IOS. MATH. ROSMANN
I. V. D.
SVPREMORVM TRIBVNALIVM MOGONORVM ADVOCATVS
ET IVRISPRVDENTIAE REPETITOR PVBLICVS.

DE SVCCESSIONE CONCVBINAE SI SOLA SVPERSTES SIT.

AD ILL. NOV. 18. C. 5. ET NOV. 89. C. 12.

EARVMQVE ADPLICATIONEM IN GERMANIA.

SVMPTIBVS PETR. ADOLPH. WINKOPP
ET SOCIETATIS.

MAGVNTIAE,
Ex Typograph. Elect. Aul. acad. priu. apud I. I. ALEF
haered. HAEFFNER.
1788.

DE
SVCCESSIONE CONCVBINAE
SI SOLA SVPERSTES SIT.

AD ILL. NOV. 18. C. 5. ET NOV. 89. C. 12.

CAPVT I.

DE SVCCESSIONE CONCVBINAE ROMANAE, SI SOLA SVPERSTES SIT.

§. I.

Succesſionem concubinae, ſi ſola ſuperſtes ſit, liberis ſuis mortuis, in haereditatem eorum patris, nec leges Reipubl. romanae, nec imperatorum expresſerunt; neque vero illam ab omni ſuccesſionis iure repulſam disſertis verbis enunciant, neque etiam commentatores ſiue interpretes iuris hac ſuper re aliquid ſtabiliuerunt, aut exſtat obſer-

vantia nata ex iudicatis publice collectis. Omnino mihi ergo dignum videtur, perquirere, quaenam ſucceſſio ex interpretatione et analogia legum concubinae ſoli, mortuis liberis, competere videatur.

Antequam autem ad ipſam huius quaeſtionis deciſionem progrediar: dicendum mihi erit de legibus hac ſuper re latis, et ita quidem, ut temporis, quo euulgatae ſunt, ratio habeatur; huius enim ſeries disputationis ipſius fundamentum erit.

§. II.

Ante legem Papiam Poppaeam, quum ſua bonis moribus adhuc reuerentia ſtaret, concubinatus omnis, ſiue cum pellice esſet, ſiue cum concubina, publico iudicio esſe contra honorem habitus eſt, contra leges, contra pudorem *a*); neque etiam tum, quomodo ſucce-

a) Joh. Gottl. Heinecc.. ad leg. Jul. et Pap. Popp. commentarius. Amſtelod. 1726. p. 165.

Habitum concubinae romanae ad exemplum concubinae graecae et Hebraicae praeclare expoſuerunt: Seldenus vx. hebr. Nicolay de ſinae-

ſuccedere deberent liberi ex concubinatu orti? quaeſtio eſſe poterat; Reipublicae igitur lex eſt nulla, qua de concubinatu aliquid ſit definitum: lege autem Papia Poppaea pellicem inter et concubinam discrimen factum eſt. Pellex, quae cum viro, cui vxor erat, corpus miſcuerat *a*), nullo legum fauore fruita eſt; ſecus latum de concubinatu, quum vir caelebs eo ſe animo vxori addiceret, vt ſibi inſtar vxoris eſſet, quin legitimum tamen coniugium vellet *b*); concubina quidem eiusmodi caruit matronalibus ornamentis, nec ſub patria poteſtate erant liberi ex illa procreati, ab vxore tamen ſolo animi delectu et deſtinatione differebat, eratque in matrimonio quaſi inaequali *c*). Hac igitur lege concubinatus ius ſuum obtinuit.

§. III.

ſinaedriis aegyptior. Dion. Halicarn. hiſt. rom. l. 1. c. 10. ex quibus loculos ſuos inſtruxit Chr. Vlric. Grupen in vxor. Theod. c. 1. 2. G. H. Ayrer diſſ. de ritu connubior. ap. rom. c. 1. Rationem ſtatus inde feſtiue deriuat ill. Winklerus Diſſ. Ratio ſtatus pronuba.

a) Andr. Duckerus de latinit. ict. pag. 157.

b) Paull. Libr. II. Sent. tit. 20. §. 1.

c) L. 3. C. de natural. liberis.

§. III.

Sed quid percipere ex bonis viri, quocum illis consuetudo esset, concubinae possent, decretum erat nihil; maior autem in illas indulgentia fuit legum, quae hanc sequutae sunt: et quidem 1) L. 45. ff. de vulg. et pupill. substitut. qua sancitum: patrem liberos suos naturales pro arbitrio instituere haeredes posse, quin lex quaedam amori paterno erga liberos fines posuisset, 2) L. 32. ff. de donat. et L. 3. §. 1. ff. de donat. inter vir. et vx. et L. 16. ff. *de his, quae vt indignis auferuntur*, quibus cautum, concubinas non modo donari, sed et haeredes ex asse institui posse.

§. IV.

Fuit is concubinarum status vsque ad aeuum Constantini I. imperatoris, qui christianam religionem professus concubinatum illius praeceptis aduersum proscribere e finibus imperii conatus *a*), concubinas ciuibus suis esse

a) Heinecc. ad L. Jul. et Pap. Popp. l. c.
Thomasius in diss. de concubinatu.
Heinecc. Antiq. iur. rom. in append. ad Lib. I. §. 43.

esſe vxores voluit, reſtrinxitque leges, quae liberum faciebant patri, donare, quod vellet liberis naturalibus, ſeu nominare haeredes. Diſcimus id ex conſtitutione Valentiniani in L. 1. cod. Theodoſ. *de filiis naturalibus*, licet nondum nouerimus, in quo proprie ſitae ſint hae reſtrictiones *a*).

§. V.

a) Gothofredus ad L. 1. cod. Theodoſ. de naturalibus filiis, et matribus eorum ſic loquitur: „ Sentio Conſtantinum M. liberis naturalibus ius „ acciſum tribuiſſe, quatenus autem acciſum fue„ rit ex L. 1. cod. *de natur. liberis* ex parte colli„ gere licet. „ Quidquid, inquit, talibus liberis „ pater donauerit, ſeu illos legitimos, ſeu na„ turales dixerit, totum retractum legitimae „ ſoboli reddatur, aut fratri, aut ſorori, aut „ patri, aut matri." Quodnam autem ius fuit „ naturalium? Scilicet, vt poſt legitimam de„ mum ſobolem, item, poſt patrem, matrem, „ fratrem et ſororem, patruos, agnatos ca„ pere posſent; illis vero ſuperſtitibus nihil. „ Maneat itaque liberis naturalibus a Conſtan„ tino M. legitimis omnibus demum deficien„ tibus, etiam fratribus ſeu patruis, capiendi „ ius quoddam relictum fuisſe."

§. V.

Imperatores Valentinianus, Valens, Gratianus lege dicta rigorem Constantini temperaverunt, data patribus libertate, donandi tam filiis suis naturalibus, quam concubinis, testandique illorum beneficio *a)*. Statutum enim est L. 1. cod. De naturalibus filiis et matribus eorum, anno 371:

„ Placuit,

---

a) Pergit Gothofredus l. cit.: „ Erroneum puto, „ quod nonnulli scribunt, Constantinum prohibuisse in vniuersum, naturales filios quidquam ex patrum testatorum, siue *intestatorum* hereditate consequi. Maneat, hunc Constantini M. rigorem humanitate quadam a Valentiniano seniore hac lege inflexum; at quomodo? Nempe constituit, vt ex vltima voluntate, vel donatione patris, etiam existentibus liberis legitimis, aut patre, matreue, naturales liberi, vna cum matre aliquid capere possent, sed vnam tantum unciam; superioribus vero deficientibus, tres vncias; neque ideo tamen ad ius vetus rediit Valentinianus, quo constat, naturales liberos plenum capiendi ius habuisse, quod docet L. 45. ff. de vulg. et pupill. substitut.

„ Placuit, manentibus cunctis, quae de
„ *naturalibus liberis* constantinis legibus
„ cauta sunt, haec tantummodo tempe-
„ rare, vt is, qui haeredem haeredesue
„ filios ex legitimo matrimonio, vel
„ nepotes, patrem quoque matremue di-
„ mittit, si ex consortio cuiuslibet mu-
„ lieris naturales susceperit, vnam tan-
„ tum bonorum suorum, et haereditatis
„ vnciam naturalibus, vel mulieri donan-
„ di, aut relinquendi habeat facultatem;
„ siquis vero nulla ex his, quos excepi-
„ mus, superstite moriatur, atque ex
„ muliere, quam sibi adiunxerat natura-
„ lem, pluresue dimittat, *vsque ad tres*
„ *tantum*, si voluerit, *vncias*, *tam in*
„ *mulierem*, *quam in naturales*, quo
„ maluerit iure, transscribat."

§. VI.

Gothofredus in commentario ad hanc legem constitutionem istam *constantinianeam humaniorem* adpellat, quam deinde Imperatores Theodosius et Valent. L. 2. Cod. Theodos. de naturalibus filiis anno 428. expressis his verbis confirmarunt:

„ Ne

„ Ne naturales liberi, eorumque matres
„ legis, quae nuper lata est, adsperitate
„ premantur.

a Valentiniano itaque III. hac lege 2. abrogatur constitutio Constantini de nouo iubentis; et citata lex prima Cod. Theodos. a Valentiniano I. Valente et Gratiano restauratur *a*).

§. VII.

Arcadius et Honorius iam anno 403. confirmarunt partem constitutionis Valentinianae, Valentis et Gratianae verbis, quae exstant in L. 2. cod. Justin. *de naturalibus liberis et matribus eorum*:

„ Matre vel legitimis filiis, vel nepoti-
„ bus, aut pronepotibus cuiuscunque se-
„ xus, vno, pluribusue exsistentibus: bo-
„ norum suorum *vnam* tantum *vnciam*
„ *pater naturalibus filiis seu filiabus,*
„ *eorumque genitrici, vel si sola sit*
„ *concubina, semiunciam largiendi*
„ *vel relinquendi habeat potestatem.*"

§. VIII.

a) Gothofred. ad alleg. L. 2. Cod. Theodos.

§. VIII.

Postrema huius legis verba: si sola sit concubina, semiunciam largiendi vel relinquendi habeat potestatem, in allegata codicis Theodosiani lege 1. a Valentiniano et Valente lata non continentur; addita ergo sunt confirmationi Arcadii et Honorii, quorum lex in codicem Justinianeum relata est, et vel noua sunt constitutio, vel extensio prioris, notatuque mihi dignissima ad dirimendam quaestionem, de qua praesens est disputatio, quum genuinum legis antecedentis sensum explicent; lex enim codicis Theodosiani statuit: vxore, vel liberis legitimis non exsistentibus, liberis naturalibus et concubinae ex haereditate paterna tres vncias linqui posse; exsistentibus autem, seu vxore, non amplius vna; hac vero lege codicis Justinianei disserte sancitum: vnciam illam concubinae quoque, si sola superstes sit, linqui mediam posse. Nihil quidem definit lex circa naturales, si, mortua concubina, soli superstites sint, sed consectaneum videtur, ob rationem legis diuidendam inter illos esse hanc vnciam, quod ipsum iam commentatores in sic dicto corpore iuris glossato innuerunt, his verbis:

„ quid

„ quid, si soli filii? dic semiunciam, alii
„ dicunt vnciam."

§. IX.

Amplificantur hae constitutiones ante Iustinum latae in fauorem naturalium et concubinarum a Iustiniano L. 8. Cod. de natural. liber. et matribus eorum, verbis:

„ Humanitatis intuitu naturalibus patri-
„ bus hoc indulgemus, vt liceat eis,
„ nulla legitima sobole vel matre subsi-
„ stente, naturalem vel naturales filios,
„ matremque eorum non tantum ex tri-
„ bus vnciis (quod praecedentes leges
„ permittebant) sed etiam ex duplici
„ portione, id est, sex vnciis haeredes
„ scribere: vt licet ab intestato nullam
„ communionem ad patris naturalis suc-
„ cessionem habeat, ex suprema tamen
„ eius voluntate permittatur eis, vsque
„ ad praedictas sex vncias, (si hoc scili-
„ cet naturalis pater voluerit) haereditatem eius capere, quam quantitatem et
„ in legatis, et in fideicommissis eis re-
„ linquendis, et dotibus, et donationibus
„ tam aliis, quam ante nuptias, vsque

„ ad

„ ad ſex vnciarum aeſtimationem, libe-
„ ram ſimiliter naturalibus eorum patri-
„ bus damus poteſtatem.

Diſertisſimis igitur verbis ab initio huius legis causſam exponit Iuſtinianus, qua impulſus hanc legem tulit, prouocans ad humanitatem patrum.

§. X.

Leges in medium allatae verſantur circa id, quid, quantumque pater naturalibus ſuis, et illorum matri, ſi teſtatus decedat, vel ex donatione relinquere animi beneuoli causſa posſit. Reliquum eſt, exhibere leges, quae disponunt, quid pater inteſtatus relinquat naturalibus ſuis et eorum matri, ſi nec vxor nec filii legitimi illi ſint? in quibus Iuſtinianus maiore illos fauore proſequitur, quam quo et Theodoſianus, et Iuſtinianeus codices vſi erant, definitque, quid, ex habita iam humanitatis ratione, pater, ſi inteſtatus moriatur, illis relinquat? et quidem:

1) Nouell. 18. cap. 5. quod inſcriptum eſt: *De concubinis et naturalibus liberis, et quomodo hi ab inteſtato ſuccedant?*

„ Con-

„ *Consideremus autem aliquid ad solam na-*
„ *turam clemens*, multi namque molesti
„ sunt nobis semper, precesque crebrae,
„ et flentes filii; et *semper equidem ali-*
„ *quid clemens definimus*: sed quia non
„ hoc cum lege agimus, erubescimus;
„ ideoque caussae etiam legem adiicien-
„ tes, ipsi quidem populos remouebi-
„ mus, dabimus autem omnibus, habere
„ ex lege remedium; quia enim testari
„ naturalium filiorum patribus etiam ipsis
„ dedimus, legitima quidem exsistente
„ prole vsque ad vnam solam vnciam,
„ quam habebunt vna cum matre (id
„ quod etiam ante fuit.) filiis autem non
„ exsistentibus legitimis vsque ad medie-
„ tatem totius substantiae: hoc dicunt a
„ nobis positae leges, non in testamentis
„ solum patribus concedentes hoc agere,
„ sed etiam aliis munificentiis, quas et
„ superstites donant."

„ *Praesens autem lex de iis, quae ab in-*
„ *testato sunt, loquitur, et noui aliquid in-*
„ *troducit.* Nunc enim, si quis moriens,
„ legitima sibi penitus sobole non exsi-
„ stente, neque vxore legitima, proinde
„ moria-

„ moriatur, non dispoſita ſubſtantia, et
„ veniat cognatio forſan, ſit autem ei do-
„ mi, donec viuit, libera mulier, in ha-
„ bitu concubinae cum eo degens, et filii
„ ex ea (talibus enim ſolis haec ſancimus,
„ *vbi omnino indubitatae ſunt*, ſiue con-
„ cubinae in domo habitae, ſiue natura-
„ lium ibidem proles), et nutrimentum
„ damus eis, et inteſtato parentibus mo-
„ rientibus, duas habere vncias paternae
„ ſubſtantiae cum matre partiendas, quan-
„ ticunque fuerint filii, *ita, vt pro portio-*
„ *ne vnius filii et mater accipiat.* Et
„ haec dicimus, ſi vni concubinae coha-
„ bitauerit, et filios ex ea habuerit, aut
„ praecedente concubinae morte forſan,
„ aut diuiſione filii domi ſint, tunc enim
„ damus eis duarum vnciarum ſucces-
„ ſionem.

„ Valebit itaque haec lex nobis in fu-
„ turis, et maxime omnium haec: quo-
„ niam earum, quae dudum non recte
„ tenebant, plurima et emendauit, et
„ explanauit, et quod praeteriit, non
„ poteſt ab ea, quae nondum erat, regu-
„ lae ſubiici.

2) Ma-

2) Maiorem huic nouellae lucem adfundit Nou. 89. cap. 12. cuius inſcriptio eſt: *de ſucceſſione omnium naturalium filiorum*:

„ Ordinandum eſt iam etiam de ſucces-
„ ſionibus naturalium. Valenti ſiquidem,
„ et Valentiniano, et Gratiano diuae me-
„ moriae primis placuit, *humanum ali-*
„ *quid agere circa naturales*, et, ſiqui-
„ dem ſit naturalium legitima ſoboles,
„ vna vncia eos dignos eſſe fecerunt, et
„ hanc cum ſua matre; non donari, ne-
„ que ex vltima dari voluntate vlterius
„ aliquid permittentes: *Si vero filii qui-*
„ *dem non ſint naturales, concubinae ve-*
„ *ro ſolummodo iis*, qui non habeant vti-
„ que coniugem, (hoc etenim tantum
„ concubinam habentibus eſt conſcriptum)
„ *mediam vnciam ſolam donantes*. Si vero
„ filiorum legitimorum non ſint paren-
„ tes, et neque patrem neque matrem
„ habeant, vsque ad tres vncias relin-
„ quere eis aut donare permisſi ſunt, et
„ hoc cum matre. — — Hoc quod
„ Theodoſii ſenatoris filii, licet non per-
„ fecte, ſanciuerunt.

„ Nos

„ Nos igitur (§. 1.) *etsi prius humana*
„ *vsi lege* pro tribus vnciis, sex vncias
„ eis, filiis legitimis non exstantibus, per
„ patrum magnificentiam dedimus: sed
„ tamen ex iis, quae subinde proueniunt
„ caussis, *perfectius simul, clementiusque*
„ *considerantes*, praesentem ponimus le-
„ gem: — —

„ Vt siquidem (§. 2.) quispiam ha-
„ buerit filios legitimos, non possit filiis,
„ eorumque matri vltra vnam relinquere
„ vnciam, aut donare naturalibus, aut con-
„ cubinae (hoc enim proprium prioris
„ iudicamus esse constitutionis). Sed et,
„ si quid amplius dare tentauerit quoli-
„ bet modo, hoc fieri filiorum legitimorum
„ *vel si filii non sint, concubina vero so-*
„ *lummodo*, huic mediam vnciam relin-
„ qui, aut donari concedimus.

„ Si vero filios non habuerit quispiam
„ legitimos: (§. 3.) testatori licentia sit,
„ etiam in duodecim vncias scribere filios
„ naturales haeredes. Et haec dicimus
„ super iis, qui in scriptis et legitimis
„ voluntatibus disponunt suam substan-
„ tiam.

„ Siquis

„ Siquis autem (§. 4.) defunctus fue-
„ rit, legitima ei omnino ſobole non ex-
„ ſtante, neque legitima coniuge, deinde
„ moriatur non disponens de ſubſtantia
„ ſua, et veniat cognatio forſan; ſit autem
„ ei, donec vixerit, libera mulier in
„ ſchemate concubinae ſociata, et filii ex
„ ea (talibus enim ſolummodo hoc ſanci-
„ mus, ubi omnino indubitatus eſt et con-
„ cubinae in domo adfectus, et filiorum ibi-
„ dem proles), et alimentum damus eis, et
„ inteſtatis parentibus defunctis duas pater-
„ nae ſubſtantiae vncias habere, cum matre
„ partiendas, quanticunque fuerint filii:
„ *et vnius filii portionem mater accipiat*,
„ et hoc dicimus, ſi vni concubinae ſo-
„ cietur, aut filios ex ea habeat, aut
„ etiam praecedente concubina, morte
„ forſitan, aut ſeparatione, filii ei domi
„ ſint: tunc enim damus eis ab inteſtato
„ ad duas vncias vocationem.

§. XI.

Atque hae ſunt praecipuae leges, quae, quid liberis naturalibus pater, quid concubinae inteſtatus relinquat, disponunt; disgre-

dien-

diendum nunc ad casus, quibus adplicari leges debent, quorumque in illis decisio expressa est.

§. XII.

Et primo quidem agendum de portione haereditatis, quam pater testatus liberis suis naturalibus, et concubinae ex arbitrio legum relinquere possit. Nouella 89. c. 12. expressis verbis disponit, naturales cum concubina, si patri vxor sit, et legitima proles, vnicam tantum vnciam ex eius haereditate capere posse; mediam largitur concubinae soli, si filii naturales haud exsistunt. Quodsi autem nec vxor nec proles legitima domi sint: liberum est patri, vti voluerit, de bonis suis disponere, ita, vt naturales ex asse possint scribi haeredes. Atenim silente lege de concubina, quaestio esse potest, quam sibi partem haereditatis in casu substrato vindicare illa possit? Verum tamen, quum leges, quae nouellam praecedunt, haud ambiguum relinquant successionis ius, quo et concubina gaudet, et filii naturales, quumque hac ipsa nouella concubinae simul ac filiis naturalibus sua sit ex aequo dimensa portio, si vxor et legitimi exsistunt: facile inde est inferre, legislatorem sub hac lege

concubinam quoque comprehendere voluisse, pari adductum, quae legis ipsius erat, ratione, *humanitate nimirum et clementia in vtrosque.*

§. XIII.

Considerandum deinde, quam haereditatis portionem concubina nanciscatur, si pater intestatus decedat? et probe quidem discernere oportet casus, de quibus decidunt leges, ab his, de quibus nihil. Relicta enim 1) a patre vxore et prole legitimis, excluduntur naturalis et concubina, quamquam alimenta illis congrua largienda sint *a*); his vero 2) non relictis iuxta nouellam 18. c. 5. naturales sextantem sibi habeant cum matre partiendam, cuius esse partitio varia potest, pro varietate casuum, qui emergere queunt; vel enim α) sunt naturales vna cum concubina, vel β) soli absque illa, vel γ) concubina sola.

§. XIV.

Si *primum:* distribuenda est in capita portio naturales inter et concubinam nulla habita ratione

a) Joh. Christ. Koch de Succes. ab intestato Gies. 1776. §. 31.

ratione, an plures adſint filii, num vnus tantum; tantum ergo capiet mater, quantum ſinguli. Si *ſecundum:* viuis nimirum naturalibus et mortua concubina, ſextantem ſibi in capita illi habent, de quo ipſo lex clare disponit. Si *tertium* denique: nihil expresſe decidunt leges: et haec eſt quaeſtio controuerſa hac disputatione illuſtranda.

§. XV.

Nouella 18. c. 5. et 89. c. 12. enunciatum eſt, quae et quanta ſit ſucceſſio viuente, a patre mortuo, concubina cum filiis, et viuentibus illis ſolis; quae vero concubinae, ſi ſola ſit ſuperſtes, edictum nihil. Eſſe autem videtur pro concubinis integra hiſtoriae ſeries, quae hanc legislationis romanae partem refert, esſe ratio habita in ferendis his legibus ſuperius adlegata, humanitas et clementia poſt conſtantini tempora orbitatis illius ſortem miſerata, esſe denique analogia legum romanarum et ante et poſt Conſtantinum latarum, quibus et fieri donationes concubinis, et linquere ex teſtamento portionem, permisſum eſt.

§. XVI.

Est iuris communis regula, ubi in ancipiti haeret iudicis animus, benigniorem sententiam *a*) esse amplectendam, et, ex mitiore legum interpretatione deflectere mentem, et iustius simul, et tutius esse *b*). Legis autem ipsius cum hac regula disfidium foret, si, quamquam fundatam se ferret humanitate et clementia, illius tamen effato hanc haereditatis portionem, si sola sit, concubina amitteret, quam, viuis liberis, consequutura fuisset.

§. XVII.

Nouellae adlegatae decidunt ambae simul, quid intestatus relinquat, et quid testatus relinquere pater concubinae et liberis naturalibus possit? quum, quae praecessere, codicis leges tantum definiant, quid dare possit pater, si testatus decedat; conditae ergo sunt ad normam illarum, quas codex refert, et a patre testato ad intestatum transeunt, adeoque sunt quasi

a) L. 25. ff. de R. J.

b) L. 192. ff. de R. J.

quasi quaedam continuatio antecedentium legum; quod ipsum adparet 1) per nouell. 18. c. 5. verbis:

„ Quia testari naturalium filiorum pa-
„ tribus iam dedimus, legitima exsi-
„ stente prole, vsque ad vnam vnciam;
„ legitimis autem non exsistentibus ad
„ medietatem totius substantiae, *hoc di-*
„ *cunt a nobis positae leges; praesens au-*
„ *tem lex de iis, quae ab intestato sunt,*
„ loquitur.

Porro id demonstrat nouell. 89. c. 12. verbis:

„ Valentiniano placuit humanum ali-
„ quid agere circa naturales, — si sit na-
„ turalium patri legitima soboles, vna
„ vncia eos dignos esse fecerunt. — Si
„ vero filii quidem non sint naturales;
„ concubinae vero solummodo iis, qui
„ non habeant coniugem, mediam vn-
„ ciam solam donantes. — *Nos igitur*
„ *prius humana vsi lege, perfectius simul*
„ *clementiusque considerantes, praesentem*
„ *ponimus legem.*

Inde

Inde inferre licet veram legum continuationem, et constituere illas cum legibus codicis hac super re latis totum quoddam legale, quoniam in omnibus eadem exstat legislatoris ratio, idem subest humanitatis et clementiae studium; idemque animus opitulandi miseris; immo id ipsum comprobat tota nouellae series, in cuius initio lex codicis praecedens repetitur, augeturque decisione noua, si intestatus decedat pater. Atenim vbicumque lex posterior prioris est continuatio, et si eadem vtrique subsit ratio: inferri profecto optimo iure licet, conditam illam esse tum ad normam, tum in sensu ipso prioris, et eadem ergo ratione esse interpretandam. Lex itaque posterius lata in locis, in quibus non ita, vti prior, disserte enunciat, ex sensu prioris necessario est explicanda, etsi maiorem posteriore extensionem habeat, quarum positionum, quae hermeneutica fundantur, ad loca in nouellis obscura fieri nunc adplicatio debet *a*).

§. XVIII.

---

a) Probauit hanc ex codicibus Theod. et Justinianeo nouellas explanandi rationem exemplorum serie numerosa Jac. Gothofred. ad Tom. I. Cod. Theod.

§. XVIII.

Nouella 18. et 89. l. c. naturalibus liberis, si pater absque legitimis diem suum obiit intestatus, duas vncias paternae haereditatis cum matre partiendas indulget: Nouella 89. concubina mortua, filiis naturalibus has ipsas duas vncias sorte aequali inter se diuidendas permittit; adfirmandum ergo puto ex rationibus iam adductis, si naturalibus mortuis concubina sola superstes sit, voluisse Iustinianum, casu hoc in nouella sua licet praetermisso, vt successio in duas vncias ab intestato eodem in sensu acciperetur, quem Honorius et Arcadius de successione in vnam vnciam, si testatus decedit pater, in lege sua expresserunt verbis:

„ Si sola sit concubina, semiunciam re-
„ linquendi et largiendi habeat potesta-
„ tem.

Quin

Theod. I. H. Eccard hermeneut. iuris Lib. 2. c. 1. et qui alios praecessere, Alb. Gentilis tr. de libris iur. ciu. §. 18. Iul. Pacius in analys. LL. cod. etc.

Quin immo, quum ipſe Iuſtinianus, ſi teſtato pater moritur, in eadem nouella 89. c. 12. expresſis verbis adſerit:

„ Vel ſi filii non ſint, concubina vero
„ ſolummodo, huic mediam vnciam re-
„ linqui, aut donari concedimus.

facile inde eſt concludere, non voluisſe imperatorem, vt aliquod e lege ſua detrimentum emergeret concubinae patre ab inteſtato moriente, ſi ſola absque liberis ſuperſtes ſit.

§. XIX.

His adductus rationibus arguo, concubinam, mortuis naturalibus ſolam ſuperſtitem, dimidium ſextantis ex haereditate patris absque legitimis et vxore mortui eodem iure petere posſe, quo illi ſoli ſuperſtiti pater mediam vnciam relictis vxore, liberisque legitimis legare ex teſtamento poterat.

§. XX.

Obſtare quidem videtur: in inſcriptione nouellae 18. c. 5. de concubinis, et liberis naturalibus, et quomodo *hi* ab inteſtato ſuccedant,

dant, pronomen: *hi* positum esse, adeoque in naturales tantum referri legem, exclusa concubina; sed 1) est id grammaticis proprium, inflecti pronomina ad genus principale animatorum, quod masculinum est. 2) Argumentum hoc nimium probaret, quum ex hoc sequeretur, concubinam neque cum naturalibus partem capere sextantis, quod nouellae manifesto est contrarium.

§. XXI.

Obiici quoque posset: verba nouellae adlegatae 18. c. 5.

„ Vbi omnino indubitatae sunt siue con-
„ cubinae in domo habitae, siue natura-
„ lium ibidem proles "

in sensu copulante esse explicanda, vt hoc ex versione Hombergkiana latina nouellarum constitutionum *a*) et ex verbis nouellae 89. c. 12. §. 4. adparet:

„ tali-

a) Nouellae constitutiones Dn. Iustiniani a Ioh. Frid. Hombergk zu Vach, Marburgi Cattorum 1717. 4.

„ talibus enim ſolummodo hoc ſancimus
„ vbi omnino indubitatus eſt et concubi-
„ nae in domo adfectus, et filiorum ibi-
„ dem proles "

id autem parentheſeos tantum loco poſitum, ad licitum apud Romanos ab illicito concubitum diſtinguendum ſimulque dandam iuridicam concubinae ideam, quae esſet capax ſucceſſionis, quae videlicet adfectu et moribus vxorem imitaretur cuiusque etiam memoriam ſub nomine vice coniugis in monimentis marmoreis interire voluerunt, in antitheſi *a*) cum muliere qualibet corporis vſum praeſtante, a moribus tamen verae vxoris alienae, ideoque ab ſucceſſione excluſae.

§. XXII.

Veram hanc esſe explicationem ſanamque liquet 1) ex toto nouellae adlegatae nexu. 2) Ex verſione Hombergkiana nouellarum conſtitutionum, vbi verba occurrunt: „ quando et „ concubinae, quae in domo fuit adfectio, et „ natu-

a) Heinecc. ad L. Iul. et Pap. Popp. l. c.

„ naturalis ex ea liberorum generatio *a*). 3) Ex nouella 89. c. 12. §. 4. et ex toto huius nouellae nexu. Aeque parum concubina legalis, si sola superstes sit, a iure successionis est exclusa, ac filii soli a portione legali exclusi esse his verbis haberi possunt.

§. XXIII.

Obmoueri porro posset ex auth. *licet* C. ad legem 8. de naturalibus liberis:

„ ab intestato vero, quum desit soboles
„ ciuilis, nec superfit coniux legitima: si
„ naturales ex concubina exstant, quae
„ sola fuerit ei indubitato adfectu coniun-
„ cta, in duas paternae substantiae vncias
„ succedant, vt *matri* inter eos, si super-
„ est, virilis portio *detur*; huiusmodi
„ enim naturales filios pasci, boni viri
„ arbitrio, necesse est.

Lege

a) Singulare hoc, vulgatam nouellarum editionem in foro auctoritatem habere, quum textus tamen originalis graecus teste cl. Hombergk versioni huic sit contrarius.

Lege ista filios tantum naturales ad haereditatem patris admitti, illisque demum incumbere obligationem, diuidendi cum matre adhuc superstite sextantem, et esse illos tanquam intermedios, per quos lex paternae haereditatis particulam in matrem transfert. Verum autenthicam hanc ex sensu nouellae 89. c. 12. interpretari oportet *a)*, quum autem, vt iam demonstratum, tota legislationis huius romanae connexio, quum, quae legum adlegatarum basis est, clementia et humanitas, analogia earum, et communes iuris regulae caussam agant concubinae, si sola superstes sit, obiectio se ipsa cadit, eo magis, quod omnibus constet de axiomate iuris: positionem vnius non esse exclusionem alterius.

§. XXIV.

Denique inferre liceret: mulierem ex iure romano, cuius coniux absque liberis decessit,

a) Struv. histor. iur. p. 328.
Brunquell. hist. iur. p. 270.
Bach histor. iurisprud. p. 606.
Silberrad ad Heinecc. hist. iur. §. 419. in not.

cesſit, tunc demum ad haereditatem capesſendam vocari, ſi nulli marito agnati ſuperſint; meliore ergo conditione concubina foret, cui vnciam indulgerent leges, quam vxor ipſa. Sed inopes plerumque concubinae fuerunt, et quae leuandae inopiae cauſſa ſe viro addicerent; ſi pari ſorte vxores erant, non vnciam tantum, cui adquieſcere concubinae debebant, ſed quartam haereditatis partem conſequebantur, ſi plures tribus haeredibus non adesſent, ſi vero his plures: portionem virilem *a*). Quodſi a fortunae bonis non ſit imparata vxor, id eſt ſi dotem intulit ſatis amplam, cuius redditus ad vitam honeſte agendam ſufficiunt: reſtituitur illa iure praelationis; quum concubinae e contrario nulla dote inſtructae, poſt mortem viri, cui quaſi vxor vitam omnem impendit, fame et inedia pereundum esſet, ni melius illi a legibus conſultum, et aliqua haereditatis pars adtributa foret. Quae etiam ſola ratio

a) Nouell. 117. c. 5.
Strube rechtliche Bedenken P. 2. n. 58.
Puffendorff obſeruat. Tom. 3. obſ. 117.
Koch de ſucceſs. ab inteſt. §. 110.

ratio ſtabilire videtur adſertionem: concubinae, ſi ſola ſit, iuxta, ac ſi liberi illi ſint, in nouella 89. c. 12. proſpectum esſe, quum vivere illam oporteat poſt mortem ſui quaſi mariti.

§. XXV.

Si ergo, vt iam dictum, concubina ſuperſtes ſola mediam ſextantis partem ex haereditate patris ſine liberis et vxore legitimis defuncti conſequitur: noua ſuboritur quaeſtio: vtrum nempe nullo in caſu totus ſextans illi competat, ſi liberi ex illa procreati deceſſerunt.

§. XXVI.

Varii hic caſus diſtinguendi ſunt: vel enim filius naturalis ante patrem obiit, vel poſt eum; ſi *primum*: matri vnica tantum vncia competit; vncia autem, quae ad filium pertinuisſet, masſae patriae adcreſcit; ſi *alterum*: vncia filio competens ad matrem tranſit haeredem ſuum naturalem, et hoc caſu ex ſextante toto mater haeres eſt.

§. XXVII.

§. XXVII.

Atenim: si pars filio naturali ex massa haereditaria patris competens suo nomine nondum adquisita sit, et moriatur ille, quin adeat; nonne locum habere deberet regula iuris: haereditas non adita non transmittitur, seu haereditas solum delata non transmittitur ad haeredis haeredes *a*)? Respondeo 1) filius naturalis nunquam in patria potestate fuit, hanc enim non adquirebat pater, nisi per adoptionem, legitimationem, vel iustas nuptias, quum ergo patri non sit haeres suus *b*) ad illius devolui substantiam nihil potest. 2) Neque transmissioni Theodosianae locus est, illa enim non ad adscendentes spectat, sed ad descendentes *c*). 3) Filio autem intra annum obeunte,

a) L. vn. cod. §. 5. de caduc. tollend.

Hellfeld. Dissert. de transmissione iuris succedendi, antecessoris morte non delati c. 1. §. 58. in opusculis.

b) Goethe Dissert. elect. de aditione haereditatis ex iure Rom. et patrio §. 9. et 10.

c) Goethe dissert. cit. §. 10.

Hellfeld dissert. cit. §. 9.

eunte, quo declarandum illi fuisset de adeunda haereditate iudicium, matri tanquam haeredi superesse adhuc debet transmissio iustinianea *a*), concubinae itaque totus sextans.

§. XXVIII.

Sit etiam, filium naturalem elapso iam anno a morte patris decessisse, atque ita effluxisse tempus, quo de adeunda haereditate deliberare debuisset, matri tamen, si filius septem annos non compleuit, ex l. 18. cod. de iure deliberandi remedium datum, vindicandi sibi haereditatem filii sic defuncti, verba legis sunt:

„ Si infanti in potestate patris vel aui
„ constituto haereditas sit derelicta, vel ab
„ intestato delata a matre, vel linea, ex
„ qua mater descendit, aliisque quibus-
„ cunque personis, licebit parentibus
„ eius sub quorum potestate est, adire
„ eius nomine haereditatem; sed si hoc
„ parens neglexerit, et in memorata ae-
„ tate infans decesserit, tunc parentem
„ super-

a) L. 19. cod. de iur. delib.

„ ſuperſtitem omnia ex quacumque ſuc-
„ ceſſione ad eumdem infantem deuo-
„ luta, iure patrio quaeſita capere; pa-
„ rente vero non ſubſiſtente — tutorem
„ poſſe eius nomine adire haereditatem,
„ ſiue viuo parente, ſiue poſt mortem
„ eius ad eum deuolutam — et eo modo
„ eidem infanti haereditatem quaerere;
„ ea vero, quae de infante in poteſtate
„ parentum conſtituto ſtatuimus, locum
„ habebunt, et ſi quacumque cauſa ſui
„ iuris idem infans inueniatur.

De hac lege *a*) Perez haec dicit: „ Haec noua ac peculiaris transmisſionis ſpecies, quae fit ex benigna infantilis aetatis commiſeratione, ſolum locum habet quoad patrem vel auum paternum, in quibus expresſim lex loquitur, non etiam reſpectu matris aut aliorum per matrem adſcendentium, multo minus reſpectu naturalium."

Ex ſtricta hac interpretatione concubina quidem ius non haberet ad portionem filii ex haere-

a) Perez in praelect. ad cod. libr. 6. Tit. 30. n. 25.

haereditate patris intra annum nondum aditae adſpirandi, aſt perſuadere mihi non poſſum, legem hanc, filio vel a patre vel ab extraneo haerede inſtituto, contrariam eſſe matri, quum ſecundum illam curator, patre mortuo, nomine filii haereditatem recte adit, quare igitur non mater, quum eadem tamen legis ratio ſubuerſetur, eoque potius, quod lex dicat: „ ea quae de infante in poteſtate parentum conſtituto ſtatuimus, locum habebunt, et ſi quacumque iuſta cauſſa ſui iuris infans inueniatur? " Videtur expoſitio nouellae 158. apud Cuiacium plane cum hoc conſentire *a*).

§. XXIX.

a) Iacob Cuiacii opera Tom. 3. pag. 646. Edit. Hanov. de anno 1602. Conſentit quoque cum eo Ferdinand. Chriſtoph. Harprecht Diſſert. de transmisſione haereditatis a perſona extranea infanti delata ad ill. l. 18. de iur. delib. Eius verba §. 20. in fine ſunt: vt noſtra lex 18. cod. de iur. delib. ad matrem extendatur, periculoſum eſſe ſcribit Iaſon. Huic autem ſententiae haud pauci alii, iique primae notae doctores adverſantur, ita ſentientes, hanc transmisſionem non ſolum ad patrem, verum etiam ad fratres, matremque pertinere, ita ſcilicet, vt, ſi haeredis

§. XXIX.

Si quis vero de transmissione hac dubitet, arbitror, competere saltim concubinae restitutionem in integrum, ob non aditam nomine filii sui haereditatem tum ex ignorantia iuris, tum ex clausula generali *a*) Oddus in tract. de restitut. in integr. P. 1. quaest 5. art. 8. hanc quaestionem fusius disquirit: An dispositio legis 86. ff. de adquir. vel amitt. haered. locum habeat in infante defuncto. Non negat quidem arduam in infante esse dubitationem, et maximam inter doctores altercationem; sed adductis omnibus in partem contrariam argumentis dicit, sententiam pugnantem pro

redis infantis mater fratresque germani adsint, hi vna cum patre ad haereditatem infanti delatam, iure huius, de qua quaerimus transmissionis adspirent, et si vel mater vel fratres aut sorores germani soli adsint, illi eodem tunc iure gaudeant. Verum (§. 22.) esse aliquam iuris huius transmittendi ad matrem communionem non putamus.

a) Arg. l. 86. ff. de adquirend. vel amittend. haered.

pro reſtitutione in integrum esſe aequiorem et magis communem, neque esſe tutum, ab eadem recedere, quum ſit humanior; esſe inſuper praxeos quotidianae, et in illam deſcendi ab omnibus. Pergit deinde: ſi in caſu abſentiae voluntariae (ex l. 86. de adquirend. vel amittend. haered.) conceditur reſtitutio: magis concedi debet in caſu neceſſitatis naturalis, id eſt, infantilis aetatis, prout arguebat Baldus in conſ. 98. n. 4. libr. 1. Confirmat hanc ſententiam Gailius Libr. 2. obſ. 131. num. 8. verbis: quando vero ad haereditatem fratris vel ſororis aut aliorum adtinet: pupillus vel infans transmittit ad haeredes ſuos beneficium reſtitutionis in integrum aduerſus amisſam haereditatem; haeredes enim posſunt petere reſtitutionem in integrum ad adeundam haereditatem ex clauſula generali: ſi qua iuſta causſa etc. vt Bartolus in l. 86. ff. de adquirend. vel amitt. haered. licetque haec transmisſionis materies adeo ſit dubia, vt deciſione caeſarea opus esſet, teſte Baldo, communis tamen opinio eſt, reſtitutionem haeredibus competere.

§. XXX.

§. XXX.

Ex omnibus iam dictis ſequentes infero theſes in legibus non expresſas, et dubias:

I. Concubinam, liberis ſuis ante patrem mortuis, ſi legitimos nec vxorem, nec liberos ille relinquat, in dimidium ſextantis, id eſt, vnciam vnam ab inteſtato ſuccedere.

II. Iús concubinae esſe, ſi filius naturalis intra annum poſt patris obitum decesſit, ex transmisſione Iuſtinianea partem ex haereditate patris filio competentem, in tempore, quod ſupereſt, adire.

III. Concubinae, ſi filius naturalis elapſo iam anno, poſt patris obitum absque adita haereditate decesſit, modo ante annum aetatis ſeptimum, transmisſionem ex l. 18. C. de iur. delib. vel ſaltim transmisſionem ex reſtitutione in integrum competere.

CAPVT

CAPVT II.

DE APPLICATIONE IVRIS ROMANI AD HODIERNOS SPVRIOS, EORVMQVE MATREM.

§. I.

Oſtendendum mihi nunc eſt, obtinere adhuc hodie in foro huius doctrinae vſum, eademque ad ſpurios referri poſſe, quae iure Romano de naturalibus valebant. Tunc enim temporis licita coniunctio viri cum concubina fuit, quae adfectu indubitato, generando proles legitimae vxoris vices geſſit, quam hodie ſacrum *a)* et imperii ius *b)* prohibent, et inter hanc cum concubina conſuetudinem, ſiue eam ex ſtupro, nihil differt.

§. II.

Ratio legalis, quare Juſtinianus emolumenta omnia ex haereditate patris ſpuriis non conces-

a) c. 6. Diſt. 34. c. 4. diſt. 32. L. 7. c. 1. Decretal.

b) Reform. polit. imper. de anno 1530. Tit. 32. et de ann. 1548. Tit. 25. anno 1577. Tit. 26.

concesserit, erat illius incertitudo *a*). Exinde argumentatur cl. Samuel Stryckius: „ Si de „ patre certo constare possit, spurio idem ius, „ quod naturali, hodie concedendum videtur, „ quod, quamuis ea propter dubium videatur, „ quum naturales spuriis hodie aequiparen- „ tur, et sicuti spurii olim, ita et naturales „ hodie repellendi videntur; attamen quia „ successionis commodum, quatenus hoc le- „ gibus indultum, per imperii Recessus non „ sublatum, et spurii eapropter tantum exclu- „ debantur olim, quod de eorum patre non „ constaret, aequius est in casu, vbi de patre „ constat, hos quoque ad successionem admit- „ tere." Ad quam quoque sententiam ego accedo, his potissimum ex rationibus:

§. III.

Et I^mo quidem *ex legitimatione*. Constantinus legitimationem per subsequens matrimonium introduxit, liberosque ex concubina natos adipisci hoc modo legitimorum iura voluit, et inuitare parentes, vt iustas magis nuptias, quam coniunctionem illegitimam amarent.

a) §. 12. l. de nupt.

rent *a*). Iuſtinianus concubinatum haud ita auerſatus, ſubſequens matrimonium inter virum et concubinam perpetuum eſſe voluit legitimandi modum *b*). Ex ſtupro autem natorum pater incertus habebatur, illoque carere exiſtimabantur *c*), aut quaſi patrem non haberent. Vnde ſpurii dicti ἀπο τῆς σπορᾶς id eſt a ſatione, et ἀπάτορες, quaſi ſine patre filii *d*). At ſi hodie ſpuriorum, id eſt liberorum a ſoluto cum ſoluta procreatorum, quos inter matrimonium prohibitum non eſt, pater certus ſit, et hi quoque ſecundum hodiernam communem praxin reddi legitimi per ſubſequens matrimonium poſſunt. En ergo ſpeciem, vbi et hodie ſpuriorum cum naturalibus, et ſtupri cum concubinatu eadem eſt conditio.

§. IV.

---

a) Herald. Libr. 1. rer. et quaeſt. quotid. c. 4. §. 11. Heinecc. ad L. Pap. Popp. loc. cit.

b) L. 10. Cod. de natural. liber. Nouell. 12. c. 4. Nouell. 18. c. 11. Nouell. 19.

c) Apud Carpzov. in deciſ. deciſ. 167.

d) §. 12. I. de nuptiis.

§. IV.

II^do. *Ex interpretatione legum.* Iure quidem hodierno concubinatus illicitus est, sed correctoriae sunt leges illum prohibentes, et stricte igitur explicandae; tantum ergo valent, quantum sui valoris ex correctione illis reliquum fuit. Atenim nulla lege prohibitiua naturalium successio sublata est. Verum quum legislatores concubinatum prohibentes, liberos ex illo natos, etsi hodie stupri nomine notetur, patrem habere certum, eademque qua Romani humanitate et clementia dignos putarent: partem illis ex haereditate paterna legibus romanis permissam integram reliquerunt *a*).

§. V.

---

a) Benedict. Carpzov. in decis. P. II. decis. 167. nr. 17. confirmat hoc his verbis: „Etsi concesserimus ex concubina progenitos hodie pro spuriis haberi, interque eos propter ex presfam concubinatus prohibitionem connumerari; attamen quum nulla lege noua ab omni patris substantia nominatim arceantur; non immerito etiamnum iura ex legislatione iustinianea competentia ad eos pertinere intelliguntur; perinde, vt nec ius legitimationis hodie

§. V.

III^tio. *Ex auctoritate plurium ICtorum* celeberrimorum, et quidem Gratiani libr. 3. disc. forens. c. 31. verbis: „hodie spurii, quoad effectus, pro naturalibus habentur, quia ex soluti coniunctione cum soluta nati."

Iustus Henning. Boehmer Tractat. de act. Sect. 2. c. 1. §. 28. not. c. in verbis: „tandem iura liberorum naturalium in praxi spuriis adplicata sunt."

Lauterbach in collegio theoret. pract. libr. 38. tit. 18. §. 18. vbi dicit: „moribus nostris, quoad ius succedendi naturalibus liberis comparantur ex duobus solutis procreati, matrimonio iungi non prohibitis."

Abra-

---

die in liberis naturalibus cessare videtur; expresse enim, quae immutata non sunt, cur stare prohiberentur? Quod et munitur L. 32. §. vlt. C. de adpellat. vbi: quidquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum, constitutionumque regulis omnes relictum intelligant."

Abraham Kaeſtner comment. an ſpurius ex bonis patris ſextantem petere posſit, (quod exſtat inter Kaeſtneriana programmata. Lipſiae 1736. pag. 33.) vbi dicit: „ quamuis negandum non ſit ex concubina progenitos hodie pro ſpuriis haberi, attamen, quum nulla lege noua ab omni patris ſubſtantia nominatim arceantur, non immerito etiamnum iura ex legislatione iuſtinianea competentia ad eos pertinere intelliguntur."

Conrad. Rittershuſius ad Ius Iuſtinian. Argentorat. 1667. P. 7. c. 5. num. 2. haec dicit: „ In naturalibus tria debent concurrere, 1) vt nati ſint ex ſoluto et ſoluta, cum qua tum temporis potuerit esſe matrimonium, ſed non erat, quia deerat adfectio maritalis, quae ſola facit, vt ſit matrimonium, et ab eo ſeparat concubinam, 2) requiritur, vt pater eorum vnicam duntaxat habuerit concubinam, 3) vt mater concubina in domo ſit retenta adfectione concubinatus, quae tria requiſita ponit, ac reponit Ferrarienſis in forma libell. pro haered. ab inteſtat. in gloſſ. quae niſi concurrant, naturales non erunt. Fateor quidem haec vera esſe, ſi inſpiciamus ius imperatoris Iuſtiniani tit. Cod. de natural. liberis

et

et Nouell. 18. 74. 89. *attamen consuetudo vitae latius produxit naturalium liberorum adplicationem, quam quis impotentia amoris victus compressit*, eosque liberos Germani vocant *Liebeskinder*."

Nicol. Christoph. de Lynker decisione 842. haec disserit: „pro filio naturali nunc habetur etiam spurius, qui extra nuptias ex coitu cum soluta natus est, quae copiam corporis sui tantum vni fecit."

Georg Adam Struv. Exercit. 38. th. 23: „Hodie, quoad effectum pro naturalibus habentur qui ex illegitima coniunctione cuiusdam soluti cum soluta prognati, adeoque illis iura quoque successionum adcomodabis."

Ioh. Heinric. Berger in oeconomia iuris Libr. 2. Tit. 4. „Vtrum hodie iure ciuili liberi naturales patri succedant, id quidem dubio non vacare; concubinatus quidem iure ciuili licitus; sed Rec. Imp. de ann. 1530. prohibetur; nihilo tamen minus in foro, miseratione eiusmodi liberorum obtinuit sententia, standum esse iure ciuili; neque alia esse videtur ratio eorum, qui ex stupro nati sunt, quum hi

hi quoque cum naturalibus exaequentur; atque adeo eodem patri modo succedant, secundum DD. quos Philippi citat." Et idem

Ioann. Philippi in vsu pract. instit. libr. 3. eclog. 25. n. 5. dicit: „Si legitimi non amplius supersint, patri naturales in duas vncias cum matre sua in virilem partiendas admittuntur, quod et de liberis ex alia femina soluta, coitu non damnato, natis dicendum erit."

Multa hi duo auctores praeiudicia adferunt a collegiis Lipsiensibus et Ienensibus.

His omnibus consentiunt Christ. Phil. Richter Tract. de success. ab intest. S. 1. M. 3. n. 9.

Georgius Anckelmann de success. ab intest. liberorum naturalium et spuriorum in bona matris. Goettingae 1764.

Ioann. Christ. Koch Tract. de success. ab intestato. §. 33.

§. VI.

§. VI.

IVto. *Ex iudicatis et praxi*: ita facultas iuridica *Lipsiensis* ad requisitionem W. G. et H. W. a K. mense Iulio anno 1648. *a)* verba responsi sunt: „Hat vorgedachter Testator noch einen Sohn und filium naturalem mit seiner Concubin erzeugt. Ob nun wohl demselben in vorerwähntem Testament nichts überall vermachet; dennoch aber, und dieweil den filiis naturalibus, wie auch der Mutter aus des Verstorbenen Verlassenschaft, Inhalts der Rechte, der sechste Theil gehörig, welches auch an den Oertern, da der concubinatus verbothen, nicht aufgehoben, so wird dem dritten Sohne, wie auch der überlebenden Mutter ihre an dem sechsten Theil zustehende Portion billig verabfolget."

Pari modo *scabini Ienenses* mense Maio 1604. responderunt in causa Magdalena Sibylla K. contra K. *b)* Ita quoque iudicauit *facultas*

a) Apud Carpzov. in decis. P. I. dec. 167.

b) Idem.

tas Ienensis anno 1759. et in eadem caussa *Giessensis* anno 1764. *a*).

Leyser adfert responsum *Helmstadiense* de mense Nouembr. anni 1723. in caussa des Obersten von K. vbi expressis verbis decidit facultas iuridica, constitutiones in Nou. 89. c. 12. de naturalibus contentas ad liberos hodie ex soluta cum soluto natos pertinere, quum per leges imperii sublatae non sint *b*).

§. VII.

Speciale sibi negotium fecit huic sententiae contradicendi Joan. Heinr. Eberhard; *c*) vtitur enim ad confutandum Stryckium §. 2. citatum hoc potissimum argumento. „Si ratio, cur spurii ab haereditate patris seclusi sint,

a) Apud Kochium de success. ab intest.

b) Leyser sp. 356. m. 12.

c) De successione liberorum naturalium in sextantem paternae haereditatis exsule in Germania. Marburg. 1764.

ſint, vnica tantum fuit, quod pater eorum incertus eſſet, ſequitur, quod patri certo aequali cum legitimis iure ſuccedere debeant; verum enim eſt, et a nemine contradicitur, ſpurios a ſucceſſione paterna prorſus esſe excluſos; qui rationem adferunt, quod pater eorum incertus esſet, dare debent, patri ſaltim certo ſpurios ſicut legitimos ſuccedere debere; cur enim nulla ſucceſsio hic locum habeat? annon, vti hodie, ita apud Romanos quoque, pater interdum certus esſe poterat, quamquam, qui illicito concubitu vterentur, in concubinatu haud viuerent? nihilo tamen minus ſpurios ita natos, aequali cum illegitimis ex concubinatu legibus definito procreatis priuilegio, ſuccedendi in ſextantem fruitos esſe nunquam legimus." Inde ergo concludit, ſpurios etiam apud Romanos habere potuisſe patrem certum, quin ſucceſsio in ſextantem eis competeret. Reſpondeo autem: Marcianus pronunciat lege 3. ff. de concubinis: „ne„ ceſse esſe viro, *ingenuam* vel vxorem ha„ bere, vel recuſantem ſtuprum cum ea com„ mittere." Qui ergo ingenuae, quae teſtata non eſt, esſe ſe velle concubinam, concubuit, vel declarauit eam ſibi esſe vxorem, vel non: ſi

si id declarauit: tunc ei vxor fuit, *a)* licet extra dotem conuenerit; nam semet ipsam pro omni dote in hoc casu contradit; si id non declarauerit vir, et ita recusauit eam, dicendo, se non animo maritali concubitum exercere; tunc verum erat stuprum, et pater *non intelligebatur b)*. Licet ergo physice certum esset, eum fuisse patrem, non tamen intelligebatur talis, id est iuris censura et interpretatione pater eiusmodi incertus iudicabatur; atque id quidem in odium patrum *c)* propterea quod

a) Lex 24. de ritu nuptiarum: „in liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt." Secundum Nou. 74. c. 5. mulier probare debet, quod sub promissione nuptiarum vir eam domum acceperit, vt eam legitimam vxorem haberet, licet extra dotem conuenerit; nam semet ipsam pro omni dote contradit.

b) §. 12. l. de nuptiis, conf. diss. §. 3. cap. 2. in fine.

c) Nou. 74. c. 6. „Eos enim, qui semel ex odibilibus nobis, et propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocati, neque participandi eis, vlla clementia, sed sit supplicium hoc patrum, vt agnoscant, quia ne-

„que

quod proles eiusmodi ſuccedere patri non posſet, neque alenda ipſi esſet *a*).

§. VIII.

Hodie vero aliter omnino ſe res habet; pater enim, etſi mulierem esſe ſibi vxorem noluerit, certus tamen habetur, ideoque non ſolum alimenta proli, ſed et dotem ei debet, cui ſtuprum intulit, prolemque ipſam per ſubſequens matrimonium reddere legitimam poteſt. In ſtuprum ergo apud nos eodem legum rigore non animadvertitur, ac apud Romanos, vnde et cadunt, quae cl. Eberhardus ingerit. Neque obſtant ſpuriis, quominus ſuccedere in ſextantem posſint. Reliqui auctores, qui ſententiam noſtram impugnant, quos ferme omnes cl. Kochius loc. cit. §. 33. not. 2. adlegat, vel iisdem vtuntur Eberhardi argumentis, vel iudicant, quin ſatis probent, vel loquuntur de particularibus ſtatutis, quibus contrarium eſt ſancitum.

§. IX.

„ que quidquam peccatricis concupiſcentiae eo-
„ rum habebunt filii.

a) Nou. 89. c. 12. verbis: „omnis, qui ex complexibus nefariis, aut incertis, aut damnatis procesſerit, iſte neque naturalis nominatur, neque alendus eſt parentibus."

§. IX.

Quum igitur more nostro, secus ac Romano, si nata sit ex stupro proles, censura iuris nulla, in incerto sit positus pater, concludere audeo, valere de spuriis nostris ubique, nisi aut LL. prouinciales, aut consuetudo, vel obseruantia peculiaris contrarium iutroduxerint, leges successorias, quae de Romanis naturalibus valebant. Sunt et in Germania terrae, vbi leges hae Romanae specialiter sunt receptae, vt adserit cl. Koch. l. cit. de terris *Hasso - Darmstadiensibus*, quod ipsum quoque viget in *ducatu Bipontino*, et nec obscure ita disponit in fauorem illorum, qui ex duobus solutis procreati sunt, das *Würtemberger Landrecht*. p. IV. Tit. 18. §. Wann von zweyen Personen etc.

§. X.

Quodsi autem ex dictis liquet, spurios hodiernos gaudere fauore legum Romanarum de successione in portionem ex haereditate paterna, consequitur inde, etiam matri illorum idem quod concubinae Romanae ius esse, hunc cum illis sextantem partiendi; valent enim com-

communi iuris regula leges non reuocatae, et quum quoad matris ſucceſſionem reuocatum ſit nihil: haec etiam in terris, vbi nec lege nec conſuetudine contrarium eſt receptum, gaudet iure ſucceſſionis ex nouella 18. c. 5. et 89. c. 12. Confirmat hoc reſponſum facultatis *lipſienſis* c. 2. §. 6. huius diſſertationis adlegatum.

Quum vero matri cum liberis ex deductis ſextans haereditatis paternae competat: neceſſarium inde erit, ad matrem, vti cap. I. huius diſſertationis fuſius eſt demonſtratum, ſi ſola ſit ſuperſtes, huius dimidium transire.

§. XI.

Obiici quidem poſſet: ſuccedere liberos, neque illos, culpae expertes, luere parentum noxam, naturali pietate fundatum eſt, ſecus eſt de matre; huic enim, quum in delicto verſetur, accedere ex re turpi lucrum non poteſt *a)*. Sed antequam reſpondeam, monendum

a) Eberhard. de ſucceſſ. ſpur. loc. cit.

dum putò, ſermonem mihi esſe de iis tantum mulieribus, quae corporis ſui vſum praeſtitere viris a matrimonio ſolutis, et quibus cum ipſis nullum eſt impedimentum, quod prohibeat matrimonium. Haec praefatus

Reſpondeo *primo*: hoc argumentum nimium concludit, ergo nihil. Inde enim planum flueret, mulieri eiusmodi ob ereptum ſibi florem, et dotem negari debere, cui tamen conſtans ferme modernus fori vſus repugnat; et quare miſeris eiusmodi puellis ſpe futuri matrimonii et virorum potentibus blanditiis, ipſaque ſexus imbecillitate deluſis, in vicem dotis, non liceat exiguam haereditatis portionem petere, poſtquam proditori ingrato vt plurimum honorem, famam, fortunam, quae maximo apud omnes in pretio habentur, quaſi ſacrificium fecere? anne illae haud maiori miſeratione dignae? *Secundo*: inferri inde nequit, mulierem adquirere aliquid ex delicto; ſed bona illorum ſorte euenit, leges has romanas in perſonas extendi, quae in delicto verſantur, quum hae quoque communi clementiae et humanitatis nomine comprehenſae ſunt. Certum eſt quidem, nemi-

nem

nem ex delicto neque auxilium neque lucrum capere posse, sed nec minus certum, eos, qui in delicto semel versati sunt, ab omni humanitatis aditu excludendos non esse, praesertim quum haud alium delicti sui plerumque fructum ferant, quam vitam aerumnis miseriisque plenissimam. Quidquid ergo legibus expressis sublatum illis non est: nec nostrum erit id auferre; neque ex delicto sibi adquirunt quidquam, sed miserabiles factae ex insita hominibus benignitate adipiscuntur.

§. XII.

Porro opponi posset: Persona stupro contaminata est persona turpis, et legibus expressum est: *a)* „ mulier in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid potest capere. " Multo minus ergo ex testamento pagano, ne dicam ab intestato. Sed respondeo: 1*mo* Leges suis scriptae

a) L. 41. ff. de milit. testament.

Heinecc. diss. de persona turp. haered. scripta.

ptae ſunt temporibus et ex eorum debent genio explicari; ſcripta haec fuit temporibus Hadriani, quibus illa tantum perſona turpis habebatur, quae corpore ſuo quaeſtum faciebat; non aeque illa, quae ingenua et ſoluta corporis ſui copiam caelibi dabat; haec enim his temporibus habebatur pro nupta, vt Modeſtinus ait. L. 24. ff. de ritu nuptiarum, verbis: „in liberae mulieris conſuetudine non „ concubinatus, ſed *nuptiae* intelligendae ſunt, „ ſi *non corpore quaeſtum* fecit." Juſtinianus primus fuit, qui huic legi nouella 74. c. 5. fines poſuit.

II^do. Lex haec 41. ff. de militari teſtamento, aeque ac lex 14. de his, quae vt indignis *a*) de militibus tantum disponunt, illos cetera in teſtamenti factione priuilegiatos mulieribus eiusmodi nihil relinquere poſſe; cuius

a) L. 14. de his, quae vt indignis, conſtitutum eſt: „mulierem, quae ſtupro cognita, in con„ tubernio militis fuit, non admitti ad teſta„ mentum iure militiae factum, et id quod „ relictum eſt, ad fiſcum pertinere.

cuius rationem reddit l. 2. cod. de donat. inter vir. et vx. verbis: „ nam licet cesſante „ iure matrimonii donatio perſici potuerit; „ milites tamen meos a focariis ſuis hac ratione fictisque adulationibus ſpoliari nolo *a)*.

Omnino aliter disponit l. 5. ff. de donat. dicens: „ adfectionis causſa neque honeſtae, „ neque inhoneſtae donationes ſunt prohibitae, „ honeſtae erga bene merentes amicos vel ne„ ceſsarios, inhoneſtae circa meretrices. " Combinantur hae leges *b)*, a Gothofredo qui adſerit: legem 5. de donatione obtinere pro paganis, et legem 14. de his, quae vt indignis, pro milite.

Etſi lex 5. all. de donationibus tantum, lex 41. all. ff. vero de teſtamentis loquatur, disparitatem tamen inde inferre non licet, hocque etiam non obſtante hae leges optime conciliari posſunt, propterea, quod in materia de ſucceſsione naturalium et concubinae leges dona-

a) Confer. Voetius *ad* ff. Lib. 24. tit. 1. §. 15.

b) Gothofred. ad l. 14. de his, quae vt indignis.

donationem et teſtamenta vbique coniungant, vt oppido conſtat ex L. 2. et 8. cod. de naturalibus liberis et Nouellis 18. c. 5. 89. c. 12.

§. XIII.

Concludo ex dictis: ſtandum esſe pro theſibus: I. quod hodiedum ſpurii ſuccedant in ſextantem ex haereditate patris cum matre partiendam.

II. Huius dimidium competere matri, ſi ſola ſuperſtes ſit; quam etiam in ſententiam abiit inclyta facultas magonciaca iuridica in ſuo reſponſo dato in cauſſa Gertrudis W. contra haeredes Domini V. S. I. anno hoc 1787.

20

TOS. MATT

SVPREMORVM TRIBVN.
ET IVRISPRVDENT

SVCC

CONC

SI SOLA

AD ILL. NOV. I

EARVMQV
IN

SVMPTIBVS PET

MA
Ex Typograph. Ele