





1784, 78.

DISSERTATIONIS. EX IVRE CIVILI
DE
DIFFERENTIIS INTER
TESTAMENTVM
NVLLVM
ET INOFFICIOSVM
PARS PRIOR

QVAM
PRAESIDE
D. CAROL. GODOFR. DE WINCKLER

IN ACAD. LIPSIENSI ANTECESSORE IVRIS PRIMARIO
FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARIO REL

P. 289

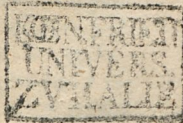
DIE XXX. DECEMBRIS A. C. CIOCCCLXXXIII

H. L. Q. C

DEFENDET


AVCTOR

CHRISTIAN. GOTTLIEB HAVBOLD
ARTIVM MAGISTER



DISSERTATIONIS EX IURE CIVILI
DE
DIFFERENTIIS INTER
TESTAMENTVM
IN VIVIS
ET IN OBITU
TARSIS
—————
A
CAROLO GODOFR. DE WINGLER
IN APO. THEOL. ANTIQVITATE VNI. FRANKO. FACULTATE
PUB. THEOL. ANTIQVITATE VNI. FRANKO. FACULTATE
DIE XXX. DECEMBRIS A. C. MDCCCXXXIII
—————
FRANKFURT
—————
ACTOR
—————
FRANKFURT





PRAEFATIO.

Quemadmodum nullum est iuris ciuilis caput, quod non multis magnisque difficultatibus et subtilitatibus sit impeditum: ita etiam vnusquisque artis nostrae non plane imperitus facile mihi concedet, eam iuris Romani partem, quae exponat de successione hereditaria, in primis ex testamento, hoc morbo vel maxime laborare. Cuius quidem rei causa quum posita sit partim in ipsius doctrinae multiplici argumento et varia forma, partim in argutiis Ictorum Romanorum, qui philosophorum scholas aemulaturi, iuris ciuilis scientiam innumeris definitionibus, distinctionibus et consuetariis refertam deformarunt: nemo erit, qui non videat, esse hoc legum interpretis, vt, quae a plerisque confunduntur et turbato ordine proponuntur, ea diligenter secernere et separare studeat. Quam ob causam non dubito, quin operae pretium sim facturus, quando, absoluturus curriculum academicum, et, quid in eo profecerim, publice declaraturus, versarer in explicando argumento a multis male intellecto, et separandis notionibus saepenumero commixtis inuicem et perturbatis. Constitui itaque in hoc libello ostendere, quam multiplici ratione differant inter se *testamenta nulla et inofficiosa*; quae quidem quo frequentiora sunt et crebriora, eo saepius ab hominibus forensibus confundi quotidie videmus. Iam licet non ea sim fiducia, vt mihi persuadeam, fore, vt imperfectum hoc et mancum aetatis iuuenilis specimen eam vim sit habiturum, vt, quae cuique generi propria sint, accurate docere et difficultates in hoc argumento potissimum obuias remouere possit; nec ignorem, hunc locum esse non plane ita nouum, quin iam a viris doctissimis diligenter sit excussus et pertractatus, et propterea me nihil plane nondum dicti esse allaturum: faciam tamen, quod potero, et quae passim apud scriptores iuris hac de re sparsa inueni, colligam, et virorum doctorum arbitrio subiiciam. Quum enim

A

hoc

hoc argumentum a nemine adhuc in peculiari libro sit expositum, nisi a TOB. IAC. REINHARTHO ^{a)}, qui tamen rem plane non exhaust; et propterea equidem viam nondum satis tritam ingredi coactus fuerim: eo facilius spero, me ab arbitris sapientissimis veniam esse impetraturum, si eorum expectationi non satisfecero, quum titubante gressu incedendum fuerit in argumento satis arduo et difficili; et eo certius confido, eosdem haec, quae minus caute enunciauerim, per ingenii iuuenilis imbecillitatem, et scriptoris, qui primum animum ad scribendum appulit, timiditatem esse excusaturos.

CAPVT I.

Variae testamentorum inualidorum species.

Quum apud Romanos antiquissimis temporibus satis magna obtinuerit testandi licentia, cuius ambitum infra demonstrandi nobis erit occasio: multae sequentibus temporibus latae sunt leges et receptae consuetudines, quae facultatem disponendi mortis causa de re sua arctioribus limitibus circumscripserunt. Quemadmodum vero quo frequentiores sunt leges, eo copiosior adesse solet peccandi aduersus eas materia: ita etiam non mirum est, innumeras conditas fuisse a Romanis vltimae voluntatis dispositiones, quae legibus non conuenienter factae, propterea omni effectu et potestate essent destitutae. Hinc factum est, vt testamenta alia ab initio non subsistere, alia ex post facto infirmari dicantur ^{b)}. Ab initio quidem non valent, in quibus aut heredis institutio, tanquam caput atque fundamentum totius testamenti ^{c)} vel plane deficit, vel vitio laborat ^{d)}; aut testatus est, qui testamenti factionem non habuit ^{e)}; aut deni-

a) in Diss. quae inscribitur: de querelarum nullitatis et inofficiosi testamenti differentiis et vsu earundem practico. Goetting. 1736.

b) Pr. I. de hered. quae ab intest. def. L. I. D. de iniust. rupt. HOTOMANNI Comment. ad pr. I. quib. mod. test. inf. HEI-

NECC. ad I. rit. qu. mod. test. infirm.

c) §. 34. I. de legatis.

d) Pr. I. de exhered. lib. d. L. I. L. 3.

§. 2. D. de iniust. rupt.

e) Pr. I. quib. non est perm. fac. test. L. 4. D. qui test. fac. poss.

denique omiffae sunt solennitates externae ad testamentum rite condendum a legibus praefcriptae ^f). Ex duabus cauffis, quas prior loco posuimus, testamentum dicitur esse *nullus momenti* ^g), vulgo *nullum*; de quo quidem infra vberior erit dicendi locus: propter eam vero, quam tertio loco commemorauimus rationem, testamentum appellatur *iniustum*, siue *non iure factum* ^h), seu *imperfectum* ⁱ). Potest tamen fieri, vt testamentum, licet iure sit conditum, obseruataeque omnes legitimae solennitates, nihilominus postea vim suam amittat tum iure Praetorio per bonorum possessionem contra tabulas ^k), tum iure ciuili duplici modo, ita, vt vel *rumpatur*, vel *irritum fiat* ^l), tum denique vt *rescindatur* (nempe per sententiam iudicis). Ac *rumpi* quidem vltima voluntas dicitur, *quum in eodem statu manente testatore ipsis testamenti ius vitiatum* ^m). Vitiatum autem vel per agnationem postumi et successionem nepotis in locum sui heredis ⁿ), vel per factum testatoris, qui aut suum sibi facit heredem post testamentum conditum arrogando et adoptando, item per legitimacionem filii naturalis, reuersionem filii ex prima secundaue mancipatione manumissi in patriam potestatem, et denique per conuentionem vxoris in manum testatoris ^o): aut voluntatis suae declarationem ita mutat, vt eam vel solenni modo reuocet ^p), vel delendo, inducendo, superscribendo, aliisque modis aboleat ^q), vel testamento posteriore id, quod ante conditum est, infirmet ^r); quod

A 2

quidem

f) d. Pr. I. de hered. quae ab intest. def.
L. I. D. de iniust. rupt.

g) d. L. I. D. cod.

h) d. L. I. D. cod.

i) L. 21. C. de testam. quamquam ibi testamentum non subscriptum a testibus ac non signatum pro *infecto* habendum esse legatur, recte tamen arguit LVD. RVSSARDVS, in margine ad hanc legem, ex Nou. Theodosii 9. de testamentis (vnde haec constitutio in Codice Iustinianeum est translata) pro: *infecto* ponendum esse: *imperfecto*; quae emendatio confirmatur etiam verbis sequentibus: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti non volumus.*

k) tot. tit. D. de bon. possess. c. rabb.

l) VLPIANI fragm. tit. 23. §. 1. Pr. I. quib. mod. test. inf. L. I. D. de iniust. rupt.

m) §. 1. I. quib. mod. test. infirm.

n) VLPIANVS c. l. §. 2. 3. cf. §. 2. I. de exhered. lib. L. 29. D. de lib. et post. L. 3. L. 12. D. de iniust. rupt.

o) VLPIANVS c. l. §. 3. cf. §. 4. I. de exher. lib. §. 1. I. quib. mod. test. inf. L. 10. C. de adopt. Nou. 89.

p) L. 27. C. de testam.

q) tot. tit. D. de his, quae in test. del.

r) VLPIANVS c. l. §. 2. cf. §. 2. I. quib. mod. test. inf. L. I. L. 2. D. de iniust. rupt.

quidem quatenus fieri possit, non locus est hic indagare, quum iam viri doctissimi sat lucis huic argumento attulerint ¹⁾. Alter modus, quo voluntas testatoris iuste declarata effectu priuatur, locum habet, quando testamentum fit *irritum*. Et huius quidem infirmationis causa posita esse potest partim in mutato testatoris statu, quo facto testamentum in specie dicitur *irritum* ²⁾, partim in hereditate non adita, vbi appellatur *desitutum* ³⁾. Hactenus demonstratum est, quemadmodum testamenta *ipso iure* infirmantur. Quum autem idem etiam possit fieri rescindendo per sententiam iudicis, testamentum tanquam *inofficiosum* rescindentis; delati iam sumus in eum locum, vnde ipsius tractationis exordium est faciendum.

CAPVT II.

Definitur, quid sit testamentum nullum et inofficiosum, quid querela nullitatis et inofficiosi testamenti.

Antequam vero in eo versabimur, vt doceamus, quid intersit inter testamentum nullum et inofficiosum, et inter querelas ex utroque provenientes: necesse est, vt vtriusque naturam et indolem accurate definiamus. Ac testamentum quidem, quod ipso iure *nullum* est, ostendimus iam in superiore capite duabus ex causis deriuari, quando aut heredis institutio deficiat vel vitiosa sit, aut testator tempore testamenti conditi eius faciendi facultatem non habuerit. Constat enim, doctores vulgo distinguere solennitates, quas leges in testamentis condendis adhiberi volunt, in *internas* et *externas* ⁴⁾. Internam ponunt in heredis idonei legitima institutione:

externas

¹⁾ vid. in primis VIRI ILLUSTRIS, AVG. FR. SCHOTTI Commentario ad Orationem Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante, in EIVSD. Opusc. p. 41 — 84.

²⁾ VLPPIANVS c. l. §. 4. cf. §. 4. I. quib. mod. test. inf. l. 6. §. 4. D. de inust. rupt.

³⁾ Rem ipsam inuenies apud VLPPIANVM c. l. §. 4. L. I. D. de inust. rupt. no-

men in §. 7. I. de hered. quae ab intest. def. l. 38. §. ult. D. de vulg. et pup. subst. l. ult. D. de condit. institur.

⁴⁾ v. c. HEINECCIUS in Elem. iur. cit. sec. ord. l. §. 493. cf. EIVSD. elem. iur. cit. sic ord. D. ad tit. de lib. et post. §. 18. HELLFELD Iurispr. for. sec. D. ord. §. 1408. Ipsam distinctionem leges ignorant: nuntur doctores in definienda solennitate interna

externas in variis ritibus et requisitis ad formam testamenti necessariis. Iam contra internam solemnitatem multis modis potest peccari, ita ut aut heredis institutio plane absit ^v), aut instituantur, quos instituere non liceat ²), aut remoueantur ab hereditate, qui necessario sint instituendi ^a). Quotiescunque itaque una vel altera harum causarum vitiauit internam solemnitatem: testamentum est ipso iure *nullum*, quum contra, ubi omiffae sunt solemnitates externae, appelletur *iniustum* ^b), ut monuimus in capite antecedente. Praeter causas modo commemoratas testamentum etiam tunc inutiliter factum vel nullum censetur, quando testator eius condendi facultatem non habuit, quia vel leges eum a testamenti factione remouerunt ^c), ut exemplo sunt furiosi, prodigi, impuberes; vel vis metusque aut dolosae persuasiones libere eum testari prohibuerunt ^d). Ex his omnibus patet, esse testamentum *nullum*: *in quo aut interna solemnitas, aut libera testatori facultas disponendi de re sua deficit.*

A 3

Nasci-

terna §. 34. I. de leg. ubi Imperator ait: *testamenta vim ex inspiratione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.* cf. l. 10. D. de iure codicill.

y) Tabulae, in quibus sola legata et fideicommissa relicta sunt, nulla heredis mentione facta, non testamentorum, sed codicillorum iure censentur: ut PAVLVS expresse ait in L. vii. D. de iure codicill. cf. l. i. pr. D. de her. inst.

z) Hos enumerat DVARENVS ad tit. D. de her. inst. in EIVSD. Opp. Tom. I. pag. 893. sqq. cf. HEINECCI Elem. iur. cit. sec. ord. l. §. 539. et 540.

a) ULPIANI fragm. tit. 22. §. 14. 16. cf. Pr. I. de exher. lib. l. 30. D. de lib. et post. l. 1. D. de iniust. rupt. l. 3. §. 2. D. eod.

b) Non impedit, quod testamentum ipso iure nullum vocatur *iniustum* in d. l. 3. §. 2. D. de iniust. rupt. et in l. 6. §. 2. D. eod. quum constet, eiusmodi testamentum iure factio opponi: Pr. I. quib. mod. rest. inf. et quod non iure factum sit, *iniustum*

esse. Videntur tamen hae leges STRVVIVM in Iurispr. Rom. Germ. for. Lib. II. tit. 20. ac Synr. I. C. ex. 32. §. 36. (ubi cf. P. MÜLLER) item LAVTERBACHIVM Coll. Pand. l. 28. t. 3. §. 3. nec non MENCKENIVM Pand. eod. l. et t. §. 1. in eum errorem adduxisse, ut non satis distinguerent inter testamentum *nullum* et *iniustum*, ac vtrumque vno nomine comprehenderent. At nobiscum sentiunt, eadem videntes diuisione HEINECCIUS Inst. §. 568 sq. et Pand. l. 28. t. 3. §. 3. ECKOLDTVS ad Pand. l. et t. eod. §. 2. et l. eod. t. 2. §. 2. ac WESTENBERGIVS ad Pand. l. 28. t. 3. §. 1. MEYER Colleg. argenor. l. et t. ebd. HELLFELD *ibid.* Error praeprius inde videtur promanasse, quod generalis significatio vocis *iniustum*, siue quod non iure factum est, confunderetur in diuisione testamentorum cum significatione speciali.

c) Tit. I. quib. non est perm. fac. rest. Tit. D. qui rest. fac. poss.

d) l. 32. D. de hered. inst. l. 20. §. vii. D. qui rest. fac. poss. Tit. D. Si quis aliquem restari prohibuerit.

Nascitur inde actio, cui doctores peculiare nomen *querelae nullitatis* inuenerunt ad similitudinem querelae inofficiosi ^e); cuius etfi leges nusquam nominatim mentionem faciant, res ipsa tamen manifeste docet, testamentum nullum sine omni effectu esse, nec in heredem scriptum ius hereditarium transferre posse, omniaque ad intestati causam redigi. Quapropter necesse est, vt liceat successuro ab intestato ius suum defendere contra heredem scriptum per aliquod iuris remedium. Sed nescio, an opus sit, vt huic remedio singulare nomen tribuatur, quum querela nullitatis eiusdem plane sit naturae et indolis cum *hereditatis petitione directa*; id quod non difficile erit euincere. Constat enim, hereditatis petitione vindicari vniuersa defuncti bona contra eorum possessorem, siue pro herede, siue pro possessore ea possederit ^f); deinde hanc actionem dari non modo heredibus testamentariis, sed etiam legitimis ^g). Iam manifestum est, tum eos solos, qui ab intestato successuri sint, impugnare posse testamentum tanquam nullum, vt supra probauimus, tum etiam heredes in testamento, quod nullius momenti sit, institutos, non esse heredes, sed, si adiuerint hereditatem bona fide, possidere pro herede, si mala, pro possessore ^h). Quum igitur querela nullitatis competat iisdem et contra eosdem et eodem fine, quibus et contra quos et quo fine competit hereditatis petitio: illam huius certe aliquam speciem esse recte contendemus. Quia autem nomen querelae nullitatis vbique receptum est, et fortasse in quibusdam disertationis nostrae locis aliqua exoriretur obscuritas, si eius loco reponere velimus hereditatis petitionem: retinebimus pristinum morem, nostramque nos sententiam semel dixisse acquiescemus.

Haecenus de *testamento nullo*: nostrum erit nunc ostendere, quid sit *testamentum inofficiosum* ac *querela* inde orta, et vnde sic dicatur.

e) V. C. BERGERVS in *Oecon. iur.* Lib. II. tit. 4. th. 14. p. 273. et th. 55. p. 370. ex edit. GENEROSISSIMI PRAESIDIS. HEINECC. *Elem. iur. ciu. sec. ord. D. ad tit. de inoff. test. §. 52.* WÜRFELIYS in *Iurispr. ciu. defn.* p. 326. ex edit. SELCHOV. REINHARTH in *diff. cir. passim.*
 f) L. 9. L. 11. D. de hered. petit.
 g) L. 1. L. 3. D. cod.
 h) d. L. 11. L. 12. L. 13. D. cod.

tur. A ICTIS quidem veteribus varie definitur: vt a PAVLO ⁱ⁾: quod frustra, liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur esse constitutum; a MARCIANO ^{k)}: quod recte quidem, sed non ex officio pietatis factum est; et a MARCELLO ^{l)}: inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes insimulati liberos suos vel exheredant, vel praeteriunt. Nobis autem hae definitiones neutiquam ita sufficere videntur, vt nihil plane obscuri in iis sit relictum. Dicemus itaque potius, testamentum inofficiosum esse id, in quo aut liberi ex iusta, sed falsa causa a patre exheredati, aut liberi nepotesue a matre vel auo materno, parentes item a liberis, ac fratres et sorores a fratribus et sororibus turpi persona instituta, ex causa iniusta vel falsa exheredati vel omnino praeteriti sunt: quae singula infra copiosius explicabimus et probabimus. Actio, quae personis hoc modo ab hereditate remotis testamenti rescindendi causa competit, dicitur querela inofficiosi testamenti. Ipsum inofficiosi nomen iam significat, esse testamentum contra pietatis officium factum, quemadmodum libertus dicitur inofficiosus ^{m)}, qui officium pietatis patrono debitum negligit. Hinc est, quod CICERO ⁿ⁾ distinguit inter testamentum improbum, quod contra legum sanctiones, inofficiosum, contra officii rationem, et inhumanum, quod contra pietatis debitum factum est. Ex eadem causa testamentum inofficiosum definitur ab ISIDORO ^{o)}: quod liberis frustra exheredatis, sine officio naturalis pietatis in extraneas personas redactum est. Quid autem hoc loco sit officium, egregie docet SENECA ^{p)}, qui postquam distinguit inter beneficia, officia et ministeria, officium, ait, esse filii, uxoris et earum personarum, quas necessitudo suscitatur, et ferre opem iubet. Vnde etiam SVETONIUS ^{q)} bis mentionem facit testamentorum ingratorum, in quibus nulla principis habita fit ratio, cui tamen testatores debeant, quantumcunque reliquerint. Quod ad querelae verbum attinet, id quidem mitioris significationis esse, quam vocabulum actionis aut accusa-

i) Rec. Sen. Lib. III. tit. 5. §. 1.

k) L. 2. D. de inoff. test.

l) L. 3. D. eod.

m) L. vi. D. de in ius voc. L. I. D. de iure patron.

n) Verr. I. 42.

o) Erymol. V. 24.

p) de Beneficiis III. 18.

q) in vita Calig. 38. Ner. 32.

accusationis, iam multi monuerunt^r). Etsi enim nonnullis in locis eadem vocetur etiam *actio* ^h), aut *accusatio* ^t); tamen plerumque inuenimus *querelae* nomen ^u) propterea, quod, qui ea utuntur, non possunt iure accusare defunctum, qui iis iniuriam intulit; quandocunque autem iniuria affectis iure agere non licet, tunc querela iis conceditur solatii et miserationis causa ^x). Similiter inofficiosus dicitur *libertus*, et *querela* contra ipsum institui, qui patronum absque venia in ius vocasset ^y).

CAPVT III.

Breuis historia vtriusque generis testamentorum.

Postquam vidimus, quid sit testamentum nullum et inofficiosum, et simul de nominibus exposuimus, necesse est, vt in vtriusque originem et fata inquiramus. Et antiquissimis quidem temporibus etsi Lege XII. tabularum: PATERFAMILIAS VTI LEGASIT SVPER PECVNIAE TVTELAEVE SVAE REI ITA IVS ESTO ^z), latissima testatoribus concessa videatur facultas de rebus suis mortis causa disponendi: non tamen eam plane limitibus caruisse dicemus. Quod posterius quanquam multi ^a) argue-
re velint ex verbis POMPONII ^b): *Verbis legis duodecim tabularum his, VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO, latissima potestas*

r) V. C. NOODT in *Comm. ad D. tit. de inoff. test.* in EIVSD. *Opp.* Tom. II. p. 127. EV. OTTO ad pr. I. *cod. tit. HEINECCIUS Inf.* §. 580.

f) L. 76. pr. D. de leg. II. L. 12. §. vlt. L. 15. §. 2. D. de inoff. test. L. 25. et 27. C. *cod.* Ipsam querelam non esse veram actionem docet COCCIVS in *iure ciu. controu. ad h. r.* qu. I.

g) L. 6. §. vlt. L. 17. L. 29. §. 2. L. 31. pr. et L. vlt. D. *h. r.*

u) §. 3. I. *h. r.* L. 87. §. 3. D. de leg. II. L. 1. L. 6. §. vlt. L. 8. pr. et §§. lqq. L. 11. L. 12. §. 2. L. 15. §. 1. L. 21. L. 24. L. 25. et L. 31. §. 1. D. de inoff. test. L. 13. 14. 15. 17. 18. 21. 24. 28. 29. C. *cod.* et multis aliis in locis.

x) §. 2. I. L. 2. D. de his, qui sui v. alien. NOODT c. l.

y) L. vlt. D. de in ius voc.

z) Ita haec verba optime restituit IAC. GOTHOFREDVS in *fontibus quatuor iur. ciu.* p. m. 78. lqq. Originem sanctionis in legislatione Solonis inuestigauit ALB. GENTILIS *Lectio. et Epistol. quae ad ius ciu. pertinent* Lib. III. c. 6. qui liber rarissimus prodiit Londini, 1584. 8.

a) V. C. CHARONDAS *Verisim.* I. 15. VAN DE WATER *Obs. iur. Rom.* I. II. BOEHMERVS *Exercit. ad D.* Tom. II. Exerc. 37. pag. 783. EV. OTTO ad pr. I. de *exher. lib.*

b) L. 120. D. de V. S.

fas tributa videtur et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: tamen haec verba longe aliam interpretationem admittere videntur, vt mox docebimus. Nobis enim haec fiat sententia, quam primus, quod quidem scio, proposuit GALVANVS c): patrem habentem heredem suum, iam XII. tabularum iure non potuisse praeterito suo alium heredem instituere, in primis eam ob causam, quod heres suus, (qualis iam XII. tabularum tempore fuit, vt tabulae quintae verba: AST SINTESTATO MORITVR, CUI SVS HERES NEC ESCIT etc. manifeste probant) quod, inquam, suus heres viuo patre, tanquam vna cum eo persona, commune dominium in bonis paternis habuit, ideoque, mortuo patre, ipso iure dominus rei familiaris factus est: quapropter patri non poterat licere, praeterito domino alium sibi heredem instituere. Praeter hanc alias multas rationes attulit vir modo laudatus, quas huc transferre superfluum foret. Hoc vnum addere liceat d), quod Imperator e) ipse ait: emancipatos liberos iure ciuili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est: quia non sunt sui heredes: vnde e contrario efficit potest, suos heredes iure ciuili aut instituendos aut exheredandos esse. Sub iure ciuili autem intelligi hic XII. tabulas, aperte docet alius Institutionum locus f): emancipati liberi iure ciuili nihil iuris habent: neque enim sui heredes sunt — neque vlllo alio iure per legem XII. tabularum vocantur: et statim: sane quidem is, qui in potestate fuerit, solus iure ciuili heres est g). Statuamus itaque cum GALVANO, heredem suum nec XII. tabularum iure potuisse praeteriri: neque tamen in eo possumus viro summo ad stipulari, quod ait h), legibus XII. tabularum heredem suum nec exheredare patri fas fuisse: imo in hoc positam censemus latissimam potestatem, quam POMPONIVS i) tributam scribit testatoribus, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque consti-

c) de usufructu c. 8. §. 13. lqq.

d) Hoc argumento vsus est GENEROSISSIMVS PRAESES in Dissp. de Lege Iunia Velleia. Lips. 1745. habita, p. 18.

e) §. 3. l. de exher. lib.

f) §. 9. l. de hered. quae ab intest. def.

g) Praeterea multis aliis in locis ius ciuile ponitur pro duodecim tabulis, vt in Pr. l. de usufructu. l. i. d. de rursus et l. io. C. de iure deliber.

h) c. l. §. 15.

i) d. l. 120. D. de V. S.

constituendi; quorum verborum sensus hic videtur esse: si modo heres suus non esset praeteritus, omnia ab arbitrio testatoris pendebant, utrum velit eum pro lubitu exheredare et alium heredem scribere, an legata et libertates dare, aut tutelas constituere. Sic nec vlla erit pugna cum PAVLO ^k), qui eos iure antiquo exheredare licuisse scribit, quos et occidere licuerit. Omnino autem GALVANI sententia, quam pro parte et nostram fecimus, multos et acres inuenit aduersarios, et in his potissimum VAN DE WATER ^l) et REYNOLDVM ^m), quorum tela tamen nos non magnopere tangunt, versa videlicet in primis in eam coniecturam, quod liberos ne exheredare quidem licuerit; cui nec nos accessimus. Ecce igitur hic originem testamenti, quod ipso iure nullum est, quia iam ex XII. tabulis vltimae voluntatis dispositio, in qua suus heres esset praeteritus, contra omne ius esse existimabatur. Nec opus habemus in eruenda eius origine ad iurisprudentiam mediam et interpretationes ICTORUM aut iuris honorarii confugere ⁿ), praesertim quum, quod ipso iure nullum dicitur ^o), non intelligatur de eo, quod prudentes aut Praetores inualidum declararunt, sed de eo, quod leges publicae nullius momenti fecerunt ^p). Neque tamen negare possumus, sequentibus temporibus alias nouas a legibus adiectas esse causas, in quibus testamentum nullum fieret ^q), donec eam faciem induerit, qualem IVSTINIANI tempore habuit, qualemque mox vberius explicabimus.

Multo

k) L. II. D. de lib. et post.

l) Obs. iur. Rom. I. II.

m) in *Diff. de causis, in quibus etiam nunc querela inofficiosi testamenti est necessaria*: in EIVSD. *Opusc.* p. 339.

n) quod fecit EV. OTTO ad pr. I. de exhered. lib.

o) L. VI. C. de liber. praeter.

p) Hinc quae iure Praetorio sunt, opponuntur his, quae sunt ipso iure, vt in L. I. D. quib. mod. vsufr. amitt. L. I. §. 2. D. quod falso rit. aut. gest. L. 9. §. I. D. vsufr. quemadm. cau. In primis autem ipso iure fieri dicuntur, quae descendunt ex

XII. tabulis, vt in L. I. D. famil. ercise. L. 6. C. eod. L. 26. C. de pactis.

q) Sic filia, nepos, neptis ex filio praeteriti olim non dicebant testamentum nullum, teste CAIO *Inst. Lib. II. tit. 3. VIPIANO fragm. tit. 22. §. 17.* et THEOPHILO *Paraphr. Inst. Lib. II. tit. 13. c. Pr. I. de exhered. lib.* sed heredibus scriptis accrescebant. Sublato autem a IVSTINIANO in L. VI. C. de liber. praeter. omni inter masculos et feminas, primum et secundum gradum discrimine, hae quoque, quas diximus, personae testamentum nullum dicere iure nouissimo non prohibentur.

Multo plures autem experta est vicissitudines querela inoffi-
 ciosi testamenti, quas breuissime exponendas esse censemus. Ac
 primum quidem, quod ad eius originem attinet, viri docti in diuer-
 sas abeunt sententias, ita vt CVIACIVS ^{r)} et cum eo GRAVINA ¹⁾, SIC-
 CAMA ²⁾, HEINECCIUS ³⁾ et LOVARDVS ⁴⁾ deducant eam e *lege Gli-*
cia, propter inscriptionem *Legis IIII. D. de inoff. test.* PETRVS PI-
 THOEVS ⁵⁾ contra et nuper VICAT ⁶⁾ ex *edicto Praetoris*: quam sen-
 tentiam egregie refutarunt CHELETIVS ⁷⁾ et LOVARDVS ⁸⁾. DVA-
 RENVS ⁹⁾ eandem ex *Constitutionibus Principum* ortam arbitratur;
 contra quam opinionem LOVARDVS ⁴⁾ modo laudatus recte dispu-
 tauit. Verior autem videtur et a plerisque recepta sententia eo-
 rum, qui inofficiosi querelam non ex legibus, sed magis ex *consuetu-*
dine et disputatione fori atque *interpretatione prudentum* descendere affir-
 mant, vt HOTOMANNVS ¹⁰⁾, HVGO DONELLVS ¹¹⁾, DE RETES ¹²⁾,
 NOODT ¹³⁾, VAN BYNKERSHOEK ¹⁴⁾, VAN DE WATER ¹⁵⁾, BOEHME-
 RVS ¹⁶⁾, SCHVLTINGIVS ¹⁷⁾, HEINECCIUS ¹⁸⁾, BACHIVS ¹⁹⁾ et alii plu-
 res. Etenim quum legibus XII. tabularum, vt supra vidimus, sa-
 tis magna inducta fuerit testandi libertas, factum est, vt parentes et
 testatores ea abuterentur, nulla profus sanguinis sui ratione habita,
 et nouercalibus delinquentis instigationibus corrupti se pateren-
 tur

B 2

r) *Obs.* II. 21. XIII. 14.
 f) *Orig. iur. ciu.* Lib. III. p. 411. *edit.*
 MASCOV.
 t) *de centumvir. iudic.* II. 6.
 u) in editione prima *Antiquit. Rom.*
 Lib. II. tit. 17.
 x) *de vera origine querelae inofficiosi te-*
stamenti ex Lege Glicia liber vnus. Dres-
 dae, 1762. pag. 66. 144.
 y) in *notis ad Mosaic. et Rom. LL. Col-*
lationem, tit. 16. n. 3. in SCHVLTINGII *iur-*
ispr. Antiquit. p. 795. *ex edit.* Lipsf.
 z) in *Vocabular. iur. utr. v. querela.*
 a) *de portionibus legitimis* cap. 4. p. m.
 XI 8.
 b) *c. l.* pag. 64. 14.
 c) *ad D. tit. de inoff. test.* c. 2.

d) *c. l.* pag. 62. 14.
 e) *de quarta legiti.* c. I.
 f) Lib. XVIII. c. 3.
 g) in *Scholasticis Aduersariis ad tit. de*
bonor. poss. contra tabb. de leg. praest. et de
inoff. test. Salamanticae, 1663. p. 123.
 h) *ad tit. D. de inoff. test.* in *opp.* T. II.
 p. 156.
 i) *Obs. iur. Rom.* Lib. II. c. 12.
 k) *Obs. iur. Rom.* Lib. I. c. II.
 l) *Exercit. ad D. T. II. n. 37. p. 785. sq.*
 m) *Exercit. ad VALER. MAX. Lib. VII.*
c. 7. de testamentis rescissis, adiecta EIVSD.
Thesibus controuersis, p. 543.
 n) in editione posteriore *Antiquit. iur.*
Rom. II. 18. 5.
 o) *Hist. iurispr.* p. m. 193. et 263.

tur p). Quod ipsum ii, qui spem succedendi haberent, non poterant non indigne ferre et paternum iudicium accusare. Ex hac causa conquesti sunt, qui se praeter omne meritum ab hereditate remotos videbant, coram Centumuiris q), ad quos controuersiae hereditariae deferri solebant; in prouincijs uero coram praefide prouinciae r). Hi quemadmodum omnes causas litigiosas ex aequo et bono dirimebant s), ita etiam exclusis indigne ab hereditate ius succedendi restituebant, rescisso testamento contra pietatem facto t). Quia autem Centumuirii aequitati nimis indulserunt u), factum est in primis sub Imperatoribus, ut saepe locum darent precibus eorum, quos nullum sanguinis, sed merae familiaritatis vinculum defuncto iunxisset, et testamenta optimo iure facta rescinderent x). Quam ob causam necesse fuit, ut principes per singulares constitutiones huic querelarum frequentiae mederentur, easque ad certas personas restringerent. Saltem iam VLPIANI tempore cognatos, qui sint ultra fratres, ad querelam non admissos esse legimus y): cuius libri ad Edictum, unde locus infra citatus est excerptus, quum scripti sint imperante ANTONINO CARACALLA, Septimii Seueri filio z), sequitur, certe SEVERI aut CARACALLAE tempore ius querelae mouendae ad certas personas fuisse reductum. Confirmarunt hanc restrictionem expressa sanctione DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS AA a); quanam uero in primis a CONSTANTINO M. et nouissime a IUSTINIANO circa ius instituendi querelam immutata fuerint, ut et ea, quae

p) L. 4. D. de inoff. test.

q) PLIN. Lib. V. ep. I. Lib. VI. ep. 33. L. 13. L. 17. D. eod. VAN BYNKERSHOEK Obs. V. 5. VAN DE WATER Obs. I. II. SICCAMA de centumuir. iud. Lib. II. c. 7.

r) L. 29. §. vi. D. de inoff. test.

s) quales hae fuerint, docet CICERO de Orat. I. 38. cf. SICCAMA c. I. Lib. II. c. 5. et 7.

t) Illustria exempla leguntur in VALER. MAX. VII. 7. quocum in primis SCHVLTINGII Exercitatio citata conferri meretur.

u) VAN DE WATER c. I. I. II. et 12. BOEHMERSVS in Exercit. ad D. T. II. n. 37. p. 787.

x) Quaedam exempla memoratu digna adest VALER. MAX. VII. 8.

y) L. I. D. de inoff. test.

z) animaduertente SCHVLTINGIO in notis ad Bertrandi vitam Vlpiani, in EIVSD. iurispr. Anteiust. p. 547. edit. Lips.

a) L. 21. C. de inoff. test.

quae portio legitima introducta innouauerit, suo loco vberius exponemus. Sic demonsttrauimus, *moribus* querelam inualuisse: quid vero *prudenter* interpretationes ad eam fundandam fecerint, iam videamus. Postquam igitur receptum fuerat, testamentorum rescindendorum causa ad Centumuiros confugere, Icti hanc consuetudinem responsis suis magis stabiliuerunt, et firmam reddiderunt ^{b)}). Ne autem XII. tabularum auctoritati quidquam detraheretur, et tamen querelae ipsi aliquod fundamentum ex stricto iure adfingere, prospexerunt Icti, ut vltima voluntas hoc colore possit impugnari, *quasi non sanae mentis fuerit testator, quum testamentum ordinaret. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est* ^{c)} per ipsam XII. tabularum legem: SI FVRIOSVS AVT PRODIGVS EXISTAT AST EI CVSTOS NEC ESCIT AGNATORVM GENTILIVMQVE IN EO PECVNIAVEIVS POTESTAS ESTO ^{d)}). Hunc furoris colorem recte defendit HVBERS ^{e)}) aduersus MATTHAEVM ^{f)}), filiumque de patris furore querentem ab *ἀσέβειας* opprobrio vindicat ^{g)}). Tempus autem, quo Icti hanc fictionem primi inuenisse creduntur, refert VAN DE WATER ^{h)}) ad imperium IVLII CAESARIS et AVGVSTI, nulla ratione addita, qua sententiam suam confirmet: quamobrem non video, quid nos prohibeat existimare, insaniae colorem eodem, ac querela ipsa, tempore, iam libera republica inualuisse.

B 3

CAPVT

b) VAN DE WATER *Obs.* I. II.
 c) Pr. I. de *inoff. test.* cf. L. 2. L. 5. L. 17.
 §. I. D. *cond.* Hinc SENECA de *Clementia* I.
 14. scribit: *numquid aliquis sanus filium ad primam offensam exhereditat?* et VALER. MAX. VII. 8. tabulas Aebuciae cuiusdam plenas furoris vocat. cf. APVLEII *Apol.* II. GROTII *flor. spars.* ad *tit. D. de inoff. test.* p. m. 136.
 d) in Tabula V. secundum GOTHO-

FREDI *font. quar. iur. ciu.* cf. RAEVARDVS de *auctor. prud.* c. 12. in *El. Opp.* Tom. II. pag. 1018. sq.

e) in *Eunomia Rom.* ad *Lib. V. D.* p. m. 242.

f) *disp.* 7. *fundam. iur.* th. 23.

g) cf. BYNKERSHOEK *obs. iur.* L. III. c. 12. sub *finem.*

h) c. l.

Ostenditur, quae sint utriusque testamento communia, et quam similia sibi sint inuicem.

Exposita haec testamenti non iure facti et inofficiosi origine, antequam ad eorum differentias explicandas progrediamur, spero instituti utilitatem eo luculentius esse apparituram, si paucis ostendero, in quo utrumque testamentum conueniat, et eandem, aut certe similem indolem agnoscat. Siue enim personas spectes, quibus competat querela nullitatis et inofficiosi testamenti: inuenies in utraque tum praeteritos, tum exheredatos, et omnino quidem iniuste ab hereditate remotos; siue eos, contra quos dentur querelae: videbis, moueri utramque contra heredes in testamento scriptos, quamquam nullitatis querela etiam contra quemcunque hereditatis possessorem concedatur, ut infra apparebit; siue finem, propter quem instituantur: animaduertes, utramque hoc velle, ut ostendatur, testamentum non valere, et ut successio ad intestati causam redigatur. Singula haec suis locis manifesta erunt: quare non est, quod hic diutius moremur. Duo tamen sunt, quae huic capiti necessario inferenda duximus, quia id commodiore loco fieri non posse existimauimus. Ac prima quidem enunciatio haec est: *querela tum nullitatis, tum inofficiosi testamenti competit iis, quibus debetur portio legitima.* Non attinet huc, longis verborum ambagibus huius portionis originem perscrutari, quam CUIACIUS ⁱ⁾ valde incertam esse prodit, et modo in lege Glicia, modo in constitutione D. Marci quaerit, WESTENBERGIUS ^{k)} ad idem tempus, quo querela inofficiosi inuenta sit, et ad consuetudinem refert legibus deinde approbatam; VAN DE WATER ^{l)} ex ipsa lege Falcidia deducit, CHIFLETIUS ^{m)} vero, SCHVLTINGIUS ⁿ⁾, HEINECCIUS ^{o)}, EV. OTTO ^{p)} et recentiores plerique in interpretatione prudentum ad similitudinem quartae Falcidiae

i) ad PAULI *Senec. rec.* Lib. III. tit. 8. in SCHVLTING. *iur. pr. Anteiuss.* p. 381. *edis. Lips.*

k) *de port. legit.* Diss. I. c. 4.

l) *Obs.* I. II.

m) *de port. legit.* c. 3. pag. m. 115. sq.

n) c. l.

o) *Antiqu. iur. Rom.* II. 18, 7.

p) *ad §. 6. I. de inoff. test.*

diæ ponunt. Quidquid sit, necesse tamen est, vt querela inofficiosi antiquior sit portione legitima, et hæc ad illam magis limitandam introducta ^{q)}. Concessa autem est legitima ab initio solis liberis patri successuris, et patri successuro in bona liberorum, vt notissimum est ex antiqua succedendi ratione; deinde data etiam est matri in bonis liberorum per SCTum Tertullianum, et liberis in hereditate materna per SCTum Orphitianum ^{r)}: denique fratribus quoque et sororibus, si turpis persona ipsis sit praelata ^{f)}. Hinc recte concludimus, querelam quoque inofficiosi ante SCTum Tertullianum et Orphitianum a matre et liberis inuicem institui iure non potuisse; etsi Centumuirorum æquitas nec his eam denegaret. Alterum, quod huic argumento subiiciendum duximus, pertinet ad celeberrimam illam controuersiam a multis agitatam: *num querela inofficiosi testamenti eiusdem sit indolis cum hereditatis petitione?* Facile quis suspicari possit, nos stare a partibus eorum, qui hoc omnino affirmant, quia in Cap. II. querelam nullitatis ab hereditatis petitione non differre demonstrauimus: et certe, si auctoritatum multitudinem sequi vellemus, hanc sententiam et nostram faceremus. Nam CUIACIUS ^{s)}, WESENBECIUS ^{u)}, AVERANIUS ^{x)}, VOETIUS ^{y)}, VINNIUS ^{z)}, NOODT ^{a)}, SCHVLTINGIUS ^{b)}, BOEHMERUS ^{c)} et maxima interpretum pars in eo consentiunt, quod querelam inofficiosi speciem

q) CHIFLETIUS c. l. c. 4. et 5. Ratio est, quia legitimæ demum post Augusti ætatem et legem Falcidiam mentio fit, querelæ autem exempla iam libera republica inueniuntur, vt ex VALER. MAX. c. l. colligere licet. Quartam vero legitimam excludere querelam constat ex §. 6. l. de inoff. test. ac L. 8. §. 6. lqq. D. eod. ita, vt qui vel in minima parte instituti sint, querela opus non habeant, sed *Conditione ex lege* ad supplendum id, quod legitimæ deest, vtantur: §. 3. l. de inoff. test. l. 30. C. eod.

r) vt notat CUIACIUS ad PAVLI Sent. rec. Lib. III. tit. 8. in SCHVLTING. iurispr. Ancienst. p. 381. edit. Lips.

f) de hoc casu loqui IUSTINIANVM in Nou. I. præf. §. 2. docet WESTENBERGIUS c. l. Diss. II. c. 4.

t) Paratit. in tit. C. de inoff. test.

u) ad eund. tit. C. n. 2.

x) Interpret. iur. I. 8. n. 5.

y) ad eund. tit. D. n. 4.

z) Select. quaest. I. 19.

a) ad eund. tit. D. in EI. Opp. Tom. II. p. 156.

b) ad PAVLI Sent. rec. Lib. III. tit. 5. §. 4. in iurispr. Ancienst. p. 396. edit. Lips.

c) Exercit. ad D. T. II. n. 37. p. 792 lqq.

ciem hereditatis petitionis esse existimant. Nobis autem verissima videtur COCCII^{d)} et reliquorum sententia, haec diuersa plane esse remedia demonstrantium: quorum argumenta quum nequiquam repetere velimus, nostrum erit solum hoc, vt posteriorem sententiam cum priore, qua nullitatis querelam ab hereditatis petitione non differre censuimus, nullo modo pugnare probemus. Etenim quum omnis hereditatis petitio vel ex testamento, vel ab intestato competat^{e)}; querela inofficiosi autem nec ex testamento possit institui, quia testamentum euertere tendit, nec ab intestato, quod testamentum iure factum exstat: nihilominus nullitatis querela optime poterit ex iure successione ab intestato institui, quia nullum testamentum iure factum adest. Ex eadem ratione quum nemo ex testamento nullo esse possit heres: nec querela nullitatis proprie (quamquam cum vulgo ita loqui soleamus) contra scriptum heredem institui dici potest, sed heres in testamento nullo scriptus hereditatem tantum pro herede possidet, et pro mero possessore est habendus; aut potius non datur aduersus reum, quia scriptus est heres, verum contra aliquem, qui scriptus quidem est, sed inutiliter scriptus. Inde sequitur: per querelam nullitatis hereditatem a quocunque possessore peti posse, quum nemo exstet heres (quamquam primo loco aduersus heredem scriptum sit mouenda, eamque propterea esse actionem realem, speciem hereditatis petitionis, et intra XXX. annos praescribi; quum contra querela inofficiosi detur contra solum heredem scriptum^{f)}, etsi non possideat hereditatem, et praescribatur intra quinquennium, vt alio tempore docebimus. Ex his causis patet: quemadmodum querela nullitatis eiusdem naturae sit cum hereditatis petitione: ita querelam inofficiosi plane diuersae indolis esse, ac quali actionem praeparatoriam illius, quod in primis ex eo conspici potest, quod saepe, qui in hac totus vincit, tamen vel omni hereditate vel parte eius carere debeat^{g)}. Et sic vtraque nostra sententia optime conciliari poterit.

CAPVT

d) *Iur. ciu. controu. ad eund. tit. D. qu. 2. cf. BRUNNEMANNVS in auth. Non licet n. 17. C. de liber. praer. et SCHILTERVS Exercit. ad tit. D. de inoff. test.*

e) *L. 1. L. 3. D. de hered. per.*

f) *L. 8. §. 10. D. de inoff. test.*

g) *L. 6. §. 1. L. 8. §. 8. L. 17. L. 19. D. cod. cf. HUNNIVS ad TREVIL Vol. I. disp. 13. qu. 23.*

CAPVT V.

Explicantur differentiae utriusque testamenti, et primo quidem, quod in nullo solemnitas interna sit omissa, in inofficioso et interna et externa obseruatae.

Haec fuerunt, quae necessario praemittenda censuimus, antequam ad ipsam tractationem progredieremur. Inuenimus autem decem potissimum modos, quibus differat testamentum nullum et inofficiosum, quos singulos singulis capitibus, etsi non omnes in hoc libello, illustrabimus. *Prima differentia posita est in eo, quod in testamento nullo solemnitas interna plane deficit aut vitio laborat, in inofficioso vero et interna et externa solemnitates rite sunt obseruatae.* Supra iam Cap. II. commemorauimus, solemnitates in testamentis ordinandis obuias distingui a doctoribus in *internam* et *externas*; monuimus etiam, contra internam varie posse peccari, et tunc ipsum testamentum esse nullius momenti, quia testamenta vim ex institutione heredum accipiant^{h)}: quae quidem repetere valde foret superfluum. Nihil itaque superest, quam vt demonstremus, in testamento inofficioso solemnitatem certe internam adesse, neque id propter eius defectum, sed ex aliis causis rescindi: nam externis deficientibus magis ad *iniusti* naturam accedit, vt ibidem et Cap. I. docuimus. Constat igitur, testamentum inofficiosum nihilominus *recte factum* diciⁱ⁾, non ex alia ratione, quam quod solemnitates, quas leges expresse testamentis ordinandis praescripserint, in eo sunt obseruatae. Quum enim leges XII. tabularum, quemadmodum in Cap. III. dictum est, tantam testatoribus concefferint testandi facultatem, vt, si modo heres suus non esset praeteritus, idem sine vlla causa exheredari et hereditas in extraneum transferri potuerit: testamentum, in quo heres suus vel maxime immerenter est exheredatus, nihilominus factum erit secundum leges expressas, et heredis institutio secundum easdem valebit: quamquam pietatis nulla profus habita sit ratio.

^{h)} §. 34. I. de leg. §. 2. I. de fideic. hered. non potest, D. de his, quae in test. del. L. 1. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. L. 3. verb. ⁱ⁾ Pr. I. de inoff. test. L. 2. D. eod.

tio. Hinc est, quod VLPPIANVS ^{k)} exheredatos iure civili testamenta parentum non turbare scribit, quibus verbis sine dubio ad hanc XII. tabularum sanctionem respexit. Et quum querela inofficiosi testamenti iure veteri praeter heredes suos data fuerit etiam non modo parentibus et consanguineis, sed aliis quoque, quos non cognationis, sed merae amicitiae nexus ad defuncti hereditatem vocaret (Cap. III.): eo luculentius apparet, testamentum inofficiosum iuri stricto plane non aduersari, et solius aequitatis causa rescindi.

CAPVT VI.

Altera differentia quoad personas, quibus utraque competit querela, et primum quidem praeteritus.

Progredimur iam ad eam differentiam, quae ipsam testamenti inofficiosi et inutilis indolem constituit, et fines vtriusque describit. In explicanda autem quaestione, quibusnam querelae ex utroque prouenientes competant, duas faciemus partes secundum ipsam personarum diuersitatem, scilicet prout sunt vel *praeteritae*, vel *exheredatae*. Quod ad praeteritionem quidem attinet, ipsa *heredis sui praeteritio* testamentum reddit nullum ex lege XII. tabularum, cuius saepius mentionem fecimus. Quid vero tum sub *praeteritione*, tum sub *suo herede* intelligatur, etsi hoc argumentum a multis ^{l)} iam sit pertractatum, tamen nec ab hoc loco alienum erit indagare. *Praeteriri* dicuntur hi, quorum in ea testamenti parte, quae circa heredis

k) I. 8. pr. D. de bon. poss. contr. rabb. Ex eadem causa CAIUS in L. 12. D. eod. opponit testamentum iure factum, in quo filius exheredatus est, imperfecto, in quo est praeteritus.

l) De praeteritione quidem legenda sunt, quae scripserunt HOTOMANNVS ad rip. I. de exher. lib. DVARENVS in tit. D. de lib. et poss. c. 2. in EI. Opp. T. I. p. 904. AVERANVS Interpret. iur. I. 10. et II. VAN DE POLL de exher. et praeter. c. 2. et 21. SCHVLTINGIVS in iurispr. Anteiust.

ad CAI Inst. Lib. II. tit. 3. p. 95. sqq. edir. Lips. De herede suo autem HOTOMANNVS ad §. 2. I. de her. qual. et diff. DVARENVS c. l. c. 3. in Opp. T. I. pag. 909. sq. VOETIVS ad tit. D. de lib. et poss. n. 1. VAN DE POLL c. l. c. 3. ROTGERSIVS de success. legit. c. 3. §. 7. sqq. in EI. Demonstrat. iur. apodict. p. 92. sqq. SCHVLTINGIVS ad VLPPIAN. tit. 22. §. 14. in iurispr. Antei. p. 638. ed. Lips. et nouissime GENEROSISSIMVS PRAESES in Diss. de Leg. Iunia Velleia, pag. 15. sqq.

dis institutionem versatur, nulla plane facta est mentio, ita vt nec instituti sint, nec exheredati. Licet enim iis legati nomine aliquid relictum fuerit, nihilominus tamen iure Iustiniano pro praeteritis habentur ^{m)}). Hinc a THEOPHILO ⁿ⁾) filius praeteritus dicitur *σικωπῶσθαι*, et ab HARMENOPVLO ^{o)}) *ἀμνημόνευτος ἐστίνωαι*; pater autem id per obliuionem fecisse creditur, propter amorem a natura insitum, neque exheredandi mentem habuisse ^{p)}). Quod autem attinet ad naturam *heredis sui*, cuius saepissime iam mentio a nobis facta est, eo quidem nomine comprehendebantur omnes, qui quasi condominium in bonis testatoris haberent, dicti ita, quia sibi ipsi quodammodo succedere, nec ad alienam hereditatem, sed ad propria bona venire crederentur ^{q)}). Vnde non modo liberi et nepotes tam ad optiu, quam naturales ^{r)}), sed etiam vxor, quae in manu mariti conuenisset ^{t)}) et nurus, quae in manu filii esset, dummodo is tempore mortis patris in eius potestate non fuerit ^{u)}), heredibus suis adnumerabantur. Vt vero quis heres suus esse posset, necesse erat, vt eo tempore, quo testator diem obiret, in eius patria vel aui potestate constitutus esset ita, vt nemo illum in ea praecederet ^{v)}).

C 2

Iam

m) *Nou. CXV. c. 3.* Et hinc explicari poterit praeteritio *adiecta causa*, quae quidem alio modo cogitari non potest, quam si testator praeterito aliquid legauerit, adiecta causa exclusionis ab ipsa hereditate, vt: *Filio meo C. do lego, quia me verberauerit*. Haec eosdem habet effectus, quos simplex praeteritio, nec abit in exheredationem: VAN DE POLL *c. l. c. 19.*

n) *Lib. II. tit. 13.*

o) *Promtuar. iur. ciu. Lib. V. tit. 5.*

p) Ita arguit DVARENVS *c. l. c. 2.* in *Opp. T. I. pag. 904.* ex §. 1. *I. de exher. lib. et ex APVLEII Apol. II.*

q) §. 2. *I. de her. qual. et differ. L. II. D. de lib. et post. L. I. §. 6. D. de success. editio. cf. GALVANVS de usufr. c. 8. §. 13.*

r) VLPiani *fragm. tit. 22. §. 14. Mos. et Rom. LL. Coll. tit. 16. §. 2. cf. §. 2. I. de*

hered. quae ab intest. def. L. I. §. 2. D. de suis et legit. her. Inter nepotes neptesque autem soli ii iure antiquo in suos connumerabantur, qui ex filiis descenderent, non, qui ex filiabus: *d. §. 2. I. de hered. quae ab intest. def. §. 15. I. eod.*

s) VLPiani *fragm. c. l. Mos. et Rom. LL. Coll. c. l.* et P. PITHOEV'S ad h. l. in *SCHVLTING. iurispr. Anteiust. p. 790. Iq. edit. Lips. GRVPER II. de vxore Rom. cap. 3. §. 2. 14. 15. et 16.*

t) *Mos. et Rom. LL. Coll. c. l.*

u) §. 2. *I. de exhered. lib. §. 9. I. de hered. quae ab intest. def. L. 6. D. de ini. rupt. L. 33. §. 1. D. de rest. mil. L. I. §. 4. D. de suis et legit.* Ceterum heredum suorum originem e Graecorum institutis deduxit, et simul legibus XII. tabularum solos mafculos iis connumeratos fuisse, exclusis fe-

minis,

Iam horum heredum suorum praeteritio testamentum plane inutile et nullum reddit: non ex alia ratione, quam quia testator non potest silentio praetermittere eos, qui se viuo quodammodo condominium in re sua familiari habuerunt *). Si itaque accurate velimus enumerare *personas*, quibus *praeteritis* competat *querela nullitatis*: antiquo quidem iure praeter *liberos* tam *adoptiuos* et *legitimos*, quam *legitimos* et *naturales* 1), *natos* et *nascituros* 2), item omnes *descendentes* ex filio *natos*, *sexus* ratione non habita, modo tempore mortis patris in eius potestate fuerint, denique *uxorem* et *nurum* 3), quae in manu testatoris fuerit, neminem testamentum tanquam nullum accusare potuisse dicemus. Quum autem IVSTINIANVS suis heredibus equiparauerit etiam *emancipatos* 4), quibus praeteritis Praetor olim *bonorum possessionem contra tabulas* dederat 5); et ante eum iam Imperatores VALENTINIANVS, THEODOSIUS ET ARCADIVS omne discrimen sustulerint inter nepotes et neptes a filio vel filia descendentes 6); denique quum matrimonia per coemptionem, confarreationem et usum contracta in defuetudinem abiissent 7); ita ut nulla prorsus

minis, quibus prudentum demum auctoritas ius fuitatis tribuisset, docuit PRAESES GENEROSISSIMVS in *Progr. Lips. 1782.* scripto, cui titulus: *Animadaersiones iuris antiqui*, n. 2.

x) vid. loca, quae citauimus supra in *not. q.*

y) d. §. 2. I. de *hered. quae ab int. def.*
z) Nam *postumos* quoque *suos* ex lege XII. tabularum aut instituendos fuisse, aut exheredandos, probat PRAESES GENEROSISSIMVS in *Disp. de Lege Iunia Velleia* p. 21. lqq. atque nouissime ILL. RAVIVS in *diff. de personis incert. ex testam. hered. §. 3.* quibus tamen sequioris aevi Icti testamenta potius *rumpi* inuenerunt: §. I. I. de *exher. lib. l. 8. D. de lib. et post. l. I. D. de iniust. rupt. VIPIANI fragm. tit. 22. §. 18.* Quae quidem prudentum inuentio, quum a IVSTINIANO neutiquam abrogata reperitur, neque in *Nou. CXV.* neque in *Nou. CXVIII.* sed potius in Institutio-

nibus et Digestis comprobata: recte cum VAN DE POLL c. l. c. 22. dicemus, hodie iure *postumos* praeteritos a patre testamentum non posse dicere nullum, sed adhuc *rumpere*.

a) CAIVS *Inst. l. II. t. 8. pr. apud SCHVLTING.* p. 133.

b) *Nou. CXVIII. c. 1.*

c) L. I. §. 4. L. 4. 6. 7. D. de *bon. poss. contra tab. SARTORII Diff. de bonorum possessione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt.* Lips. 1775.

d) L. 9. C. de *suis et legit. lib. cf. d. §. 15. I. de her. quae ab int. def.* quam constitutionem repetiit IVSTINIANVS in *cit. c. I.*

e) teste TACITO *Annal. III. 16. BROUWER de iure connubiorum, Lib. I. c. 8. n. 7. SCHVLTING ad l. all. CAJ, cf. CVIACIUS ad VIPIANI fragm. t. 8. ap. SCHVLTING.* p. 590.

prorsus inter coniuges superesset bonorum societas: inter personas, quae praeteritae testamentum nullum dicere possint, iure recentiori referemus solos *liberos* et *nepotes* cuiuscunque sexus et gradus, siue adoptiui sint, siue naturales, siue legitimi, siue legitimi, siue denique emancipati, siue in patria potestate constituti: sed omnes hos respectu solius *patris*: qualem enim effectum praeteritio liberorum in testamento *matris* habeat, statim videbimus.

Maior autem est numerus eorum, qui *praeteriti* testamentum tanquam *inofficiosum* impugnare possunt: inter quos *primum locum* obtinent *parentes* in testamentis liberorum omitti. *Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet* ^{f)}. Vnde sequitur, quoties liberi ipsi *πατέρας* in testamentis suis parentum nullam rationem habuerint, ita ut eos nec expresse, nec tacite ab hereditate remouerint, tunc eiusmodi testamentum non magis valere posse, quam parentum, qui liberos neglexerint. Quum autem parentes non esse possint heredes sui liberorum, quippe nequitiam in eorum potestate constituti, stricto iure testamentaria liberorum euertere non poterant: sed ob similitudinem rationis, et laesum aequae, ac, liberis remotis, pietatis officium, concessa iis est testamenti *inofficiosi* *accusatio* ^{g)} ita, ut nihil intersit, utrum expressis verbis ab hereditate exclusi, an silentio sint praetermissi. Verum in hoc quoque argumento necesse est, ut distinguamus antiquioris iurisprudentiae vestigia a recentioris constitutionibus: quibus multa innouata sunt tum ratione parentum, tum circa liberos ipsos, et circa mutuum inter eos ordinem succedendi. Iure enim antiquo solus *pater* poterat confugere ad querelam *inofficiosi* contra testamenta liberorum instituendam: quia lex XII. tabularum arcebat *matrem* ab omni successione ^{h)} in bona liberorum,

C 3

rorum,

f) L. 15. D. de *inoff. test.* Hinc est, quod mater succedens in bona filii praemortui ad *institutam hereditatem* venire dicitur: L. fin. C. de *inst. et subst.* L. 28. C. de *inoff. test.*

g) §. I. I. de *inoff. test.* L. I. L. 30. D. L. 28. C. *eod.*

h) Pr. I. de *SCeo Tertulliano*. cf. *VLP. IAN. fragm.* tit. 26. §. 3.

rorum, nisi in manum mariti conuenisset, quia tunc liberis erat loco consanguineae ¹⁾ et ipso iure succedebat. Praetor autem iuris stricti rigorem emendaturus mutuum inter matrem et liberos successione induxit per Edictum *Vnde cognati* ²⁾; deinde CLAVDIVS Imp. ad solatium liberorum amissorum matri legitimam eorum detulit hereditatem ³⁾: quae quidem IUSTINIANI verba quomodo capienda sint, non satis nobis constare videtur, quum statim post Imperator idem per SCTum Tertullianum plenissime factum tradat, et ideo necesse sit, vt D. CLAVDIVS ius succedendi matri non ita plene tribuerit. Ipsi autem huic CLAVDII constitutioni nondum sat lucis attulerunt viri docti: praesertim quum SCHVLTINGIVS doceat, SVETONII ⁴⁾ narrationem de iure quatuor liberorum feminis, naues mercaturae causa fabricantibus, a CLAVDIO concessio, huc plane non pertinere; neque in monumentis rerum gestarum aliud testimonium existet. Quia igitur necesse est, vt CLAVDII constitutio angustior fuerit SCTo Tertulliano, quod matrem ingenuam trium liberorum ius habentem, libertinam quatuor, ad bona filiorum filiarumue admittit intestato mortuorum ⁵⁾: nescio, an liceat nobis vel CLAVDII beneficium de admittenda tantummodo matre sui iuris, non alieno iuri subiecta ⁶⁾, intelligere, vel aliquam in interpretandis verbis: *ad solatium liberorum amissorum*, adferre coniecturam et dicere: Imperatorem matri tribuisse successionem in bona eorum liberorum tantummodo, qui in bello propria mortem obierint; quia horum causa parentibus iam similia concessa sint priuilegia ⁷⁾. Quid SCTum Tertullianum in matris fauorem sanxe-

i) AVCTOR COLLAT. LL. MOSAIC. ET R. l. 16. §. 6. cf. VLPIANVS l. c. §. 6. 7. et §. ibique SCHVLTINGIVS in *iurisp. Antei.* p. 667. sq. ed. Lips.

k) d. Pr. I. de SC. Tertull. Pr. I. de Success. cognat.

l) §. I. I. de SCTo Tertull. cf. SCHVLTING. ad VLPIAN. tit. 29. §. 3. in *iurisp. Antei.* pag. 677.

m) Claud. 19.

n) §. 2. I. de SCTo Tertull. Multis de

hoc SCTo egerunt SCHVLTING. ad VLPIAN. tit. 26. §. 8. in *iurisp. Antei.* p. 668. ROTGERSIVS de Success. legit. c. 3. §. 21. in *apodict. demonstr.* p. m. 127. sqq. HEINECIVS *Antiqu. Rom.* III. 3.

o) §. 2. I. eod.

p) Pr. I. de excus. tur. vel cur. l. 18. D. de excus. Certe hoc quoque ad nostram opinionem facit, quod in utroque loco mors liberorum vocatur *amissio*, ita, vt hoc vocabulum quasi proprium in hac causa videatur:

fanxerit, modo vidimus: IVSTINIANVS autem nouissimo iure omnem inter parentes differentiam sustulit, et matri aequale omnino ius succedendi in bona liberorum tribuit, ac patri, nulla plane *πολυπαιδίας* ratione habita ^{q)}: ita vt praeter omnem sit dubitationem, matrem quoque a liberis praeteritam de testamento inofficioso hodie agere posse.

Sed sunt adhuc quaedam altioris indaginis, quae hoc loco commemoranda statuimus. Et ante omnia quidem hoc notabimus, parentibus non aduersus omnium liberorum testamenta sine vlla distinctione querelam competere: certe frustra mouent contra testamentum *filii familias*, in quo est testatus de *peculio castrensi* vel *quasi castrensi* ^{r)}: contra si sui iuris sit effectus, sustinebitur sane querela aduersus testamentum super pecuniis olim castrensis, quum nomen peculii non permaneat, sed alijs rebus confundatur, et similem fortunam recipiat ^{s)}. Deinde etiam defuncto filio *emancipato*, qui liberos naturales non relinqueret, pater non admittebatur ad querelam, nisi impetrasset antea bonorum possessionem litis ordinandae gratia, quae ei exemplo patroni iure Praetorio deferebatur ^{t)}: sed et haec a IVSTINIANO omnino sunt mutata. Tandem mater sine effectu instituit querelam contra *tabulas pupillares*, in quibus pater, praeterita ea, impuberi filio substituuit alium vel pupillariter vel vulgariter, dum tacita instituit pupillaris substitutio ^{u)}. Hoc vnum moneendum superest, parentibus olim in instituenda querela praelatos fuisse

videatur: IVSTINIANVS autem d. §. I. I. de SCro Terrull. itidem matri successiōnem in solatium liberorum *amisforum* concessam scribit. Alio modo hunc locum interpretati sunt CUIACIUS in *Nor. poster.* ad §. I. I. de SCro Terrull. et IANVS A COSTA ad h. l. beneficium CLAVDII magis personale fuisse contendentes; neque tamen attulerunt, quibus personis CLAVDIVS id tribuerit.

q) L. 2. C. de iure lib. §. 4. I. de SCro Terrull. Non. CXVIII. 2.

r) L. vlt. C. de inoff. test. cf. LAVTERBACHI Coll. Th. Pr. D. eod. tit. §. 28.

s) d. L. vlt. C. de inoff. test.

t) L. I. pr. D. si a parent. quis manum. Tit. I. de successione libert. cf. BÖHMERS Exercit. ad D. T. II. n. 37. p. 791.

u) L. 8. §. 5. D. de inoff. test. Demonstrauit hoc REINOLDVS in *Diff. cit. in Opusc.* p. 349. cum VINNIO *Comm. ad pr. I. de pup. subst. n. 10. et II. contra BRVNEMANNVM ad L. 8. §. 5. D. de inoff. test. et RICHTERVM Decis. 45.*

fuisse fratres, germanos et consanguineos *), de quorum successione mox dicemus: quum autem IVSTINIANVS eos demum post adscendentes locauerit †), hodie quidem eo iure vtimur, vt parentes prae fratribus admittantur ad querelam, si filius defunctus nullos liberos reliquisset: his enim exstantibus omnes, etiam parentes, postponi, a nemine in dubium vocabitur.

Quod autem deinde attinet ad *liberos*, hi quidem *praeteriti* querelam instituere possunt aduersus solius *matris* aut *auī materni* testamentum, quum, vt vidimus, a patre praeteriti, huius testamentum nullum faciant. Etsi enim ad eos matris intestatae hereditas ex lege XII. tabularum non pertineret, quia feminae suos heredes non haberent †): tamen *SCto Orphitiano* ius succedendi in bona materna liberis est concessum ita, vt omnibus agnatis praeponerentur †). Deinde ex VALENTINIANI, THEODOSII ET ARCADII constitutionibus †) nepotes quoque ex filia praeteriti ad querelam contra auī materni testamentum sunt admissi, vt et nepotes et pronepotes contra auīae testamentum †). Pertinent hae sanctiones etiam ad *naturales* et *vulgo quae sitos* †), quos tamen IVSTINIANVS exclusit a successione matris illustis, quae simul alios legitimos liberos haberet †). Denique

IVSTI-

x) Haec est opinio BOEHMERI c. l. p. 790. nixa Pr. I. quib. non est perm. fac. test. L. fin. C. commun. de success. L. I. §. 9. D. de suis et legis. her.

y) Nou. CXVIII. c. 3.

z) VLP. tit. 26. §. 7.

a) VLP. c. l. PAUL. Rec. Sent. Lib. III. tit. 10. Pr. I. de SCto Orphit. L. I. D. ad SCrum Terull. et Orphit. Illustrarunt hoc SCtum SCHVLTINGIVS c. l. p. 667. sq. ROTGERSIVS c. l. c. 3. §. 20. HEINECCIUS Antiqu. Rom. III. 4. Quamquam enim apud VALER. MAX. VII. c. 7. ex. 4. et c. 8. ex. 2. item PLIN. V. ep. I. legantur exempla querelae inofficiosi aduersus matris testamentum iam ante SCtum Orphitianum insertatae, constat tamen, vt iam Cap. III.

monuimus, Centumuiros in admittendis actionibus non tam iuri stricto, quam aequitati indulgisse, et propterea liberos quoque ad successionem matris nequitiam iis debitam ex sola miseratione admisisse; quemadmodum et personas extraneas, solo familiaritatis vinculo cum defuncto iunctas, admitterunt, teste VALER. MAX. *ibid.* Quam ob causam non opus habemus cum SCHVLTINGIO c. l. p. 668. et HEINECCIO c. l. confugere ad honorum possessionem *vnde cognati* liberis in succedendo matri emancipatae competentem.

b) L. 4. C. Th. de legis. her.

c) §. 1. I. de SCto Orphit.

d) L. 29. §. 1. D. de inoff. test. L. §. D. *vnde cogn.*

e) L. pen. C. ad SCrum Orphit.

IUSTINIANVS recentissimo iure Sctum hunc in modum immutauit, vt iam liberi et nepotes matri aequo iure succedere possint, ac patri^f). Rationem vero, cur in hisce causis testamentum non sit nullum, sed potius inofficiosum, optime reddit ipse Imperator^g): quia mater vel auus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare, sed possunt eos omittere. Nam silentium matris, aut aui materni et ceterorum per matrem adscendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Id non abrogatum videtur per recentiorem eiusdem Imperatoris constitutionem^h), qua hoc tantum cautum, vt inferenda sit a matre praeteritionis causa; vnde patet, hoc adhuc tempore praeteritionem matris secundum regulas exheredationis fuisse aestimatum.

Tertio loco indagandum superest, quatenus collaterales, h. e. fratres et sorores tam germani, quam consanguinei et vterini, si praeteriti sint, testamentum inofficiosum accusare possint. Vidimus quidem iam supra, tempore primorum Imperatorum illimitatam fuisse Centumuirorum in admittendis querelis indulgentiam: quare dubitari nequit, etiam fratres initio sine omni discrimine ac quocumque herede instituto testaments euertere potuisseⁱ). Non minus notauimus, pessimam hanc instituendae querelae libidinem ab Imperatoribus sequioris aevi fuisse coarctatam, ita, vt iam VLPIANI tempore vltra fratres nemo fuerit admissus^k). Sed hoc ipsum iam accuratius est definiendum. Ac prima quidem expressa super hoc argumento legitur constitutio DIOCLETIANI et MAXIMIANI^l), qua fratris vel sororis filii, patru vel auunculi, amitae etiam et materae

f) Nou. CXVIII. c. 1.

g) §. vlt. I. de exher. lib.

h) Nou. CXV. c. 3. EV. OTTO ad I. §. 7. de exhered. lib. Testamentum autem matris, in quo causa praeteritionis omissa sit, tantum contra formam Nouellae citatae esse, nec vitari, nisi quoad solam institutionem, ideoque hodiernum ad inoffi-

ciosi naturam appropinquare, recte probat COCCIVS in iur. ciu. controu. ad tit. D. de inoff. test. qu. 6.

i) VAN BYNKERSHOEK Obseru. iur. L.V. c. 5. p. 17.

k) L. I. D. de inoff. test.

l) L. 21. C. de inoff. test.

terae testamentum inofficiosum dicere prohibentur: admittis solis fratribus et sororibus. Quia hic nondum alicuius restrictionis circa querelam ipsorum fratrum mentio facta est, recte disputat VAN DE WATER ^{m)} contra IAC. GOTHOFREDVM ⁿ⁾, opinantem, querelam iam tum fratribus non aliter competiisse, quam si seruus, aut extraneus, aut non municeps institutus fuisset. Nullo itaque inter heredes institutos facto discrimine, omnes tum germanos, tum consanguineos et vterinos fratres illo tempore ad querelam admissos fuisse contendemus. Nouam autem faciem induxit CONSTANTINVS M. facta lege, qua *fratres vterinos ab inofficiosis actionibus arcuit, et germanis tantummodo fratribus aduersus eos duntaxat institutos heredes, quibus iniuste confiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Praetoris, petitionis aditus referauit* ^{o)}. Hic miror, quomodo VAN DE WATER ^{p)} sub *germanis* fratribus intelligere possit solos consanguineos, non vere germanos et consanguineos simul; et propterea colligere, antiquum ius circa solos consanguineos a CONSTANTINO fuisse immutatum, ita vt his tantum praeteritis persona turpis praeferi necesse fuerit, si querelam instituire velint, non aequè vere germanis. Certe si sub *germanis* comprehendere volumus consanguineos, ipsius verbi vsus docet, tunc non excludendos esse eos, qui eodem patre eademque matre vtantur; quum consanguinei natura, vno patre gaudentis, aequè cadat in vere germanum. Deinde etiam in ipsa lege manifeste apparet, vterinis opponi germanos, ideoque *ὁμογενεῖς ὁμοπατεῖς*: inter hos vero connumerandos etiam esse vere germanos, natura vocabuli docet. Quid quod, si VAN DE WATERO ad stipulari velimus, absurdum certe sensum ex verbis CONSTANTINI elicere possemus. Quia enim CONSTANTINVS expresse adiecit: *germanis tantummodo* referari aditum; germani vero VAN DE WATERO sunt soli consanguinei: e contrario colligere possumus, CONSTANTINVM neminem praeter fratres consanguineos admisisse, ideo-

m) *Obsf. iur. Rom.* I. 12. Cum eo sentit VAN BYNKERSHOEK *Obsf.* V. 5.

n) *ad L. I. C. Th. de inoff. test.*

o) *L. I. C. Th. de inoff. test. inserta*

L. 27. C. *cod.* cui tamen TRIBONIANVS nonnulla de suo adiecit.

p) *c. l.*

ideoque fratres germanos, qui eodem patre et matre nati sint, a querela penitus remouisse: quod quam maxime ridiculum foret affirmare. Nec si IAC. GOTHOFREDI^{q)} mentem intellexisset, ad eius auctoritatem prouocare potuisset, quum is neuiquam fratres vere germanos ab hac constitutione exclusos, sed modo consanguineos inter germanos simul esse connumerandos doceat. Statuamus itaque, CONSTANTINI tempore fratres tam germanos, quam consanguineos, non tamen vterinos admissos fuisse ad querelam aduersus turpes personas institutas, h. e. infamia iuris vel facti, aut leuis notae macula laborantes^{r)}, nisi ipsi in pari turpitudine versarentur^{s)}. Nec derogauit veteri iuri IVSTINIANVS per *Nou. CXVIII. cap. 3.* quia certum est, eum hac lege non tam voluisse extendere querelam, quam iura successioneis. Quod autem in definiendis querelae limitibus nonnunquam ad hanc constitutionem prouocauimus: fecimus tantum in iis locis, quibus IVSTINIANVM antiquitatis subtilitates et iniurias *expresse* correxisse manifestum fuit; quemadmodum e. g. circa mutuam matris et liberorum successioneis, quibus, quemadmodum hereditatis, ita etiam querelae mouendae ius hoc ipsa lege tributum esse, negare non possumus. Fuit enim hoc IVSTINIANI ingenium, vt, si quid ex antiquo iure immutauerit, id saepius cum maxima iactantia *expresse* commendaret, quemadmodum WIELINGIUS^{t)} recte obseruauit. Neque valet hoc argumentum a successioneis iuribus petitum in genere, quia tunc querelam omnibus omnino ab intestato successuris concederemus, quod nemo velit. Nouissimo itaque iure solis fratribus germanis et consangu-

D 2

fangu-

q) ad d. l. i. C. Th. de inoff. test.

r) Prolixius haec exponunt VAN DE POLL c. l. c. 62. BOEHMERVS c. l. p. 800. sqq. Errat itaque VAN DE WATER c. l. qui germanos fratres contra quoscunque heredes scriptos, si vel maxime sint honesti, querela experiri posse statuit.

s) Probat hoc VAN DE POLL c. l. c. 63. ex VASQVIO de success. Lib. I §. 10. n. 603.

BRVNEMANNO ad l. ii. C. de inoff. test. et DONELLO *Comm. Lib. VI. c. 15.* Et quamquam id expressa lege cautum non fuerit, summae tamen est aequitatis, quod, quum honestus frater aduersus honestum heredem agere non possit, non magis turpi contra turpem testamentum accedere liceat; cf. ECKOLDTVS ad d. iii. de inoff. test. §. 4.

t) *Lectr. iur. ciu. II. 31.*

sanguineis facultatem querelae contra turpem heredem scriptum instituendae concessam fuisse affirmamus; remotis vterinis, licet super his magnae controuersiae agitatae sint inter viros doctos, quas tamen propter angustiam spatii neutiquam tangere possumus^{u)}. Separatis igitur hoc modo iuris antiqui et recentioris sanctionibus, facile patebit, quem in modum differat testamentum nullum ab inofficioso circa praeteritionem: illud enim locum habere vidimus, si liberi aut nepotes a patre silentio sint praetermissi, hoc, omisiss parentibus in testamentis liberorum, aut liberis in testamento matris, aut denique fratribus et sororibus in testamentis fratrum et sororum, qui turpem personam instituissent. Iam inspicienda sunt iura exheredatorum.

CAPVT VII.

Exponitur, quibus personis exhereditatis competat querela nullitatis aut inofficiosi.

Hic quidem non opus habemus denuo enumerare personas, quibus liceat, testamentum tanquam nullum aut inofficiosum impugnare: quum, vt infra docebimus, in hac re eadem sint exheredatorum, quae praeteritorum, iura, variis tamen modis circumscripta, et ab exheredationis forma pendentia. In definiendis autem vtriusque actionis finibus circa *exheredationem*, non alienum a re nobis videtur, huius indolem ac naturam paucis inuestigare^{x)}. Quae quidem

u) Vterinos a IUSTINIANO non admitti, defendunt CUIACIUS ad Nou. LXXXIII. RANCHINVS de success. ab intest. in MEERMANNI Thes. T. III. VOETIUS ad tit. D. de inoff. test. n. 9. VAN DE POLL c. l. c. 62. BERGERVS Oc. iur. Lib. II. tit. 4. th. 17. p. 280. ex edit. GENEROSISSIMI PRAESIDIS, et nouissime ILLVSTRIS PÜTTMANNVS in Diss. de querela inoff. fratribus vterinis haud concedenda. Lips. 1761. Seueus autem statuunt HOTOMANNVS de quar-

ta legit. c. 2. §. 13. (in Opp. Tom. I. p. 686.) BOEHMERVS c. l. p. 815. WESTENBERGIUS ad Dig. L. V. t. 2. §. 16. in Opp. T. II. p. 157. HEINECCIUS ad Dig. L. et t. eod. §. 51. et nouissime TRVMMERVS in Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus vterinis haud deneganda. Erlangae, 1783.

x) Originem exheredationis exponunt VAN DE POLL c. l. c. 7. §§. et A KERKRAAD de iure patrio, p. m. 117. §. 4.

quidem quum sit *ultima voluntatis dispositio*, qua is, qui praeteriri a testatore non poterat, *expresse ab hereditate remouetur*: patet, eum, qui impune praeteriri possit, impune quoque exheredari fas esse. Hinc non modo nulla cogitari potest *extraneae* personae exheredatio, quia ei nullo iure defuncti hereditas debebatur ¹⁾: sed nec locum habet ultra eos, quos praeteritos testamentum tanquam nullum aut inofficiosum accusare posse, in antecedente Cap. vidimus, si vel maxime ab intestato sint successuri; quia maior est in praeteritione, quam in exheredatione iniuria ²⁾. Certe enim qui exheredem expresse scribit, eum tamen alioquin ad hereditatem iure vocandum fuisse ipse fatetur: qui autem silentio aliquem praetermittit, tantopere hunc a se contemni significat, ut ne eius quidem ius succedendi agnouisse videatur. Inde colligere possumus, exheredationis proprie non eum esse finem, ut successuri ab intestato remouentur ab hereditate, sed modo, ut nullitatis aut inofficiosi testamenti accusatio contra scriptum heredem locum habere nequeat, et testamentum tanquam iure factum subsistat. Quum porro exheredatio *expresse* sit hereditatis ademptio ^{a)}: protinus apparet, quomodo differat a praeteritione, quae versatur in simplici omissione et silentio testatoris. Iam si formam et modum inspicere velis in exheredatione obseruandum, ut facultas euertendi testamentum cesset: constat, eam fieri debere *nominatim, pure, ab uniuerso iure hereditario, ab omnibus heredibus et gradibus, inserta* testamento *heredis institutione*, denique *ex causa legitima* testamento adiicienda: quas quidem solennitates ipsarum legum auctoritate esse confirmatas, infra demonstrabimus. Nostrium erit nunc declarare, in quibus causis, una vel altera harum solennitatum deficiente, testamentum impu-

D 3

gnari

¹⁾ Inde PAVLVS in L. 132. D. de verb. obl. exheredationem dicit rem in extraneo inepam: cf. L. ult. pr. D. de bon. damn. Non obstat, quod in L. 27. D. ad Legem Falcid. aut in L. 41. §. 8. D. de Leg. III. et nonnullis aliis in locis etiam extranei exheredes dicuntur, quum loquantur hae leges de institutis sub conditione, qui defi-

ciente conditione heredes existere nequeant.

²⁾ Iniuriae, per exheredationem illatae magnitudinem, eleganter describit EV. ORTO in Papiniano, c. 6. §. 2.

^{a)} Pr. L. de exher. lib. Ceterum quid interfit inter praeteritionem et exheredationem, ostendit COCCIVS c. l. qu. 4.

gnari possit tanquam nullum aut tanquam inofficiosum. Id vero intelligi non poterit prius, quam tribus positis regulis ex vniuersi iuris analogia depromtis, quarum prima haec est: *Quodcumque contra formam a legibus praescriptam in alicuius personae incommodum susceptum est, id ipso iure nullum est* ^{b)}; nisi vergat in detrimentum eiusmodi personae, quae facultatem impugnandi hoc factum stricto iure non habet: cui tunc ad solam aequitatis ancoram erit refugiendum, si negotium rescindere velit. Deinde: *Exhereditatio non rite facta induit naturam praeteritionis, et ex iisdem, quibus haec, censenda est iuribus.* Quia enim contra formam legibus praeceptam facta est, certe ea pro infecta erit habenda ^{c)}, et persona exheredata, cuius in heredis institutione nulla nominatim mentio facta est, a testatore alto silentio praetermitti existimanda. Denique: *Omnes ii, qui testamentum tanquam nullum accusare possunt praeteriti: idem etiam possunt, si non rite sunt exhereditati.* Rite vero facta exheredatione, sed causa eius non probata: testamentum non statim ab initio erit inutile, sed ex post facto infirmabitur, et sola inofficiosi querela rescindetur. Contra vero ii, qui praeteriti testamentum tanquam inofficiosum arguunt, exhereditati semper sola querela inofficiosi utuntur, nunquam nullitatis: ita ut nihil referat, utrum exhereditatio non legitime facta, an causa legitime factae non sit probata. Ex his principiis prono quasi aluceo fluit ea, quam statim probabimus, sententia; cui hoc vnum adhuc praemississe sufficiat: in decidenda quaestione, in quibus causis praeter

b) arg. L. 5. C. de Legg. cf. L. 102. L. 121. D. de R. I. L. 4. D. quae in fraud. cred. Neque enim mouemur REINOLDI auctoritate, qui c. l. p. 353. id ex hac lege deduci posse omnino negat, et exemplum viduae intra annum lactus nubere prohibeae assert, quae si vel maxime contra fecerit, tamen non dicatur matrimonium ab initio nullum contrahere. Videtur haec mera esse a regula exceptio, in fauorem matrimonii semel consummati introducta. Et si vel maximus extaret numerus negotiorum, quae, licet legibus contraria, tamen non sint ab initio inualida, nihil in gene-

re contra nostram sententiam inde adduci posset, quia haec omnia referenda sunt inter exceptiones singulari modo demonstrandas: haec vero exemptio in nostra causa probari plane non potest.

c) in d. L. 5. C. de Legg. ait THEODOSIVS: ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habentur. Vnde e contrario inferre possumus: ea, quae lege fieri praecipiantur, si non fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam haberi; cf. DION. GOTHOFREYDVS ad d. L. 121. 223

exheredationem testamentum sit nullum aut inofficiosum, solam haberi rationem liberorum et nepotum a patre exheredatorum, nec pertinere eam ad eas personas, quae praeteritae testamentum non possunt dicere nisi inofficiosum: quoniam iis, qui maiorem praeteritionis iniuriam passi, non aliam, quam inofficiosi querelam instituire possunt, certe non debent, qui minore exheredationis macula sunt affecti, praeferi ita, ut his concedatur in quibusdam causis actio magis lucratiua, qualis est nullitatis querela, quam illis. Igitur parentes a liberis, liberi a matre vel auo materno, fratres denique et sorores siue germani, siue consanguinei a fratribus et fororibus (sed uicē, si hi turpem personam instituerint) non legitime exheredati, vel etiam causa exheredationis non probata, semper instituunt inofficiosi querelam, qualem praeteritis iis competere in superiore Cap. demonstrauius.

Longe alia vero est ratio in liberis et nepotibus a patre exheredatis, quibus quidem non rite exclusis testamentum est nullum, causa vero non probata, inofficiosum, id, quod iam, quantum licet, defendemus. Primo itaque leges iusserunt, ut liberi sint *nominatim*, aut certe aliqua nominis loco adiecta demonstratione exheredandi^{d)}: qua quidem solemnitate neglecta filium pro praeterito habendum et testamentum tanquam ipso iure nullum et legibus contrarium impugnandum esse statuemus. Deinde non minus est cautum, ut exheredatio debeat fieri *pure et sine vlla conditione*^{e)}; quia *certo iudicio liberi a parentum successione renouendi sunt*^{f)}; unde exheredationem sub conditione factam nullo modo valere et testamentum ipso iure inutile esse colligimus, nisi filius et sub conditione institutus et sub contraria sit exheredatus: quo facto vtraque et institutio et exheredatio certe hac de causa non euertetur^{g)}, et testamentum ceteroquin rite conditum, si maxime, tanquam inofficio-

d) Pr. I. de exher. lib. L. I. 2. 3. D. de lib. et post. DVARENVS ad D. cod. iir. in Opp. T. I. p. 904.
e) d. L. 3. D. cod.

f) L. 18. D. de bon. poss. contr. rabb.
g) L. 4. C. de instir. et subst. sub cond. cf. DVARENVS c. l. p. 905.

officiosum poterit impugnari; nisi eam opinionem sequi velimus, quam Glossatores hodie communem dicunt: in eiusmodi testamento videri liberis tacite legitimam relictam esse ^{h)}. Tertium, quod leges in vnaquaque exheredatione obseruari vouerunt, versatur in eo, vt exheredatio fiat *a toto iure hereditario*, non solummodo abs re certa ⁱ⁾, porro, vt *ab omnibus heredibus*, non ab vna persona ^{k)}, et *ab omnibus gradibus substitutorum* ^{l)}, in primis autem vt *adiecta* sit testamento *heredis institutio* ^{m)}: quorum quidem omnium vno vel altero neglecto, non potest non ipsa exheredatio vitiosa esse, et eosdem effectus habere, qui sequuntur praeteritionem: ita quidem, vt testamentum ipso iure non subsistat, et liberis ac nepotibus querela nullitatis omnino competat. Tandem quod attinet ad *legitimam exheredandi causam*, constat esse distinguendum, vtrum ea exheredationi sit *adiecta*, an *secus*. Quodsi illud factum fuerit, iterum separemus oportet causam iniustam a iusta, sed postea non probata. Vtraque testamentum euertit, sed qua via, vtrum per querelam nullitatis, an inofficiosi, videamus. Antiquitus quidem vagas fuisse et arbitrio iudicum, maxime Centumuirorum, obnoxias exheredandi causas, iam dudum viri docti animaduertunt ⁿ⁾. Hinc, quia nihil certi leges praeceperant, exheredationem secundum eam, quam modo descripsimus, formam factam, licet causa maxime iniusta

h) DION. GOTHOFREDVS ad h. l. 4.

i) L. 19. D. *de lib. et post.* Quamquam enim institutio in re certa valeat, et inde inferri possit, etiam exheredationem hac in causa subsistere: monet tamen SCAEVOLA apud PAVLVM c. l. *aliam causam institutionis esse, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas.*

k) L. 3. §. 2. D. *eod.* L. 8. §. 3. D. *de bon. poss. contr. rabb.*

l) L. 3. §. 3. *sqq.* D. *de lib. et post.* L. 43. §. 2. D. *de vulg. et pup. subst.* cf. ANT. FABER *coniect.* L. VIII. c. 10. p. 177.

m) Solent quidem plerique in exponen-

dis exheredationis requisitis hoc omittere: sed recte demonstravit DVARENVS *ad tir.* D. *de lib. et post.* in *Opp.* T. I. p. 906. non valere exheredationem sine institutione heredis, propter L. 3. §. 2. D. *h. t.* quare et nos hanc inter reliquas exheredationis solennitates retulimus.

n) Potest hoc probari ex L. 17. D. *de inoff. test.* L. 2. §. 17. C. *de vet. iur. enucl.* in primis autem ex *Nou.* CXV. c. 3. et ex multis exemplis, quae VALER. MAX. VII. 7. et 8. attulit. cf. PEREZIVS *ad tir.* C. *de lib. praer. v. exher.* §. 16. VAN DE POLL c. l. c. 48. et EV. OTTO ad §. 5. I. *de exher. lib.*

iusta apposita, olim ipso quidem iure valuisse statuemus; eius vero aequitatem vel iniquitatem postea demum per se ientiam iudicis fuisse definitam; ita vt semper vsque ad IUSTINIANVM opus fuerit in hoc casu querela testamenti inofficiosi, tanquam ab initio quidem validi, sed accedente demum iudicis cognitione infirmandi. Postquam vero IUSTINIANVS per *Nou. CXV. c. 3.* incerta iuris antiqui principia correxerit, et certum causarum numerum definiuit, quae exheredationi locum facerent: non possumus dubitare, eam propter alias, quam quae *c. l.* commemorantur, causas non valere, et eiusmodi testamentum tanquam ipsis legibus contrarium nullo iure posse sustineri, ideoque ipsa nullitatis querela esse impugnandum. Secus vero statuendum erit, si exheredatio rite facta, causa etiam legitima sit adiecta, sed postea non possit probari. Tunc ipso quidem iure valet testamentum, quia omnia circa exheredationem legitime sunt obseruata: sed ex post per defectum desideratae probationis infirmatur. Quoties autem testamentum propter exheredationem ab initio quidem seruatur, sed propter aliquod vitium postea superueniens impugnatur, tunc semper instituitur querela inofficiosi, et propterea etiam in eo casu, si causa exheredationis ex post non possit probari. Hic vero non minus necesse est, vt tempora separemus. Etenim ante *Nou. CXV.* ab arbitrio scriptorum heredum pendebat, vtrum mallent ipsi ostendere, ingratos liberos contra parentes exstitisse, an liberis querelam mouentibus hanc probationem iniungere, quod obsequium debitum iugiter, prout ipsius naturae religio flagitaret, parentibus adhiberint ^o). Vnde MARCELLVS scribit ^p): *inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit. Et mox^q): verbi de inofficioso vis illa est, docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum.* Mutauit autem IUSTINIA-

NVS

o) L. 28. C. de inoff. test.

p) L. 3. D. cod.

q) L. 5. D. eod.

NVS hanc veteris iuris sanctionem per cit. *Nou. c. 3.* et causam exheredationis semper ab herede scripto probandam, non probata autem testamentum inofficiosum esse iussit.

Hactenus de causa non legitima et legitima non probata. Iam vero delati sumus ad decantatissimum *эгидос* pomum, quod viros doctos in diuersas plane distraxit sententias et mire cruciauit. Superest enim illa quaestio: *utrum causa exheredationis in testamento non expressa testamentum reddat inofficiosum, an nullum?* Illud quidem affirmarunt magna nomina, vt CHIFLETIVS ¹⁾, BOECKELMANNVS ²⁾, GVDELINVS ³⁾, VINNIVS ⁴⁾, VOETIVS ⁵⁾, VAN DE POLL ⁶⁾, REINOLDVS ⁷⁾, HVBERVS ⁸⁾ et alii; hoc vero non minoris famae viri, quemadmodum BACHOVIVS ⁹⁾, PAGENSTECHEVS ¹⁰⁾, BRVNNEMANNVS ¹¹⁾, COCCIVS ¹²⁾, BERGERVS ¹³⁾, HVBERVS ¹⁴⁾, DONELLVS ¹⁵⁾, DVARENVS ¹⁶⁾, vt reliquos praetermittam. Omnia redeunt in hac controuersia definienda ad sanam et vniuersi iuris rationi consentaneam interpretationem *Nouellae CXV. c. 3.* Nam ante hanc IVSTINIANI constitutionem propter causam exheredandi non expressam testamentum fuisse

- ¹⁾ *de iure fideic.* III. §. p. m. 342. ^{c)} *Stilim. ad LAVTERR.* Manip. III. p. m. 244 lqq.
^{f)} *Exercit. ad tit. D. de inoff. test.* p. 389. lqq. ^{d)} *Exercit. Instin.* XI. XII. p. 91. et 100.
^{t)} *de iure nouiss.* II. 4. ^{e)} *Iur. controu. ad D. cit. tit. qu. 7.* et 8.
^{u)} *Select. iur. quaest.* II. 21. ^{f)} *Oecon. iur.* Lib. II. tit. 4. th. 14. p. 273. vbi aduersarios falso provocare in Saxonia ad *Constit. El. 9. P. III.* docet b. BACHIVS ad h. l.
^{x)} *ad D. eod. n. 23.* ^{g)} *ad tit. D. de liber. hered. inst.*
^{y)} *e. l. c. 23.* ^{h)} *ad Auth. Ex causa, C. de lib. praeterit. vel exhered.*
^{z)} *e. l. p. 352. lqq.* ⁱ⁾ *ad tit. D. de iniust. rupt. cap. 3.*
^{a)} *ad I. tit. de liber. exher. §. 14.*
^{b)} *Comm. ad tit. I. de inoff. test. p. m. 514. lqq.*

fuisse inofficiosum, non possumus negare, quum modo demonstratum fuerit, ante eum non fuisse fixas exheredandi rationes: unde certo inferre possumus: tunc temporis, quia ad testamentum rite condendum, et excludendam nullitatis querelam sola exhereditatio sufficeret, nec lege quicquam super causa definitum esset, testamentum, si vel nulla plane adiecta fuerit, tamen non ipso iure, sed magis ex iudicis arbitrio corruisse. Fluit hoc ex latissima illa exheredandi potestate, qualem Cap. III. deduximus, et cui Centumviri sequentibus temporibus limites ponere ex aequitate sunt commoti, stricto quidem iure non exigente, ut causa exheredationis in testamento exprimeretur. Sed aliam omnino faciem induxit IUSTINIANVS per illam, cuius saepius mentionem fecimus, constitutionem, ex qua quidem quum omnis controuersia sit diiudicanda, placet ipsa verba graeca ^{b)} capitis 3. in fin. adicere, apposita latina versione vulgata.

Εἴτε τοίνυν πᾶσας τὰς εἰρημένας τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, εἴτε Οἰνεραῖς ἐξ αὐτῶν, εἴτε μίαν οἷαν δῆποτε οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ καὶ οἱ γεγραμμένοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ ὀνομασθεῖσας αἰτίας ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δεῖξειαν, τὴν διαθήκην τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν παρακελεύομεθα. εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφιλὰχθεῖν, μηδὲν γίνεσθαι πρόθεμα τοῖς ἀποκληρονόμων γεγραφεῖσι παισίν, ἀλλ' ὅσον εἰς τὴν ἔνστασι τῶν κληρονόμων ἀνήκει, τῆς διαθήκης ἀκυρωμένης, εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονο-

Sive igitur omnes memoratas in-gratitudinis causas, siue certas ex his, siue unam quamlibet parentes in te-stamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas caus-sas vel unam ex his veram esse mon-strauerint: testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem haec obseruata non fuerint, nullum exhereditatis liberis praeiudicium gene-rari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento euacua-to, ad parentum hereditatem liberos tanquam

E 2

b) Secundum editionem ANT. CONTII, Lugd. 1581. 12.

μίαν τὴν παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου ἐξ ἴσης μοίρας ἐρχοῦσθαι. ὥστε μὴ τὰς παῖδας πεπλασμέναις κατηγορίαις κατακρίνεσθαι, ἢ τινα περιγυράφην ἐν ταῖς τῶν γονέων περιουσίαις ὑπομένειν. Εἰ μὲντοι γὰρ συμβαίῃ ἐν τισὶ τοιαύταις διαθήκαις ληγᾶτα τινα ἢ Φιδεϊκόμισσα ἢ ἐλευθερίας, ἢ ἐπιτρόπων τινὰς δόσεις καταλειφθῆναι, ἢ ἄλλα οἰαδήποτε κεφάλαια τοῖς νόμοις ἐγνωσμένα ὀνομασθῆναι, ταῦτα πάντα κελύμεν πληρῶσθαι, καὶ δίδωσθαι ἐκεῖνοις οἷς καταλειφθῆ, ὡς εἰ κατὰ τὸ το μέρος μὴ ἀνατραπέισα ἢ διαθήκη ἐκράτει. καὶ ταῦτα μὲν περὶ τῶν διαθηκῶν τῶν γονέων διετυπώσαμεν.

tanquam ab intestato ex aequa parte peruenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si vero contigerit, in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum donationes relinquere, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus testamentis.

Haec IUSTINIANVS. Iam, si verbis eius interpretationis lucem afferre velimus, non possumus alium elicere sensum, quam hunc: si memoratas ingratitudinis causas, seu certe unam ex his parentes in testamento suo non inferuerint: testamentum non habet suam firmitatem, sed euacuatur, saltem quoad heredis institutionem. Hinc concludunt aduersarii, IUSTINIANVM in hoc casu decreuisse querelam inofficiosi; et hoc modo proprie τὴν διαθήκην ἀκυρῶσθαι καὶ ἀνατρέπεσθαι¹⁾. Sed annon idem etiam potest dici de testamento, quod ipso iure non valet? Nonne etiam THEOPHILVS^{m)} titulum, in quo praeter alia testamentorum inualidorum genera agit etiam de testamento non iure civili factō, inscripsit: ποίους τρόποις αἱ διαθήκαι ἀκυρῶνται? Inferunt porro, non posse esse testamentum nullum,

1) Hanc propriam esse τὴν ἀκυρῶσθαι vim, docere conatur PVFENDORFIUS *Obsf. iur. uniu.* Tom. II. *Obsf.* 9. §. 3.

m) Lib. II. Tit. 17.

nullum, quod pro parte subsistat, et ex quo legata, aut fideicommissa, aut reliqua, quae IUSTINIANVS commemorauit, debeantur. Certe autem non video, quomodo hoc possit esse impedimento, quum legislatori praeter omne dubium facultas competat, rem, quam ipso iure nullam declarauit, pro parte in quibusdam causis minus necessariis sustinere: certe enim legata et reliqua non faciunt naturam testamenti, sed sola heredis institutio: quae quidem licet pro nulla sit habenda, non tamen dicemus, legata etiam necessario corrui, si legislator expresse contrarium induxerit. Accedit, quod eos, quibus testamentum nullum pro parte validum tam ridiculum videtur, meminisse oporteat, eandem plane esse etiam in testamento inofficioso *divorciario*, cuius tantum pro parte rescissi non deficiunt exempla ⁿ⁾. Pugnat autem pro nostra sententia, qua liberis causa non expressa exheredatis nullitatis querelam competere affirmamus, quam maxime illa, quam supra allegauimus, regula: quodcunque legibus aduersetur, id ipso iure nullum esse; in qua quidem applicanda quum iam REYNOLDO responderimus, non opus habemus, eam pluribus hic persequi. Reliqua argumenta, quae potissimum BACHOVIVS et COCCIVS pro nostra sententia attulerunt, repetere nolumus, ne praeter necessitatem copiosi fiamus. Vnum adhuc dubium soluendum superest. Quum enim verba IUSTINIANI laudata in eum modo casum transtulerimus, vbi ingratitudinis causae testamento non sunt insertae: sane quis posset vrgeri, nos huic loco iniustam facere vim, et excludere ab hac constitutione causas insertas quidem, sed non probatas; in quibus tamen IUSTINIANVS paria omnino iura sanxisse videatur. At primum quidem, quod supra iam monuimus, alia est ratio in causa expressa, sed non comprobata: quae testamento gignit vitium superueniens et propterea querelae inofficiosi locum facit, alia in causa statim ab initio non existente, quae huiusmodi est comparata, vt

n) v. g. in L. 15. §. vlt. D. de inoff. test.



vitium testamento non ex post facto, h. e. non ex non sequuta probatione afferat, sed rationem infirmitatis ab ipso momento conditi testamenti comprehendat. Deinde etiam, licet IUSTINIANI verba in priori casu de testamento nullo sint intelligenda, eadem tamen etiam huius apparent esse indolis, ut non minus possint applicari ad casum posteriorem, et testamenti per causam non probatam inofficiosi rescissionem, salva tamen prioris interpretatione.

Sic itaque nostram nos exposuisse sententiam sufficiat; ita ut, si cui alia placeant, per nos liceat. Vidimus, quaenam personae aut praeteritae aut exheredatae, et in quibus causis testamentum possint dicere nullum aut inofficiosum: iam vero multae adhuc superessent differentiae inter utrumque testamentorum genus, quas si protinus persequi velimus, certe fines, quales huius libelli esse debent, excederemus. Alio igitur tempore, si Deus nobis haec otia faciet, ad finem perducemus, quae infecta nunc relinquimus. Ut tamen de proposito nostri ratione possit iudicari, placet saltem indicare eas differentias, quas in futurum aliquando copiosius perillustrabimus. Itaque praeter duas, de quibus hactenus sumus loquuti, supersunt, quae sequuntur: *tertia*, quod per querelam nullitatis totum testamentum corruat, per inofficiosi actionem sola heredis institutio, salvis reliquis ultimae voluntatis partibus. *Quarta*, quod, qui nullitatis remedio non obtinuit, omnia tamen emolumenta ex testamento retineat: contra, qui inofficiosi querela cecidit, perdat, quaecumque ipsi in testamento sunt relicta. *Quinta*, quod querela inofficiosi sit et odiosa et subsidiaria: nullitatis non. *Sexta*, quod inofficiosi querela praescribatur intra quinquennium, nullitatis intra ordinarium praescriptionis tempus. *Septima*, quod querela nullitatis transeat indistincte ad heredes, inofficiosi autem tum demum, quando ab ipso excluso praeparata fuit, exceptis nepotibus. *Octava*, quod ex testamento nullo iure civili nemo hereditatem adire possit, ex rescindendo omnino. *Nona*, quod posterius

sterius testamentum nullum non rumpat prius, rescindendum omnino, modo hoc recte conditum sit et perfectum. *Decima* denique differentia, quod nullitatis causa ab excluso, ingratitude autem ab herede scripto, mota inofficiosi querela, sit probanda. Quam autem ab initio huius dissertationis imploravi arbitratorum et lectorum indulgentiam, ut, quae minus accurate protulerim, ea ingenii iuuenilis imbecillitati et argumenti lubricitati condonare velint, eandem iteratis precibus obseruantissime rogatam esse cupio.



CLARISSIMO RESPONDENTI

S. P. D.

PRAESES

Recipe perlectam a me dissertationem TVAM. Vere TVA est! tota TVA! Nihil in ea correxi, pauca addidi. Sit itaque et gloria sola TVA, quando, ut spero, viris doctis non displicebit. Hoc certum est, TE eruditionis, assiduitatis ac diligentiae TVAE monumentum magis apparens aedificare non potuisse. Quem lustrare volebas locum iurisprudentiae nostrae, eum totum excussisti et adhuc mox excuties; quod non minorem laudem mereri videtur, quam si integrum nouorum consiliorum libellum, de emendandis maiorum optimis legibus, aut si nouam methodum de regunda per leges naturae iurisficientia criminali miscendaque cum delictis puniendis disciplina morali, aut alia noua, in quibus hodie tam multi sibi placere solent, in medium protulisses. Ceterum, quemadmodum ego vehementer laetor, quod

iterum

iterum mihi facultas nata fit, aliquem iuuenem doctum, qui mihi, quamuis non ipsa natiuitate, tamen educatione ac domicilio cuius fit, quemque iam olim viderim sub auspiciis meis disciplinis scholasticis operam dare, nunc absolutis academicis studiis, in publicum producere: ita TIBI, HUMANISSIME HAVBOLDI, hunc TVVM diem ex animo gratulor, gratulor eundem parentibus TVIS honestissimis, optoque, vt per vitam TVAM nihil fit, quod frustra desideres. De meo in TE animo forte TV ipse non dubitabis. Sic vale.

1748

...

HAMBURGI, Anno 1748 die 10 Junii

LIPSIÆ

EX OFFICINA SAALBACHIA



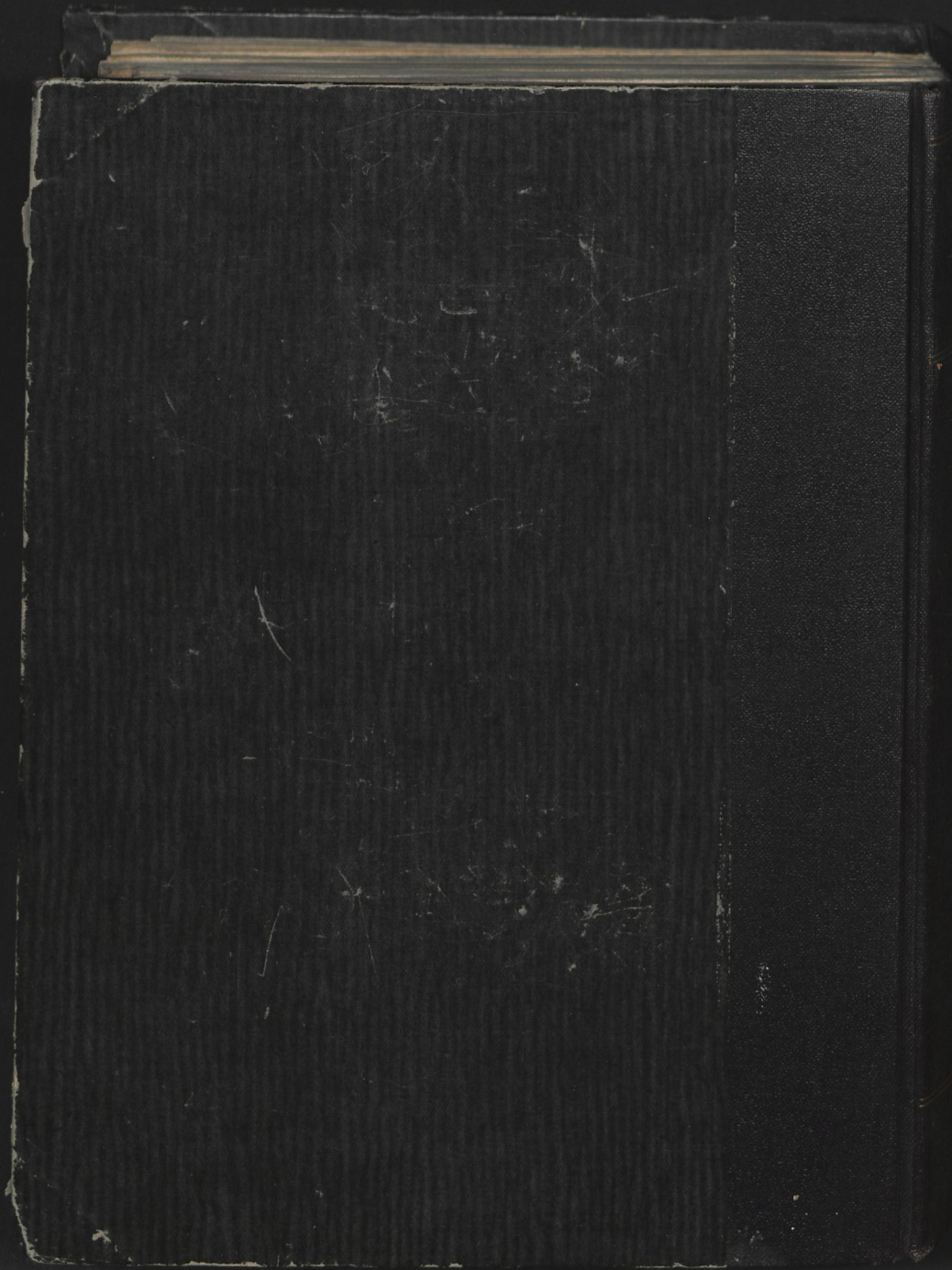
ULB Halle
006 378 986

3



1078





DISSERTAT
DIFFER
TESTA
NV
ET IN
PA

PR
D. CAROL. GO
IN ACAD. LIPSIENS
FACVLTATIS

DIE XXX. DECE

CHRISTIAN. G
ART



+ 78

R
VM

CKLER

RIO

II



BOLD

682 d

