





DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS

SISTENS

HISTORIAM IURIS CIVILIS

DE

EXHÆREDATIONE ET PRÆTE-
RITIONE

AD INTERPRETATIONEM NOV. CXV. ET L. IV. COD. DE
LIBER. PRÆTER.



QVAM

SVB AVSPICIIS DIVINIS

RECTORE VNIVERSITATIS EBERHARDINÆ CAROLINÆ
MAGNIFICENTISSIMO

SERENISSIMO DVCE ET DOMINO

DOMINO

CAROLO

DVCE WIRTEMBERGIÆ ET TECCIÆ REGNANTE

REL. REL.

CONSENTIENTE ILLVSTRI IURISCONSVLTORVM ORDINE

PRAESIDE

CAROLO CHRIST. HOFACKER

IURIS VTRIVSQVE DOCTORE ET PROFESSORE PVBLICO
ORDINARIO,

PRO GRADV DOCTORIS RITE OBTINENDO

DIE IVN. MDCCLXXXII.

PVBLICE DEFENDET

AVCTOR ET RESPONDENS

FRANCISCVS NICOLE

HELVETICO - NIVIDVNENSIS.



TVBINGÆ TYPIS SCHRAMMIANIS.





CONSPECTVS.

- I) Introitus. §. 1.
- II) Ante LL. 12. Tabb. libera non erat exheredandi prætereundique facultas. §. 2.
- III) Ex Legibb. 12. Tabb. patrif. jus competebat
- a) quoscunque exheredandi etiam inter cæteros. §. 3.
 - b) non vero suos jam natos prætereundi. §. 4.
- IV) Jus circa exheredationem præteritionemque post 12. Tabb. introductum debetur §. 5.
- a) vel Interpretationi prudentum forique disputationi; unde
- 1) Filius suus jam nominatim exheredandus fuit. §. 6.
 - 2) Filiabus nepotibusque præteritis jus accrescendi §. 6. 7.
 - 3) Postumis præteritis jus rumpendi datum. §. 8.
 - 4) Injuste exheredatis querela de inofficioso concessa. §. 9. 10. 11. 12. 13. 14.
- b) v. Edictis Prætorum, unde emancipatis præteritis contr. tabb. bonor. possess. concessa. §. 15.
 - c) v. Constitutionibus Principum, unde aliter determinata fuit fratrum de inofficioso querela. §. 16.

X. 2

V) Jus

V) Jus novissimum Justinianum circa

a) Exhæredationis non rite factæ

1) Formam §. 17. 18.

2) & effectum. §. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25.

b) Exhæredationem rite factam;

1) ab initio valet Testamentum §. 26.

2) sed rescindi potest per querelam de inofficioso

a) a parentibus & liberis, si exhæredatio non facta
sit sec. Nov. 115. §. 27. 28. 29. 30.

b) a fratribus sororibusque sec. præscriptum jur.
veteris non exhæredatis. §. 31.

VI) Tabula repræsentans functiones juris novissimi de exhæ-
redatione & præteritione §. 32.



§. I.

Inter tot materias in jure civili se mihi offerentes nobilissimam de exhæredatione & præteritione lubens elegi, cum persuasum habeam, me, si ei aliquam lucem affundere possem, nonnihil de arte nostra fore meriturum, nec alia forte sit doctrina juris, quæ historice pertractata majores vicissitudines, pluresque & graviores Jurisconsultorum controversias declarandas & componendas præbeat. Præcipuus mei instituti scopus fuit, jus novissimum in hac materia, sicut a Justiniano in eodice & præsertim in Novellis mutatum instabilitumque fuit, ante oculos ponere, salvumque a conatibus tam multorum interpretum retinere. Ideo non poteram non brevis esse in enarratione eorum, quæ antiquioribus reipubl. Rom. temporibus vigeant, potissimum quum ea, ob defectum relationum historiarum, obscuritate plerumque inexplicabili & cui per solas conjecturas succurrendum erat,

A

erat,

erat, involvantur. Animus ferebat magna, vires minora
& parva præstiterunt. Hunc ordinem secutus sum, ut
primo id, quod juris erat circa præteritionem & exhæreda-
tionem ante LL. XII. Tabb. latas exponerem; secundam
periodum a LL. XII. Tabb. summi; tertiam mihi suppedi-
tarunt media & nova jurisprudentia; in quarta denique
Mutationibus a Justiniano imperatore circa hanc rem in-
troducendis paulo accuratius evolvendis. determinandisque
operam dedi.

§. 2.

Primis reipublicæ temporibus, patremfamilias priva-
tam testamentifactionem haud habuisse satis constat; *)
successionis enim hæreditariæ unica ratio, unicum fundamen-
tum in ipsis LL. publicis, scriptis vel non scriptis, hære-
desque ab intestato successuros designantibus, regulariter po-
situm fuisse videtur, adeo ut nullus sibi alium hæredem
scribere, legitimo excludo, privata auctoritate potuerit. Si
igitur quis ordini in his LL. determinato in suum favorem
vellet derogari, hoc consensu totius populi, in comitiis calatis
congregati, fieri debebat. Nec mihi ita definitum videtur:
an alio jure Testamenta in Procinctu facta valuerint.
Quamvis enim plurimi contendant, id, quod civis Romanus
in expeditione bellica præsentissimoque vitæ periculo com-
pre-

*) Hæc enim testamentifactio privata ex exemplis in GELLIO Noct.
Att. LVI. C. 7. & in PLUTARCHO in vita Numæ p. 66. occurren-
tibus, haud evinci potest. de quibus conf. TREKELL d. origine at-
que progressu testamentifactionis. Cap. II. §. 4.

prehensus, de sua hereditate tribus vel quatuor testibus hoc audientibus pronunciaffet, vi legis valuisse, mihi tamen persuadere non possum, quod tantum de jure communi hoc speciali casu laxatum fuerit, quum hoc analogiæ juris & rationibus potestatis admodum limitatæ patribus. de rebus suis mortis causa disponendi concessæ, æque repugnet. In dubio igitur & donec de contrario per argumenta probabilia constet, verosimilius esse puto, hæc testamenta etiam in procinctu facta, si legibus publicis derogarent, a populo in comitiis calatis confirmari saltim debuisse.

S. 3.

Ex posterius dictis elucescit, admodum limitatam fuisse ante LL. XII. Tab. Civis Romani de suis bonis testandi facultatem, quippe quæ semper consensui totius Populi adstringebatur. His autem non parum derogavit Lex decemviralis, cui explicandæ ex ejus verbis menteque evidentissima, nunc operam dabimus. Lex sic sonat: *Paterfamilias uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* Ex ipsis verbis fuit non tantum privata testamentifactio, sed & liberrimum jus de rebus suis per ultimam voluntatem disponendi cuique Patrifam. concessum; & ut verbis POMPOII in L. 120. D. de V. S. utar: „Latissima potestas tributa videtur: & hæredes instituendi, & legata & libertates dandi, tutelae quoque constituendi“ adjiciam ego: & legitimos ipsosque suos hæredes exheredandi, quod contra Cl. GALVANVM *) dissentientem defendere non verear. Etsi enim ei

A 2

COM-

*) In Tract. d. Ufusufructu Cap. VIII. n. 15.

concedamus, quod liberi in patria potestate constituti simul cum patre totius familiae i. e. bonorum fuerint Domini, qui mortuo illo non aliena consequi sed propria servare videbantur, hoc tamen inde non sequitur, quod exheredare eos non potuerit, quandoquidem non bonorum saltem condominium, sed & ipsam vitam adimere filiosam potuit. Vtramque potestatem lege decemvirali Patribus concessam, ad significandum patriae potestatis ambitum egregie conjunxit Paulus in L. 11. D. d. Lib. & posth. Verius igitur omnino est, Iustum in L. 120. all. non omnia, quae testatoribus licebant, sed exempli tantum causa quaedam potiora exprimere voluisse; nec quidquam obstat, quin etiam credamus eam exheredationem suorum inter ceteros fieri potuisse, quum ipse Imperator Justinianus huic sententiae faveat in L. 4. C. versu: Scimus etenim d. Lib. prat. v. exhar.

§. 4.

Altera difficilior nostrae attentione digna quaestio perpendenda superest: an per legem XII Tab. sui heredes praeteriri potuerint? Hanc plerique interpretes affirmare non dubitant. *) Nobis vero post maturius examen contraria magis arridet sententia, utpote verisimilior & cum juris civilis analogia magis conveniens. Quid enim! nonne jam

*) *Van de POLL.* d. exheredatione & praeteritione Romana atque hodierna. C. VII. §. 4. *HEINECCIUS* antiquitates Romanae Juris prudentiam illustrantes. L. II. Tit. 10. §. 20. *SCHULTINGIUS* d. Testamentis rescissis ad Valerii Maximi Lib. VII. C. 7. *JANUS A COSTA* in notis ad Inst. Tit. de exhar. Liber.

jam tempore latæ legis decemviralis vigeat strictus ille fa-
 miliæ nexus, naturali magis jurè quam lege civili, ut Pau-
 lus ait in L. 7. D. d. bon. damnat. constitutus? nonne jam
 aderat hæc unitas ficta inter Patrem & Filiosf. quæ vivente
 ipso patre filios suos condominos in ejus bonis faciebat, unde
 eo mortuo Dominium potius continuare quam demum acquirere
 viderentur? Hæc ut puto nemo negabit. Quodsi igitur
 suus filius patri ipso jure hæres existeret, certe necesse erat,
 ut hic prius adimeret filio suo Dominium rerum, quas alteri
 testamento suo dare volebat, quomodo duo in solidum heredes
 esse nequeant, nec contendere possit, tacitam exhæredationem
 unius per institutionem alterius magis tunc quam sequenti-
 bus temporibus *) valuisse. Neque me a sententia mea
 dimovet argumentum, quod dissentientes e loco CICERONIS
 d. Orator. L. 1. C. 38. & VALERII MAXIMI L. VII. C. 7.
 struant. Ibi narratur civem quemdam Romanum filium
 suum præterisse aliis institutis hæredibus, cujus tamen te-
 stamentum nihilominus tanquam ipso jure validum in judicio
 centumvirali rescissum fuit. Sed res salva est, modo atten-
 datur singularis ratio, quæ in casu proposito pro validitate
 hujus testamenti militabat. Species facti est de patre, qui
 testamentum antea fecerat, in quo filium suum hæredem in-
 stituerat, quemque cum falsus rumor de morte ejus ad eum
 pervenisset, testamento noviter confecto præterierat, extra-
 neo hærede instituto. Cum autem filius mortuo patre do-

A 3

mum

*) Vid. L. 1. 17. D. d. injust. rupt. irrit. L. 7. 30. D. d. Liber
 & posth. pr. l. d. exhar. Lib. L. 4. C. d. Liber prat.



num rediisset, hæreditatemque paternam vindicasset, quæstio jam enascebatur: possetne paternorum bonorum ex hæres esse filius, quem pater testamento neque hæredem *neque ex hæredem scripisset nominatim* ? *) deberetve testamentum posterius ipso jure nullum esse? quod procul dubio negabant. Jcti illius ævi rem ex singularibus in hoc casu occurrentibus circumstantiis dijudicantes. Quamvis enim intelligerent testamentum, ubi præteritur hæres suus, ex mente legis decemviralis regulariter nullius valoris esse, attamen exceptionem admittendam esse, si præteritioni error & ignorantia locum dedisset, existimabant. sicque sua ratiocinia deduxisse mihi videntur. Qui errore inductus suum filium familias præterit, hoc non facit ex contemptu principiorum juris civilis, quinimo putat nexum Familiæ sublatum & consequenter alios sibi heredes legitime scribere potest, ejusque testamentum stricto jure validum est, & eo modo in nostro casu obticisset huic filio familias rigor juris, nisi centumviri, ad quos rem detulit, ei ex æquitate succurrissent. Quum enim piam mentem parentis erga genitum ex priori testamento clare viderent, posterius testamentum resciderunt, restituta in contrarium priori rupto omnia sua vi & firmitate. Successu tamen temporis, uti juris processus id efficere solet, inductum fuisse videtur, ut & tale testamentum, in quo per errorem pater filium suum præteriisset, ipso jure nullum esset. **) Ex his ut opinor satis clare patet, filium suum præteritum jam secundum leges decemvirales, testamentum regulariter nullum reddidisse;

*) Sunt verba CICER. d. Orat. L. I, C. 38.

**) L. 9- C. d. Testam. milit.

— — — — —

7

disse; *) idemque dicendum puto de filiabus cæterisque per virilem sexum descendentibus suis, v. g. nepotibus. Non enim improbabilis tutoque fundamento carens est sententia, quod diversitas juris in filiis & filiabus nepotibusque suis, de qua in sequentibus loquemur, media demum jurisprudentia introducta fuerit; uti & Imperator hoc non obscure significare videtur in Tit. Inst. d. exhær. liber. & in L. 4. C. d. Lib. præd. Hoc autem de solis liberis suis jam natis intelligi volo. Quod enim posthumos attinet, non æque puto eos ex mente legis decemviralis evidentissima testamentum, in quo præteriti fuerant, rupisse, quippe qui ante patris mortem in condominio ejus bonorum non steterant, nec ideo necessario exhæredandi erant, præsertim quum fictio illa, qua pro jam natis habentur ubi de eorum commodis agitur, media demum jurisprudentia introducta fuisse videatur. Cæterum nulla dubitatio est, quin filii emancipati aliique cognati & agnati omnes pro lubitu præteriri poterint.

§. 5.

Leges in XII. Tabb. propositæ, cum brevissimæ essent ideoque sæpius obscuræ, desiderabant, (uti Pomponius ait in L. 2. D. d. O. J.) Interpretationem, quæ earum applicationem

*) Nec aliud valuit quoad adoptivos, si his jam temporibus in usu fuit adoptio, quippe qui, quamdiu erant in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habebantur, cujus sunt justis nuptiis quasi. §. 4. l. d. exhæred. liber. emancipati vero a patre adoptivo nullum jus, ejus successione intuitu, retinebant.

tionem ad plurimas in foro occurrentes quæstiones demonstraret, & eas ad æquitatem subinde inflecteret. Factum id est Jctorum istius ævi auctoritate & disputatione fori, unde una cum legibus lege XII. Tab. novioribus mediæ jurisprudentiæ systema efformatum fuisse scimus. Sed & maximum incrementum juris principiis accessisse ex edictis prætorum notissimum est, quibus jus civile adjuvare & ad æquitatis principia, mente magis quam verbis ejus inspectis, accommodare annisi sunt, mutatis reipublicæ moribus id suadentibus, populoque tacite consensum suum impertiente. Nec facile reperietur materia, in qua vetus jus civile magis suppletum adauctum & emendatum adpareat ac successio hæreditaria speciatimque testamentaria. Quam ingens quam perfectum systema ex unica vel saltim ex paucis & brevibus legibus efformatum! Ideo operæ pretium erit investigiores, quas e tempore LL. 12. Tab. subiit hæc doctrina juris, quatenus præsertim ad nostrum institutum faciunt, mutationes exponere & illustrare. Et quidem melioris ordinis majorisque claritatis causa eas dispescemus ex origine quam habent, & prout vel ex interpretatione Jctorum forique disputatione, vel ex edictis prætorum vel ex constitutionibus Principum fluere videntur, hunc ordinem non turbaturi, nisi rerum inter se connexio hoc poscat.

§. 6.

Initium faciamus ab his mutationibus, quæ vel certo vel saltim verosimilius auctoritati interpretationibusque prudentum & disputationi fori originem debent. Primum igitur

tur quod interpretationibus suis induxisse videntur Jurisconfulti, est id: ut filii sui jam nati non amplius inter ceteros ut olim (hoc enim regula generaliter proposita in lege decemvirali permittere videbatur) exheredari possent, sed vel institui vel ab hereditate nominatim excludi deberent; quodsi aliter actum esset, pro præteritis habebantur. Hæc autem mutatio solos filios suos respiciebat, non item filias & nepotes aliosque per virilem sexum descendentes. Quippe tantum abest, ut horum conditio in hac periodo melior facta sit, ut potius deterior quodam modo evenerit. Quum enim antea salvo testamento haud possent præteriri, inductum nunc est, ut eorum præteritio testamentum non amplius infirmum redderet, sed illis tantum jus accrescendi suis institutis ad virilem, extraneis ad dimidiam portionem, competeret. Hujus differentię inter suos inductę tempus, auctores certos, causamque & rationem lubens indicarem; verum fateor me his penitus evoluendis clareque & sufficienter repræsentandis imparem esse; nihilominus tamen quę mihi de hac re cogitanti verosimiliora videntur, breviter exponendi animus est.

§. 4.

Et primo quidem quod ad filias attinet, res facilius expediti possent. Etsi enim Antiquitatum Romanarum studium nos doceat, primis Reipublicę Romanę temporibus, jam a Romulo usque, liberos omnes in patria potestate constitutos, adeoque filias æque ac filios, legitimos patrum heredes fuisse, eamque Jurisprudentiam in leges quoque 12 Tabb. migrasse,

B

non

non improbabilis tamen est sententia, quod fœminarum jura in successione jam sub incitiis mediæ jurisprudentiæ semper magis atque magis imminuta fuerint, hocque circa hereditatem legitimam fori maxime disputatione effectum & ita constitutum fuisse videtur, quia commodius erat ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent (§. 3. Inst. d. leg. adg. success.) quibus sc. Romani multum præ feminis favebant, cum in iis reponerent spem familiæ conservandæ, & e contra fœminæ in alienas familias transeuntes in his omnia sua bona relinquerent. Inde verolimile mihi videtur, etiam ante Voconiam legem coarctatam aliquantum fuisse in fœminis hereditates acquirendi facultatem, *) adeo ut non incommode huic fœminarum in succedendo juris odio adscribi possit, quod filiæ præteritæ testamentum patrum non amplius nullum redderent, sed institutis duntaxat in certam portionem adcreverent. Quid autem de nepotibus statuemus? eadem enim ratio, quæ mulieres a successione excluderat, contra eos non militabat, quippe qui avitum nomen ferebant, familiæque spes & fulcrum erant. Fateor. Nobis igitur inquirendum foret in rationem filiabus nepotibusque communem, quæ hos illis exæquandos, utrosque autem filiis postponendos suafisset. Hanc rationem quamvis haud pro certa indubitataque, saltem pro verisimili proponere liceat. Nemo sc. ignorat strictiorem forciolemque nexum intercessisse inter patrem & filium ac inter patrem & filiam, avumve & nepotem, id quod evincunt plura testimonia in

*) Conf. PERIZONIUM in Triad. Dissert. pag. 135. WIELING. Lect. anti-jur. civ. Lib. 11. Cap. 28. p. 201.

antiquitatibus Romanis sparsa, & inter alia notum illud veteris juris civilis principium: quod filius trina demum mancipatione a patre facta, filia vero & nepos unica etiam, a potestate paterna liberarentur. *) Hanc differentiam huncque laxiorem nexum videntes Jcti, qui nihil prætermittabant quo testamenta interpretatione sua sustinerent, facile inde concludere potuerunt, effectum præteritionis harum personarum non eundem esse debere, sed majorem sc. nullitatis testamenti, si pater filiumfamilias præterisset, minoremque sc. juris accrescendi si pater filiam vel avus nepotem prætermississet. Pro ea sententia non parum, inquam, facit quod id jus accrescendi æqualiter & eodem modo in filiabus & nepotibus locum habuerit. Totam rem sic concepit Jcti videntur, sc. habuerunt pro tacite institutis eos easque, qui quæve revera præteriti erant, ita ut, prout cum extraneis vel cum suis concurrerent, vel re conjuncti & verbis disjuncti, vel re & verbis conjuncti intelligerentur. Pone v. g. patrem ita dixisse: Titius & Mævius mihi hæredes sunt, filiam autem suam præterisse; testamentum non viciatur, sed si TITIVS & MÆVIUS extranei sint, accrescit filia in dimidiam totius hæreditatis quasi re conjuncta & verbis disjuncta; si sui hæredes sint, tacite instituta eadem videtur non modo disjunctim, ut in extraneis hæredibus dictum est, sed propter naturalem personarum conjunctionem & familiæ unitatem, cujus personæ omnes unius personæ vicem obtinere dicuntur, conjunctim & re & verbis, unde in portionem virilem illam vocari adparet. Cessare quidem debuit hæc interpretatio

B 2

quoad

*) Ulp. Fragm. Tit. 10. §. 1.

quoad filias lata lege Voconia, *) sed restituta deinde fuit obliterata sensim hujus legis auctoritate, sicque jus accrescendi pristinum vigorem recepit & ad tempora Justiniani usque perduravit.

§. 8.

Hæc dicenda mihi videbantur de liberis suis *jam natis*; jam transeo ad postumos, qui, si a testatore, sub cujus potestate futuri essent, præteriti fuissent, testamentum ejus, secundum mentem LL. 2. Tab. non rumpebant, cum nunquam condominium in bonis patris habuissent; ex quo autem inducta a Jctis fictio fuit, vi cujus postumi, ubi de eorum commodis agitur, pro *jam natis* habentur, ex eo, inquam liberis *jam natis* æquiparati sunt, eo quidem effectu: ut postumi masculi primi ulteriorumque graduum institui vel nominatim exheredari deberent, ne eis præteritis posteaque vivis natis testamentum rumpere; filias vero postumas inter cæteros exheredare sufficeret, modo legatum eis relinqueretur ne per oblivionem præteritæ esse existimarentur; eorum enim (filiarum sc. postumarum, cæterorumque per virilem sexum descendencium postumorum) respectu non adeo com-

*) Ea lex inter alia sanciebat: ut qui ab A. POSTUMIO ALBINO Q. FVLVIO FLACCO Censoribus census esset, ne heredem virginem, neve mulierem faceret, qua lata non amplius ambigebatur, quin filia testamento a patre præteriti possent imoque deberent, quippe qua dote sua v. legato, cujus modum nobis præbet Dio CASSIUS Lib. 56. contenta esse jubebantur. PERIZONIUS loco cit. pag. 143. WIELING loco cit. pag. 205. 207.

commode admitti poterat fictio: quod testator eos tacite instituisset, sic ut intuitu *jam natorum* fiebat, unde prateriti prateritave testamentum indistincte rumpebant. *) Ceterum quoad alias personas, ad hereditatem ab intestato jure civili v. honorario vocatas, nihil a Jctis immutatum videtur, ut adeo exhereditatio inter ceteros facta v. solum testatoris silentium ad eas excludendas sufficeret.

§. 9.

Exhereditationi *vite* faciendæ sic præscripto modo nondum substitere Jcti. Parum enim proficiebat liberos jam nominatim exheredandos esse, si iisdem injuste impieque exhereditatis nullo remedio succursum fuisset. Supra enim vidimus patribusfamilias in LL. XII. Tab. illimitatam de suis rebus disponendi facultatem concessam fuisse, modo tamen filius suus aliique hic nominati non præterirentur. Hæc vero potestas, qua dubio procul sapienti moderatione utebantur veteres Romani, in funestam mox abiit licentiam, quam refrenari procul dubio reipublicæ maxime intererat; quid enim tristius miserabiliorisque exitus esse poterat, quam liberorum immeritorum, infantium sæpe, exclusio ab hereditate, ad quam natura eos vocabat! Inde primis jam libertæ reipublicæ temporibus videtur grave Centumvirorum tribunal,

*) De his omnibus vid. tit. Inst. d. exheredit. liberor. pr. usque ad §. 3. — Hic etiam locus esset varias posthonorum species, eorumque instituendorum exheredandorumve formulas à Jctis inventas exponendi. Hæc autem tractatio quum a meo instituto aliena videatur, plura de hac re legendi cupidos ad Cl. & Doctiss. Van de POLL loc. cit. cap. 10 — 16. remittere liceat.

bunal, cui de hæreditariis controversiis iudicandi auctoritas commissa erat, his causis se immiscuisse. Qui enim exhæredatione sine causa notatos se videbant, quum eis nullum pateret remedium civile contra testamentum stricto jure validum, incipiebant rem ad Centumviros deferre ex æquo & bono iudicandam; hique æquitate moti adversus rigorem juris civilis has controversias decidere non dubitabant; quæ cum sæpius recurrerent, sæpiusque eodem modo terminarentur, inde paulatim invaluit mos, actioque extraordinaria, cui nomen *querelæ inofficiosi testamenti* inditum est.

§. 10.

Nec dubium est, quin Jcti ei remedio summopere in suis responsis favorint, hocque præcipue elucescit ex cura, quam adhibuerunt ad querelam sola æquitate nitentem, legique decemvirali directo contrariam, firmiter fundandam, quasi ipsa saltem ex mente legis civilis fuisset. Fictio, quam ad hunc effectum introduxerunt, omnibus nota est, dicebant nempe testamentum, in quo liberi injuste a patre exhæredati erant, subsistere non posse, quasi non sana mentis fuisset testator cum hoc conficeret. *) Ex hæcenus dictis non obscure patet, querelam inofficiosi originem suam legi cuidam Gliciz haud debere, quamvis hoc nobis obtrudere velit CVJACIUS in Lib. 2. Obs. Cap. 21. si enim in lege publica primum prodita fuisset, quid opus fuisset talem fictionem admittere ad speciem legitime originis ei tribuendam? certe jam habuisset querela fundamentum sufficiens, unde sane inutile

*) L. 2. L. 5. §. 1. D. d. inof. test. pr. Inst. cod.

inutile fuisset aliam fictionem superaddere. Nec majori jure defendi potest eam ex constitutionibus principum fluere, *) quum hujus sub libera adhuc reipublicæ, jam usu servatæ nobis suppeditet exempla VALERIVS MAXIMVS Lib. VII. Cap. 7.

§. II.

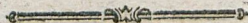
Querela sic moribus introducta & a Jctis probata mox vim juris civilis & scripti accepit, usque adeo, ut Imperatores eam in suis rescriptis agnoscere non hæsitarent. Casus tamen, in quibus admittenda videbatur, non ita determinati erant, ut multum, quin dicam omne fere ex arbitrio Centumvirorum, ordinariorum in his controversiis judicum, non penderet, tam intuitu personarum quibus, quam causarum ob quas concedi deberet. Et quidem primo, quod ad personas attinet, jam supra monuimus, eam ex primo instituto præcipue in gratiam liberorum suorum a patre exhæredatorum, quippe proximiorum hæredum ab intestato, inventam fuisse. Res vero haud diu in hoc statu mansit, novoque prodito remedio postea abusi sunt homines remotissima & sæpe nulla cognatione defuncto juncti, **) usque adeo, ut remedium ipso malo funestius mox evenisset, nisi sub melioribus Imperatoribus talis restranata fuisset audacia, lateque vaganti querelæ certi positi essent limites: Horum enim cura,

*) Huic opinioni adstipulatur DVARENVS ad Tit. d. inoff. testam.

Cap. 2. nostram vero sequuntur Van de WATER, Observat. jur. rom. L. 1. C. 11. Corn. van BYNKERSHOEK. Obs. jur. rom. Lib.

2. Cap. 12. aliique.

**) Habet exempla in Suetonio. Calig. C. 38. Neron. C. 32.



cura, ut videtur, invaluit, ut ultra parentes & fratres fororesque nulli cognati ad querelam admitterentur. *) Quo vero ordine tituloque cum his personis communicata fuerit, breviter exponere haud extra institutum erit.

§. 12.

Primis omnium, patribus, filios de peculio castrensi vel quasi castrensi testantes sub potestate habentibus concedi naturaliter debuit, si ab eis präteriti vel injuste exheredati reperiebantur, quippe quibus proximi adgnati & ideo ab intestato hæredes erant. Eisdem vero non proderat initio ad expugnanda filiorum emancipatorum testamenta, **) donec, introducto a prætore edicto successorio, tanquam proximi cognati ad eorum successionem ab intestato vocati essent. Tunc enim si in liberorum tabulis excluderentur a successione per prætorem introducta, iis sine dubio compete-
tebat querela, ut infra suo loco videbimus. Nec aliud de matribus dicendum, quæ quum liberos nec tanquam suos nec tanquam adgnatos haberent, his demum ex edicto: *Unde cognati* ab intestato succedere poterant, præterquam quod in quibusdam casibus, vi juris civilis per Sctum Tertullianum introducti, eis legitimæ heredes extarent. ***) Liberis etiam quod & in transitu dictum sit, ab eo tempore circiter legitima marum hereditas per Sctum Orphitianum delata fuit, ****) ita ut contra inofficiosum earum testamentum jam

*) L. 1. L. 15. D. h. t.

***) Nisi in emancipatione intervenisset pactum fiduciæ, quo casu ad hæreditatem filiorum legitimam vocabantur.

****) Tit. Inst. d. Scto Tertulliano.

****) Tit. Inst. d. Scto Orphitiano.

jam queri possent. Veniamus tandem ad ultimos, qui hoc remedio uti poterant, fratres nempe sororesque, circa quos agitatur quaestio inter DD. adhuc controversa: an se, indistincte & omnibus casibus, ubi ab intestato vocabantur, querelam instituere potuerint? (ubi tamen observes velim, hic tantum agi de eo, quod juris fuit usque ad Constantinum Magnum, cum quid in hac re mutaverit hic Imperator infra exponendum sit.) Eam quaestionem plerique affirmant, allegantque pro se non paucas leges, quarum nulla quaedam distinctionem fert, v. g. L. 1. D. L. 21. C. d. inof. testam. Et quidem in antecessum concedimus nihil interfuisse: utrum fratres germani an uterini fuerint, utrum haeredes instituerentur personae turpes vel non. Sed, praesente JACOBO GOTHOFREDO, *) dubium contra hanc sententiam movere liceat, ex L. 31. pr. D. d. inof. test. ortum. Haec lex sic sonat: „Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam attinet: nihil interest quis sit haeres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus“ rogo cur Iustus nos tam sollicitè admoneat: *Parentes & liberos* etiam contra municipem haeredem institutum queri posse? nonne verosimile est eum, id, quod de his affirmabat, de fratribus intelligi noluisse? uno verbo, nonne perfecta hac lege concludere debemus: ergo respectu fratrum plurimum interest. Huic argumento non parum auctoritatis accrescit ex L. 24. D. eod. quae necessariam lucem ex praecedenti sic explicata vicissim mutuatur. Habes hic propria Ulpiani verba: „Circa inofficiosi querelam eve-
 „nire

*) In Comm. ad L. 1. Cod. Theod. d. inof. test.

„nre plerumque adfolet, ut in una eademque causa diverſæ ſententiæ proferantur: *quid enim ſi fratre agente hæredes ſcripti diverſi juris fuerunt?* quod ſi fuerit, pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe videtur.“ Quare Jctus ſpecialem caſum de fratre obtinente contra unum ex hæredibus, victoque ab altero ſibi proponit? reſpondeo: quia jus erat fratrum ſingulare, ut a fratribus exhæredati obtinerent contra extraneum, non vero contra municipem, ſ. ejusdem civitatis civem. *)

§. 13.

Hæc de perſonis, ad quas reſtriſta erat querelam inſtituendi facultas. Jam verbum dicendum de cauſis, ob quas exhæredatio impugnari non poterat, & eunam eaſdem probandi onus incumbibat. Ad tempora Juſtiniani uſque non exiſtit præfixus juſtarum ingratiſtudinis cauſarum numerus, plerumque igitur res ad arbitrium centumvirorum redibat, qui æſtimabant quamam pro juſta injuſtave accipi deberet. Nihilominus tamen plures in LL. jam agnitas probataſque videmus v. g. in L. 11. L. 19. L. 28. in f. C. d. inof. teſt. alias quadaſdam reprobatas v. g. in L. 18. eod. alias tandem hiſ temporibus probatas, ſed poſtea a Juſtiniano rejectas v. g. in L. 3. §. 5. D. d. bon. poſſ. contr. Tab. Quod ad onus cauſam probandi attinet, diſtinguendum puto: utrum quis nulla vel generali duntaxat ingratiſtudinis mentione facta, an vero ſpeciali exhæredationis cauſa adjecta, ab hæreditate remotus fuiſſet; priori caſu ſine dubio querela agentibus incumbit.

*) Conf. Van de POLL in tract. cit. Cap. 61.

incumbebat probatio: *immerentes se, & ideo & indigne præteritos vel etiam exhaeredatione summos fuisse* *) vel ut Constantinus de liberis referipit in L. 28. C. eod. „Probationem debebant præstare: *quod obsequium debitum jugiter, prout ipsius naturæ religio flagitabat, parentibus adhibuissent:*“ quæ probatio generalis obsequii haud difficulter absolvi poterat. Posteriori vero casu, hæredes scriptos veritatem causæ specialiter expressæ demonstrare debuisse existimo, non tantum eo innitens, quod probatio facti negativi sæpe impossibilis vel saltem difficillima sit, (unde querela in multis casibus inanis & nullius effectus evasisset, quod sane mens legislatoris esse non poterat) sed & quarundam legum auctoritate, quæ haud obscure pro mea faciunt sententia. **)

§. 14.

Introducenda querela locum procul dubio dedit inventioni legitimæ. Quemadmodum enim iniquum videbatur, certas personas sine iustis causis exhaeredari sc. a tota legitima hæreditate excludi posse, ita e contrario displicuit, easdem ultimas voluntates evertendi potestatem habere, si quocunque titulo jam sufficientem testatoris bonorum partem accepissent. Determinata fuit igitur pars quarta portionis ab intestato debita, tanquam sufficiens ad querelam excludendam. ***) Præterea varias DD. opiniones de hujus quartæ origine, quam alii interpretationi Jctorum, alii legi Falcidiæ tribuunt; sufficiat

C 2

*) L. 5. §. 1. D. d. inof. test.

**) L. 28. in f. C. d. inof. test. L. 22. eod.

***) L. 8. §. 8. D. L. 6. Cod. d. inof. test.

ficiat dicere eam saltem ad similitudinem quartæ Falcidiæ introductam videri, *) quum nonnunquam nomine Falcidiæ occurrat, v. g. in L. 31. Cod. d. inof. test. L. 5. §. 3. Cod. ad leg. Jul. Maj. In hanc quartam omnia imputabantur, quæ quocunque titulo a testatore profecta erant, ergo & legata, fideicommissa, donationes mortis causa, imoque inter vivos, si hac contemplatione donatum fuisset, ut in quartam haberetur. **) Quod si minus portione legitima relictum esset, hæredi necessario indistincte liberum fuisse de inofficio dicere videtur ex L. 6. C. d. inof. test. vel saltem si nihil de adimplenda portione legitima in testamento adjectum fuisset. arg. L. 30. C. cod. L. 4. C. Th. de inoff. test. De quærela inofficiosa hoc unum addam, quod, rescisso nempe per eam testamento, nihil ex eo valuerit, ergo nec libertates nec legata, uti ex L. 8. §. 16. L. 28. in f. D. d. inof. test. clare patet.

§. 15.

Expositis jam eis, quæ circa præteritionem exheredationemque a Jctis & fori disputatione introducta mutatae nobis videbantur, ordo venit ad inventa Prætorum de eadem materia. Quis non noscit Prætores Romanos? Quis etiam tyro in nostra arte nescit, quam bene de jurisprudentia Romana, interpretando jus civile in suis edictis & rigorem verborum æquitate temperando, meruerint? Inter pulcherrima sane

*) Cf. ZEPERNICK historia juris civilis de legitima portione parentum
Cap. 1, § 3 — 14. Cap. 2, §. 16.

**) §. f. I, d. inof. test. L. 25. pr. D. cod.

fane utilissimaque juris, quod condiderunt, capita, merito censetur bonorum possessio, de qua nobis nunc breviter dicendum est, sic processuris, ut loquamur 1) de jure, bonorum possessionem ab intest. petendi, eis concessio, qui jure civili ad hæreditatem non vocabantur, unde postea iisdem jus testamenta stricto jure valida infirmandi, accrevit. Præmi sine dubio, quibus auxilium tulit Prætor, fuerunt *liberi emancipati*, qui ex rigore legis decemviralis, solos suos & adgnatos vocantis, a successione parentum legitima plane excluderentur; quum enim hæc lex ad solum nexum familiae & adgnationis, in emancipatione per imaginariam servilem causam *) dissolutum attenderet, Prætor, æquitatem naturæque vocem sequutus, rescissa prius imaginaria capitis deminutione, **) eos in edicto: *Unde liberi*, æquali jure cum *suis* ad hæreditatem intestatorum parentum admisit. Hoc juris honorarii beneficium sequutum est aliud Jctorum interpretatione introductum. Hi enim videntes emancipatos ad successionem legitimam vocari, non hæsitaverunt eis ab illa rite quidem sed injuste in testamento remotis querelam inofficiosi concedere. ***) In tertio prætoris edicto vocabantur ad successionem legitimam *cognati*, inter quos eminebant patres, fratres, sororesque emancipatorum, matres, & liberi intuitu matrum, quibus omnibus, ut jam supra vidimus, si injuste exhæredati fuissent, inofficiosi querela agere licebat. Jus etiam patronorum, libertis suis ab intest. succedendi, quod lex

C 3

XII.

*) L. 3. §. 1. D. d. Capit. minut.

**) L. 6. §. 1. D. d. bonor. possess.

***) L. 23. pr. D. d. inof. test. L. 8. pr. D. d. B. P. C. T.

XII. Tab. ad casum restringebat: si nulli essent liberi sui, e sexto prætoris edicto: *Unde patroni patronaque & parentes eorum* incrementum cepit. Sic recensitis, ut ad nostrum institutum pertinebat, juribus successione ab intestato a Prætoribus introductis, nobis jam 2) via patet horumdem exponendis effectibus; & quidem primo quoad emancipatos, Prætor, quo majorem suo edicto efficaciam tribueret, jussit, ut a parentibus non amplius præteriri possent, sed vel institui vel nominatim *) exheredari deberent. Quodsi in contrarium ageretur, testamentum per bonorum possessionem contra Tab. rescindi poterat. Idem remedium, adjuvandi & confirmandi juris civilis gratia, **) ad suos præteritos extensum est, quamvis jam illud tanquam nullum oppugnare possent, hac tamen differentia, ut emancipatus, everfis tabulis per bonorum possessionem contra tabulas legata parentibus & liberis relicta præstare teneretur, secus ac suus L. 1. pr. L. 15. pr. D. d. Leg. præst. contr. Patronis etiam præteritis, qui secundum LL. XII. Tab. nullum jus habebant testamenta libertorum infirmandi, dimidiæ partis bonorum possessionem contra tabulas concesserunt Prætores, excepto casu, quo naturales liberi ex aliqua parte scripti vel præteriti adsunt, §. 1. I. d. success. libert. Postea vero lege Papia Poppæa ad-

*) Si nempe virilis sexus sunt, adeoque etiam nepotes, secus ac jure civili, feminae vero emancipatae etiam inter ceteros recte exheredantur. §. 3. I. d. exher. liberor.

**) Nec non ut eo majorem suo edicto: *Unde liberi*, Prætor efficaciam tribueret; in eo enim non solos emancipatos sed & suos vocabat §. 1. 3. Inst. de B. P.

adaucta sunt jura patronorum qui locupletiores libertos habebant. §. 2. eodem.

§. 16.

Notandum tandem venit, quod in hac periodo Principum constitutionibus debetur. Et quidem, missis aliis, si quæ sunt, duas mutationes tantum, quæ se mihi fistebant, tangam. Prima est Marci Antonini Imperatoris, cujus meminit Justinianus in L. 4. C. d. Lib. præ. quum enim filia præterita ex edicto Prætoris bonorum possessionem contra Tab. in totum haberet, eam in tantum coarctavit Antoninus, in quantum jus accrescendi eidem, secundum vetus jus civile, competebat. Hanc autem dispositionem antiquat ipse Justinianus in L. 4. all. Altera majorisque momenti mutatio est ea, quam Imperator Constantinus M. in L. 27. C. d. inof. test. introduxit; nimirum hic determinatur, jus fratrum sororumque circa querelam inofficiosi, nova admilla distinctione, veterique (vid. §. 12.) ut videtur sublata, ita, ut jam interfit: utrum fratres uterini tantum an consanguinei sint. Priores a querela penitus arcentur; his vero eadem conceditur, si scripti hæredes infamiae vel turpitudinis vel levis notæ macula adspargantur. Nec puto hanc dispositionem solos consanguineos proprie sic dictos, *) h. e. eundem patrem non vero eandem matrem habentes, respicere, quasi jus antiquum mansisset quoad germanos eundem sc. patrem eandemque matrem habentes; si enim ipsam constitutionem Constantini, ut in Cod. Theod. occurrit, inspi-

*) Dissentit van de WATER. Observ. Jur. Rom. L. 1. C. 12. pag. 72.

inspiciamus, apparet eum non de consanguineis sed de germanis h. e. eodem saltem paterno germine natis locutum fuisse. Quæ explicatio vel ex eo verisimilior fit, quod in principio Legis cit. soli uterini a querela excludantur, unde concludendum videtur, sub voce: *germanis*, utramque speciem aliorum fratrum comprehendi. Ceterum notes velim, jus de inofficioso querendi durante tantum agnatione competisse ex dispositione Imp. Constantini, ita ut, verba, (*vel non*) in L. 27. C. d. inof. test. occurrence, Triboniano adscribenda sint, qui, quum omnem differentiam inter agnatos & cognatos a Justiniano sublatam videret, hanc restrictionem subsistere haud passus est.

§. 17.

Progredimur tandem ad statum legislationis, ut ab Imp. Justiniano, circa exheredationum præteritionumque jura, novissime determinatus fuit. Et quidem non parvas in veteris juris systemate suscepit ille mutationes, quamvis non tantas, ut nobis interpretum tam veterum quam recentiorum ingens cohors persuadere conatur. Hi enim legibus in hac materia cardinalibus, sc. L. 4. C. d. Liber. præ. & Nov. 115. C. 3. 4. incredibilem in modum abusi, neglectisque prudentis interpretationis regulis magnum divortium inter se fecere, maximum vero a mente legislatoris. Quippe quidam non veriti sunt contendere Novellam all. abrogasse querelam inoff. bonorum possessionem contra Tab. emancipatis præteritis competentem, indistincteque in casibus hic citatis nullitatem testamenti

stamenti sanxisse. Alii distinguentes, salvam esse unico casu querelam asserunt. Alii denique, ejusdem usum ultra modum extendentes, sibi persuasum habent, filiis *suis* præteritis aliud juris remedium non competere, nisi de inofficioso querelam. Hæ opiniones omnes, quantum a mente Imperatoris discrepent, in sequentibus apparebit. In animo igitur est clare breviterque exponere: in quibus veteri juri per novam legislationem derogatum sit, in quibus contra hoc a Justiniano intactum manserit.

§. 18.

Ordinem tractandorum ita disponemus, ut primo exponantur ea, quæ circa exheredationem rite faciendam immutata sunt. Fons & origo materiæ continetur in L. 4. C. d. Liber. præ. Hic sibi Justinianus antiquam subtilitatem proponit corrigendam, quæ iniquas a differentia sexus gradusque petitas varietates introduxerat servaveratque. Etenim jam in præcedentibus vidimus, suffecisse olim si filia sua ceterique per virilem sexum descendentes sui, inter ceteros exheredati fuissent, nec iisdem præteritis testamentum nullum fuisse, sed eis jus accrescendi competiisse, pariterque satis fuisse postumam inter ceteros exheredare, ne testamentum nata rumperet, modo ei legatum relictum esset. Has differentias amplius subsistere haud passus est Justinianus; constituit quippe loc. cit. ut omnes liberi *sui* jam nominatim exheredari deberent, quod si intuitu liberorum *natorum* cujuscunque sexus & gradus neglectum fuisset, testamentum æque nullum declaratur, ac jam olim erat præteritis filiis

D

fuis,

suis, *sin intuitu postumarum*, iis natis illud continuo rum-
 pitur. Huc usque verbis fere ipsis legis all. locuti sumus,
 quod si omnes fecissent Imperatori certe intentionem, no-
 vam exhæredationis rite faciendæ formam determinandi,
 haud adscripsissent. Contendunt enim non pauci ex Nov. 115.
 non amplius sufficere ad testamenti validitatem, ut exhære-
 datio fiat nominatim, sed præterea requiri adjectionem unius
 saltem e causis ingratitude hic recensitis, quo non obser-
 vato, testamentum ipso jure nullum esse; idem tamen pro
 valido agnoscere non dubitant, si adjecta talis causa justa
 quamvis non probata, fuerit, eoque casu querelam inoff.
 testam. admittunt. *) Nos autem hujus differentie rationem
 non perspiciamus, omnique casu, modo exhæredatio nomina-
 tim facta sit, pro validitate testamenti stamus; ubi enim lex
 haud distinguit, non nostrum est distinguere. At apertum
 est, Justinianum generaliter locutum fuisse ex ipsis verbis
 Nov. c. 3. in fin. ubi querela conceditur quotiescunque una
 saltem e memoratis ingratitude causis testamento non in-
 ferta, vel ab heredibus scriptis non probata fuit. Firmum
 igitur maneat, ad exhæredationem rite faciendam non aliud
 requiri, quam ut nominatim illa fiat.

S, 19.

*) CLARVS §. testamentum Q. 40, n. 2. WESEMBEC ad D. L. 5.
 Tit. 2, n. 7. SCHNEIDVINVS ad pr. J. d. inoff. test. n. 14. 15. nostræ
 vero opinioni adstipulantur FACHINEVS 4. Controv. 9. VINNIUS
 ad Tit. J. d. inoff. test. n. 2. aliique.

§. 19.

His præmissis videamus nunc jure novo effectum præteritionis & exhæredationis non rite factæ, tam intuitu patris ascendentiumque paternorum, quam matris ascendentiumque maternorum, & liberorum. Ante omnia de patre vel ascendentibus paternis liberos non rite exhæredantibus. Paucis absolvi possêt hoc argumentum, sufficeretque jus vetus in his vigenz & ab Imperatore Justiniano salvum relictum afferere, ita ut filii sui, & vi L. 4. C. cit. etiam filia suæ, ceterique per virilem sexum descendentes sui testamentum ipso jure reddant nullum, emancipati emancipatæque illud per contra Tab. B. P. rescindant, postumi postumæque vero momento nativitatiz rumpant. Hæcque revera nostra est sententia, ab ea vero non pauci recesserunt interpretes, quorum opiniones jam tangere ponderareque mens est, ut inde appareat, quam parum conformes sint legibus, quibus inniti videntur.

§. 20.

Quidam DD. asserere non verentur effectum præteritionis liberorum suorum s. natorum s. postumorum, emancipatorumque in Nov. cit. & L. 4. C. cit. sublatum mutatumque fuisse; inter alios satis sit nominare FACHINEVM *) qui e verbis Novellæ inferre vult, testamentum, in quo pater filium suum vel emancipatum adjecta ingratitude causa justa & vera præterit, firmum & inexpugnabile esse, illud vero, in quo filium suum nulla tali adjecta causa præterit,

D 2

saltem

*) in controversiis juris, Lib. VI. C. 77.

saltem ipso jure subsistere donec per querelam inoff. testam. rescindatur. Verba legis cit. sunt hæc. „Sancimus non licere patri vel matri &c. præterire aut exhæredare in suo testamento &c. nisi probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitude causas parentes suo inferuerint testamento.“ enumeratisque causis ingratitude addit in fin. Nov. Imperator: quod si hæc observata fuerint, sc. si una e supradictis causis testamento inserta & ab heredibus scriptis probata fuerit, testamentum suam firmitatem habere debeat. Inde concludit FACHINEVS effectum veterem præteritionis, si hæc observata sint, sublatum fuisse. Sed falsam suppositionem admittit, Imperatorem nempe de præteritione paterna in Nov. cit. agere, unde non poterat non falsam conclusionem deducere. Rem vero attente perpendenti facile elucescet, in hoc loc. cit. de exhæredatione quidem ascendentium paternorum & maternorum, non vero de præteritione paterna, sed de ea tantum, quæ fit a matre & ascendentibus maternis, & exhæredationis loco est, agi.

§. 21.

Fateor primo aspectu Novellam de omnibus liberis enunciata[m] videri; sed quid intersunt regulæ interpretationis, nisi ad verba legislatoris eum ejusdem mente in harmoniam reducenda? nec aptior harum applicandarum regularum occasio mihi fuisse videtur quam eo loco. Ibi enim nullo verbo expresso abrogat præteritionis paterna[j] jura; (neque enim illo loco in hac Nov. vel alibi fuitatis jura, ejusdemque fundamentum, factam sc. inter patremfamilias & liberos suos unitatem

tatem cessare jubet Imperator) sed ea, quæ exhæredationem & præteritionem respiciunt, propositione adeo generali complectitur, ut, ad ejus mentem eruendam, etiamsi sequentia ipsius verba nos haud adjuvarent, illa merito restringenda foret. Scimus enim Justiniani morem non esse, adeo magni momenti mutationes quasi tacite, nec prius expofito quid de medio removere velit, introducere, ita ut, nullo alio etiam adhibito argumento, jam concludere possemus legislatoris mentem ejus verbis strictiorem fuisse. Neque vero in hoc argumento subsistam, quin potius ad alium ejusdem Nov. locum provocabo, qui pro nostra sententia non obscure facit. Verba sunt hæc. „Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi „debeant judicari, in diversis legibus dispersas & non aperte „declaratas invenimus, quarum aliquæ nec dignæ visæ sunt „nobis ad ingratitude, aliquæ vero cum essent dignæ præ- „termittæ sunt, ideo necessarium esse perpeximus eas nomi- „natim præfenti lege comprehendere.“ Ex his verbis clarescit Imperatorem causas ingratitude, quæ olim incertæ nec satis apertæ erant, determinare voluisse; sed quænam causæ erant incertæ? sine dubio eæ, quæ inferviebant ad testamentum contra querelam inoff. test. sustinendum; & quando tales causæ ad finem istum obtinendum adhiberi poterant? certe tunc tantum ubi in testamento aderat exhæredatio rite facta, vel præteritio quæ exhæredationis loco est, nequaquam vero, ubi pater præterierat vel suos vel postumos vel emancipatos, quo casu constat testamentum per causæ adjectionem contra nullitatem vel contra tabulas bonorum possessionem sustineri haud potuisse. Hujus consequens est, Imperatorem

hic non agere de causis præteritionis paternæ olim incertis jamque determinandis, quarum quippe nullæ unquam ad id idoneæ fuerant, ideoquæ eum in hac Nov. de præteritione paternâ intelligi nolle, sed tantum de præteritione quæ sit a matre ascendentibusque maternis, & loco exhæredationis est. *) Argumentis adeo concludentibus frustra opponitur ordo verborum: *patri vel matri præterire aut exhæredare*, quasi verbum *præterire* ad patrem etiam referri deberet; talem enim necessitatem haud video, quin potius non inepte diceretur, præteritionem prius subjectam fuisse quam exhæredationem, ut sic clarum esset præteritionem referri ad matrem cæterosque per matrem ascendentes.

§. 22.

Neque hoc casu speciali, si pater in testamento scripserit: *filium meum prætereo quia me verberavit*, recte contenditur adesse jure novo rite factam exhæredationem, quamvis hoc defendat iterum FACHINEVS loco cit. pro sua sententia L. 3. C. d. Lib. præt. allegans. Ibi nempe Imperator talem verborum conceptionem: „Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat“ pro exhæredatione agnoscit, quia hic manifestissimus est sensus testatoris; sed ex hoc casu non recte ad præcedentem fit conclusio, quum non idem sit, si testator expresse dicat se filio bona adimere, v. tantum se eum præterire.

*) Van de POLL d. exhæredat. & præteritione c. 19. 20. 21. 22. DONELLVS comment. jur. civ. Lib. VI. Cap. 13. Gasp. SCHIFFER-DEGHER ad Anton. Fabrum. Lib. I. Tract. 17. Anron FABER. d. errorib. pragmaticorum Decad. 20. err. 4.

terire. Priori enim casu revera exhæredat, quamvis hæc verba solemnia: *filius exhaeres esto*, non adhibeat, hæcque mens est L. 3. C. all.; posteriori vero nulla ademptio bonorum expresse facta, quæ exhæredationis characterem distinctivum a præteritione facit, adest, adeoque manet præteritio. Ex his omnibus legitime, ut opinor, concludere licet Justinianum in Nov. all. effectum præteritionis paternæ quoad suos, postumos & emancipatos salvum intactumque reliquisse.

§. 23.

Id autem silentio prætermittere nequeo, quod circa liberos adoptivos mutavit Justinianus in L. pen. C. d. adopt. Quum enim veteri jure omnes, qui ex unius patrisfamilias potestate in alterius familiam per adoptionem transibant, iisdem, justis sc. nuptiis quæditorum juribus uterentur, jam sanxit Imperator, ut in adoptatis ab extraneo adoptatisque ab avo paterno maternove diversitas servanda esset, adeo ut hi soli in posterum juribus *suorum* intuitu patris adoptantis fruerebuntur, secus ac illi, qui in patris naturalis potestate remanere deberent.

§. 24.

Quod emancipatos speciatim attinet, alii contendunt eos in L. 4. C. d. Lib. præt. Suis ita adæquatos fuisse, ut, si præteriti sint, contra tabulas bonorum possessione non amplius indigeant, sed testamentum ipso jure nullum reddant. *) Verba L. all. unde id deducunt hic transcripta

*) Jo. RONCHÉGALLVS in Tir. Inst. de bonor. possessionib. p. 53. n. 4. COVAREVVIAS d. Test. Cap. 16, n. 5. & 6.

scripta habes: „Sancimus itaque — — — fœminas in scrip-
 „tura testamentorum honorari, & similibus verbis exhereda-
 „tiones nominatim procedere, & contra tabulas bonorum
 „possessionem talem habere, qualem filius vel suus vel eman-
 „cipatus haberet: ut & ipsa si fuerit præterita ad instar filii
 „emancipati *vel sui vel testamentum ipso jure evertat*, vel per
 „contra tabulas bonorum possessionem stare non patiatur.“
 At re penitus considerata apparebit non magis eo loco an-
 tiquatam fuisse bonorum possessionem contra tabulas necessa-
 riam, quam in Nov. 115. jus vetus de præteritione paterna
 sublatum. *) Legas enim quæso! relegasque L. 4. C. alleg.
 videbis eam totam in eo esse, ut restituatur æqualitas inter
 masculos & fœminas, liberos primi inferiorumque graduum
 in successione ex testamento; uno verbo, ut tollatur di-
 versitas jurium successione olim ex differentia sexus & gra-
 dus descendens; nec ulla ibi emancipatorum mentio fit, nisi
 indirecte & occasione a fœminis sumta, quibus eadem jura
 tribuere volebat Imperator ac masculis sive suis sive eman-
 cipatis. Nonne igitur ex eo solo jam temerarium periculo-
 sumque videtur supponere Justinianum tanti momenti muta-
 tionem quasi tacite & in transitu introduxisse? nonne potius
 huic propriam constitutionem dicasset? talem vero in Codice
 vel in Novellis nullibi invenimus, unde aliis etiam argumen-
 tis destitutus concludere non dubitarem, verba L. 4. C. all.
 ita intelligenda esse, ut salvum jus vetus maneat, præsertim
 quum id commode & sine violentia eis illata fieri possit.
 Ordo

*) VINNIVS. Comment. in inst. Lib. II. Tit. XII. *Van de POLL.* in
 Tract. cit. C. 20.

Ordo enim verborum „ad instar filii emancipati vel sui vel testamentum ipso jure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur“ quem urgent, nihil pro sententia contraria probat, si modo dicas, effectum testamenti ipso jure nulli immediate verbo: *sui* subjecisse Imperatorem, ut querela nullitatis solis suis concessa intelligeretur. Sed & præterea argumentum ex ipsis verbis L. 4. C. contra adversarios struo. Si enim Imperator omnem differentiam inter suos & emancipatos tollere voluisset, quare eos quasi data opera distinxisset? dicit enim „& contra tabulas bonorum possessionem talem habere qualem filius *vel* *sui* *vel* emancipatus haberet.“ Evidens mihi videtur eum per hanc disjunctionem diversa firmaque relicta jura suorum & emancipatorum significare voluisse. Ex his omnibus pronoscitur alveo, sensum hujus legis non alium esse quam hunc: filiam præteritam ad instar filii emancipati, vel sui, vel testamentum ipso jure evertere, si sua sit, vel contra tabulas bonorum possessionem petere debere, si emancipata sit.

S. 25.

Abolutis eis, quæ de ascendentibus paternis prætereuntibus vel non rite exheredantibus, nobis dicenda videbantur, progrediendum jam esset ad effectus præteritionis, a cæteris omnibus, matre sc. aliisque per matrem ascendentibus, liberis & fratribus, factæ; sed quum hujusmodi præteritio semper pro exheredatione rite facta habeatur, aptius commodiusque horum tractationem ad sequens divisionis membrum remittamus.

E

S. 26.

Postquam enim requisita ad rite faciendam exheredationem, ejusdemque non rite factæ effectus vidimus, merito nos jam accingimus ad effectus exheredationis rite factæ, prout jure novissimo mutati jure vel injuria dicuntur, recensendos. Ex iis, quæ jam præcesserunt scimus eos, qui se injuste exheredatos præteritosve existimabant, deficiente omni alio remedio ad centumvirale judicium olim rem detulisse, cujus arbitrio fere totius controversiæ cognitio & decisio relinquebatur, & si judicasset illud causam exheredationis falsam vel injustam esse, testamentum evertetur, inofficiosique querela rescindi dicebatur, hæcque est querela, quæ tantis DD. contestationibus erroribusque locum dedit. Non pauci enim contendunt eam in Nov. 115. c. 3. 4. inter parentes & liberos omnino esse abolitam; & in ejus locum omnibus casibus remedium nullitatis substitutum;* quapropter ad instituti nostri rationem pertinebit, erroneam hanc sententiam, & argumenta, quibus eam fundant, ponderare resutaque. Primo quidem pro se allegant verba initio Nov. cit. c. 3. occurrentia. „Sancimus *penitus non licere* liberos præterire.“ Si igitur, inquiunt, penitus non liceat præterire, & nihilominus tamen præteritio adfit, inde sequitur quod testamentum ipso jure sit nullum. vi L. 5. C. d. legibus, ubi disponitur: ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia esse, sed pro infectis etiam haberi. Primo aspectu magnam vim habere videtur illud argumentum;

*). HOTOMANNVS LIB. 7. Obs. c. 8. CLARVS §. testamentum. Q. 47.
MYSINGERVS ad I. Lib. 2. tit. 13. §. ult. n. 3.

— — — — —

35

sed nonne multi in nostro jure casus occurrunt, in quibus id, quod penitus illicitum erat, stricto tamen jure validum est? v. g. vis injusta penitus est illicita, quod nemo negabit, non tamen ideo ipso jure corruunt quæ vi coacti gessimus. Caveamus igitur ne L. 5. C. all. abutamur, eam invito Imperatore applicantes. Hujus enim mens adversariis aperte contraria apparet in his verbis Novellæ all. „Sed quantum ad „infructuositatem hæredum attinet *testamento evacuato* (infirmo facto) ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab intestato pervenire“ inferiusque addit Imperator „Quodsi in talibus testamentis (in quibus sc. non observata sunt quæ superius disposuit) legata relicta sint, ea adimpleri debeant, tanquam in hoc non *rescissum* obtineret testamentum“ Ex his duobus locis legitime, ut opinor, concludere possumus Imperatorem supponere, testamentum, ubi non observata sunt quæ prius disposuerat, validum nihilominus esse & demum evacuandum, infirmandum, rescindendum per remedium subsidiarium, unicumque in talibus casibus remanens, nempe querelam de inofficioso. *) Instant adversarii objiciuntque nullam mentionem querelæ inofficiosi in Nov. fieri, ideoque Imperatorem eam in mente haud habuisse. Sed ego in contrarium argumentor: ex eo ipso, quod de querela fileat, apparere, eum hanc abrogare noluisse. Et revera parum nota esse debet legislatio Justiniana ei, qui sibi persuadere posset Imperatorem eo modo quasi tacite querelam antiquasse, id

E 2

quod

*) VIGLIVS ZVICHEMVS ad rubr. inst. Lib. 2. tit. 18. FACHINEVS 4. Controv. 9. VINNIVS Comment. in 1. Lib. 2. tit. 18. Tom 1. P. 438. CVIACIVS ad Nov. 18.

quod ejus stylo omnino repugnat. Alia aliaque argumenta nostræ sententiæ fulciendæ, si necessarium esset, cumulare possem, sed hæc sufficiant rei, jam claræ & ut opinor extra dubium positæ, illustrandæ; ex dictis enim jam abunde patet tantum abesse ut Justinianus querelam inofficiosi in Nov. 115. abrogaverit, ut eam potius confirmaverit, variisque de terminationibus cumulaverit.

§. 27.

Nunc vero ad eas mutationes, quibus aliter ac antea determinata fuit querela, repræsentandas illustrandasque operam demus. Quo magis autem omnis evitetur confusio, distinguemus inter querelam quatenus vel a parentibus liberisque vel a fratribus & sororibus instituitur; ad hos enim plerumque non pertinent ea, quæ circa illos jure novissimo introducta sunt. Præcipua intentio Imperatoris in Nov. 115. C. 3. 4. hæc fuisse videtur: ut sc. causarum exheredationis justarum, quæ ad hoc tempus usque incertæ & fere in arbitrio Centumvirorum aliorumque judicum positæ fuerant, numerum & qualitatem determinaret. Prudenti sane consilio ille hoc fecit. sciens quanto melius sit omnia, quoad ejus fieri potest, in legibus complecti, quam arbitrium judicum, non semper studio partium vacuorum, illimitatum relinquere. Definivit igitur 14 causas, ob quas parentes liberos suos, nec non 8 causas, ob quas vicissim liberi parentes suos juste valideque exheredare vel & præterire possent; hocque non contentus jussit, ut testator exheredare volens unam saltem ex his causis nominatim testamento insereret, quod antea haud necessarium

farum erat, sufficiebat enim exhereditatio a testatore facta
 vel ejus silentium, modo exhereditatus prateritusve probare
 non posset se immerentem exclusum fuisse, vel haeres scrip-
 tus probatione defungeretur eum ingratum fuisse. Nec ob-
 stare videtur L. 30. C. d. inoff. test. quam quidam forte
 sic interpretari possent, quasi jam in ea Justinianus disposuisset,
 ut exhereditati a testatore saltem ingrati nominarentur, quo
 de eorum ingratitudine quaestio moveri posset. Dicit enim
 ille in L. 30. C. cit. „Nam si nullam eorum, quasi ingra-
 „torum, fecerit mentionem, non licebit ejus haeredibus in-
 „gratos eos nominare, & hujusmodi quaestionem introducere.“
 Sed revocamus Justinianum ad casum de quo illic agit,
 nempe de conditione ejus, quod deest exhaeredibus ad supple-
 mentum legitimae, non de querela inoff. test. ad quam non
 recte conclusio fieret, quia odiosa est ideoque non adjuvan-
 da. Praeterea clare disponit Imperator ut causa inserta pro-
 batio haeredi scripto semper incumbat, quod tamen non tam
 ab eo introductum quam potius e jure ante eum existente
 fuitum & confirmatum puto. *) Haec tria requisita exhae-
 redationem semper comitari debent, ut efficax maneat, si
 enim vel unicum quoddam neglectum sit, v. g. si nulla
 causa, vel injusta duntaxat sc. non una ex iis, quae in Nov.
 recensentur, exhaeredationi adjuncta sit, vel denique si in-
 ferta non probata sit, testamentum quidem validum est ab
 initio sed per querelam rescindi potest, sicque intelligi de-
 bet Nov. C. 3. in fin. C. 4. in fin.

E 3

S 28.

*) Vid. supr. §. 13. in fin.

Quodsi testamentum uno ex his defectibus laboret, nequaquam sanari potest relicta exheredato legitima titulo singulari verb. caus. legati, fideicommissi &c. *) Eoque modo Justinianus veteribus legibus & propriae suae constitutioni **) derogavit; in hac enim injuste etiam exheredato querelam denegabat si ad eum aliquid quocunque titulo, etiam singulari, a testatore pervenisset, sola conditione ad supplementum legitimae petendum concessa; novissime vero disposuit, ut ad inexpugnabilem testamenti validitatem, aliquid saltem, etiam res certa titulo institutionis honorabili relinqui deberet, quo demum facto sola competit conditio ad suppleendam legitimam. Observes autem velim ita hanc faciendam institutionem esse, ut institutus in caeteris bonis non exheredetur, quum hoc casu nihilominus querela obtineret, si nulla hujus exheredationis partialis causa justa & vera adjecta fuisset; Imperator enim dicit in Nov. all. C. 3. pr. quod exheredare non liceat *quocunque modo* etiam relicta sit portio legibus debita. Ejus sc. intentio est, ut nullo casu immerentibus turpis exheredationis inuratur stigma, si ergo tali formula testator usus sit: *Filium meum instituo in legitima, coeterorum bonorum exhaerodem esse jubeo, nec justam veramque ingratitudinis causam testamenti*

*) Nov. cit. C. 3. pr. C. 4. pr. C. 5. pr.

**) L. 30. C. d. inoff. test.

mento inferuerit, non tutum erit contra querelam testamentum. *)

§. 29.

Hucusque promiscue de liberis & parentibus locutus sum, utpote in omnibus quæ enarrabam ab Imperatore æquiparatis; nec mihi visum fuit eos esse distinguendos in ultima quam attigimus quæstione: de relictis alio quam honorabili institutionis titulo, quamvis enim non adeo diserte parentibus in cap. 4. Nov. tribuatur jus, ut nullo alio modo eis portio LL. debita relinquatur, quam per institutionem, non obscure tamen nobis hoc insinuat Justinianus, quum prohibeat liberos suos *praeterire vel a rebus propriis omnino alienare*, nisi causam ingratitudeis testamento inferuerint. Præsertim vero me initium c. 5. ejusd. Nov. movet ad hanc sententiam amplectendam; illic enim parentes & liberi hoc respectu perfectæ adæquati videntur per hæc verba: „Sola enim est nostræ serenitatis intentio, a *parentibus & liberis* injuriam præteritionis & exhæredationis auferre“ proximeque superius disponitur testamentum nullatenus solvi posse, si qui (parentes vel liberi) hæredes fuerint nominati. **).

§. 30.

*) ANTON. MATHEVS Disp. de success. 6. thes. 5. *van de POLL* tract. cit. Cap. 26. §. 3. 4.

***) HVGØ DONELLVS Comment. jur. civ. Lib. VI. Cap. 14.

Nec omnino prætereundum est quid Justinianus circa quantitatem legitimæ mutaverit; quum enim ad ejus tempora usque, non ultra quartam partem portionis ab intest. debitæ ea determinata fuisset, admittæ distinctione rem sic definiivit in Nov. cit. C. 1. ut si quatuor paucioresve liberi testatori essent, cujusque legitima ad tertiam usque partem portionis ab intestato debitæ, sin ultra quatuor liberos haberet, ad dimidiam ejusdem portionis, augetur. In hac Nov. de solis quidem liberis mentio fit expressa, at verba in fin. occurrentia non obscure denotant, hanc dispositionem ad cæteros hæredes necessarios secundum mentem Imperatoris extendendam esse. Ea sic sonant „In omnibus personis in „decreta est.“ Postquam vidimus quibus casibus querela inof. test. liberis parentibusque jure novissimo competat, merito nunc attingemus: quo effectu & quam intentione instituat. Et in hoc etiam puncto mutationes a Justiniano factas invenimus; quum enim olim ex testamento per querelam rescisso nihil omnino valeret, jam censuit ille in Nov. cit. C. 3. & 4. in fin. ut institutio quidem hæredum invalida esset, & in horum locum parentes vel liberi ad hæreditatem tanquam ab intestato pervenirent, cætera vero in testamento salva manerent. Hæc tamen dispositio merito ad casum, quem evidenter in mente habuisse Justinianus videtur, restringenda est, casum sc. ubi testamentum per querelam inofficiosi a liberis vel parentibus expugnatum est;

est; unde non dubium est, quin id haud obtineat si illud nullum sit vel rumpatur ob praeiterationem suorum vel postumorum.*).

§. 31.

Haecque monenda mihi videbantur circa mutationes a Justiniano in exheredationibus parentum & liberorum factas. Jam verbum dicendum de eo quod juris sit intuitu fratrum sororumque se invicem exheredantium vel praeter euntium. In summa asseri potest jus vetus mansisse; nullam enim eorum mentionem facit Nov. quae, sine dubio, pro solis liberis & parentibus confecta fuit. Inde facile concluditur, nec fratri exheredanti opus esse causam exheredationis testamento inferere, nec probationem ingratitudinis haeredi scripto semper incumbere, nec legitimam titulo institutionis honorabili ex necessitate relinquendam esse. Praeterea non minus constat, testamentum per querelam a fratre rescissum totum corrumpere, nihilque ex eo saluum manere, sic enim jus vetus disponebat. Nec, si quod verum est dicere velimus, jure novissimo determinatae sunt causae, ob quas iuste exheredari potest frater, quamvis me non lateat, Interpretes vulgo asserere tres hujusmodi causas in Nov. 22. Cap. 47. prolatas fuisse, quas, tamen, cum nulla exheredationis mentio ibi fiat, admittere jure meritoque dubito.

§. 32.

*) SCHIFORDEGHER loc. cit. ANTON. FABER Conject. jur. civ. Lib. 9. Cap. 14. & de error. Pragm. Decad. 20. Err. 4. Dissentiant inter plures alios HUGO DONELLVS Comment. jur. civ. Lib. VI. cap. 13. FACHINEVS contr. jur. Lib. 6. c. 77. DVARENVS ad Tit. d. injust. rupt. & irrit. fact. test. c. 2.

§. 32.

Subjungo huic tractationi tabulam, quæ uno intuitu jus novissimum de exheredatione & præteritione, quatenus ex principiis juris antiqui & novi efformatur, repræsentet.

- I) Præteritione vel exheredatione a parentibus & quidem specialim a
- A) Patre ascendentibusve paternis factâ;
- 1) si pater ascendentesve paterni prætereant vel non rite exheredent (vid. §. 18.)
- †) liberos naturales
- a) jam natos
- 1) suos
- a) s. virilis s. feminini sexus } testamentum est (vid. §. 19.)
b) primi ulteriorumve graduum } ipso jure nullum. (20. 21. 22.)
- 2) emancipatos; testamentum per bonor. possess. contra Tab. rescinditur. (vid. §. 19. 20. 21. 22. 24.)
- b) postumos
- 1) suos nascituros; testamentum rumpitur si vivi nascantur. (§. 18. 19.)
- 2) emancipatorum liberos, testamentum rescinditur per contra Tab. bonor. possess.
- ††) — adoptivos
- a) suos; idem juris est ac in naturalibus suis. (§. 23.)
- b) emancipatos; his qua talibus nullum est jus Tab. impugnandi. (pag. 7. in nota)
- B) si pater ascendentesve paterni rite quidem, sed nulla justa veraque causa testamento inserta exheredent, locum habet querela de inofficioso fec. Nov. 115. C. 3. (§. 27.)
- B) a matre ascendentibusque maternis factâ; semper est loco exheredationis rite factæ, cui si non adjicitur causa justa veraque, querela institui potest fec. Nov. cit. (§. 27.)
- II) Præteritione vel exheredatione a liberis factâ, sola de inofficioso querela fec. Nov. 117. C. 4. locum habet. (§. 27.)
- III) Præteritione vel exheredatione a fratribus sororibusve factâ, querelæ de inofficioso secundum jus a L. 27. C. de inoff. test. introductum, locus est. (§. 31.)

f.
a.
e.
te

)
ff.
4.)
ivi
tur

)
bb.
illa
cum
7.)
oco
ufta
iolo
ctā,
noff.



210



ULB Halle

3

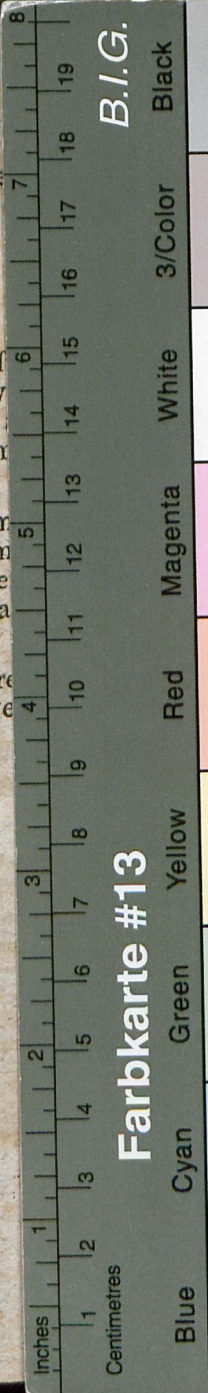
007 474 644



VD18







B.I.G.

Farbkarte #13

TIO IVRIDICA INAVGVRALIS
SISTENS
TORIAM IVRIS CIVILIS
DE
DATIONE ET PRÆTE-
RITIONE
TIONEM NOV. CXV. ET L. IV. COD. DE
LIBER. PRÆTER.

1782 1.

11

QVAM
VB AVSPICIIS DIVINIS
RSITATIS EBERHARDINÆ CAROLINÆ
GNIFICENTISSIMO
IMO DVCE ET DOMINO
DOMINO

AROLO
BERGIÆ ET TECCIÆ REGNANTE
REL. REL.

LVSTRI IVRISCONSULTORVM ORDINE
PRAESIDE
CHRIST. HOFACKER
DOCTORE ET PROFESSORE PVBLICO
ORDINARIO,

DOCTORIS RITE OBTINENDO
IVN. MDCCLXXXII.
PVBLICE DEFENDET
TOR ET RESPONDENS
ISCVS NICOLE
ELVETICO - NIVIDVNENSIS.



Æ TYPIS SCHRAMMIANIS.