volo intelligi, non aequè de scripto. Nam illius forma externa in sola nuncupatione coram septem testibus facta, huius vero in scriptura et subsignatione consistit. Illud igitur contraria nuncupatione seu reuocatione coram septem testibus facta absque dubio infirmatur, hoc non, nisi ipsae tabulae scriptae fuerint corruptae, velut, cancellatione, incisione, signorum ruptione. Quod discrimen miror diligentissimum PVTTMANNVM haud obseruasse. Sane iam BALDVINVS^{d)} suspicatus est, testamentum scriptum nuda reuocatione coram septem testibus facta non infirmari. Plura non addimus!

c) PVTTMANNVS Interpret. et Obseru. cap. XXVII.

d) Franc. BALDVINVS in Comment. ad Instit. b. l.



ULB Halle

007 469 896

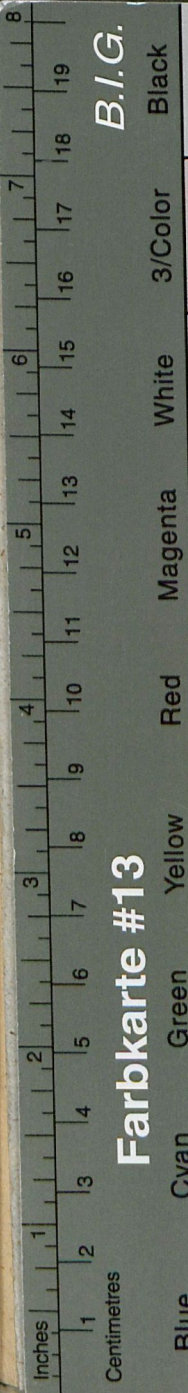
3



VD18







1765, 37.
3, 375, 469.
1692

A D

M PERTINACIS.
NTO POSTERIORE
PRIVS PERFECTVM
INFIRMANTE

quib. mod. testam. infirm.

MENTATIO

Q V A M

M ORDINIS AVCTORITATE,

BRIS A. O. R. CIOCCCLXV.

L. Q. C.

F E N D E T

M M O S

E IVRE HONORES

P E S S V R V S

IDERICVS SCHOTT

E S D E N S I S

Y R I S V T R I V S Q V E B A C C A L .

I P S I A E

N A L A N G E N H E M I A .