

Hortholt

De

divisione

Parentum

Ed. 2

1774









7 86  
FRANCISCI IVSTI  
KORTHOLT

102 J.  
J. U. D. ET PROFESSORIS PRIMARI  
ACAD. GIESSENSIS PROCANCELLARII

1749  
COMMENTATIO  
DE

DIVISIONE PARENTUM  
INTER LIBEROS CORRESPECTIVA

EJUSQUE

DONEC UTERQUE CONJUX

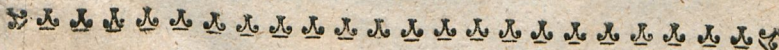
DECESSERIT PROHIBITA APERTURA

IMPRIMIS SECUNDUM

REFORMATIONEM FRANCOFURTENSEM.



Editio secunda.



GIESSAE,  
EX OFFICINA BRAUNIANA.  
1774.





FRANZISCI IVSII

KORHOLT

1. D. D. ET PROFESSORIS PRAEPOSITI  
SACRAE THEOLOGICAE FACULTATIS

COMMENTATIO

DE

DIVISIONE PARSIVM

INTER LIBROS CORRECTIVOS

PARVOS

DONTC UTIATUR CONJUX

RECESSIT PROHIBITA AESTATE

IN ANNO 1700

MEMORATIONE FRANCISCI

87  
1

87  
1





§. I.

**Q**uemadmodum homines actiones suas vel *inter vivos*, uti loquuntur, ita ut negotiorum statim firmiter & irrevocabiliter subsistat, vel per speciem aliquam *ultima voluntatis*, cuius vis & effectus a morte suspenditur, expedire solent; ita idem & in parentibus, bona sua inter liberos divisuris, usu venit. Et de divisione quidem bonorum inter liberos a parentibus adhuc in vivis facta, quod argumentum GOEDDEUS *a)* & HARPRECHTUS *b)* data opera elaborarunt, hic multi esse nolumus, solliciti unice de divisoria dispositione quæ in modum *ultimi elogii* adornatur.

*a)* Consil. Marburg. Vol. IV. Consil. XLII.

*b)* In Dissert. de divisione bonorum inter liberos a parente adhuc in vivis facta Vol. II. dissert. Num. LX.





§. II.

Posterior  
fit vel in  
testam so-  
lemni, vel  
minus so-  
lemni, vel  
nuda divi-  
sione inter  
liberos ab  
intestato.

Quod itaque ad hanc posteriorem attinet, con-  
stat, sanctam debere esse liberis parentum volunta-  
tem, a quibus & vitam & patrimonium accipiunt,  
quibuscunque verbis & indiciis, & quocunque mo-  
do declarata fuerit. Quam in rem laudandi sunt  
præcipue Romanorum Imperatores, quippe qui pa-  
rentibus non tantum minus solemniter testamentum  
condere, sed & absque testamento & ab intestato  
divisionem inter liberos instituere permiserunt. a)  
Quibus legibus effectum est, ut habeamus ad præ-  
sens tres diversos modos, quibus parentes pro libe-  
ro suo arbitrio hac in parte uti possunt: primus est  
*testamentum solenne* alter est *testamentum minus solemne*  
& denique tertius *nuda divisio*, quomodo ab inte-  
stato inter liberos distribui debeat hereditas. b)

a) DIOCLETIANUS, MAXIMINIANUS & CONSTANTINUS patri inter liberos disponenti apices juris remiserunt in *L. 16. 21. § 26. Cod. fam. ercis.* id quod THEODOSIUS & VALENTINIANUS extenderunt ad matrem *L. 21. C. de testam. add. nov. 107. in præfat.* JUSTINIANUS omnia ista confirmavit, tantum, ut litigiis ansa præcinderetur, quædam, quæ ad clariorem mentis declarationem faciunt, exegit, *Nov. 18. cap. 7. & Nov. 107. cap. 1.*

b) WILDSVOGEL *de divisione paterna inter liberos KOENIG de parentibus inter liberos disponentibus.*

§. III.





## §. III.

Illud vero in aprico est, quæ in jure nostro de facultate parentum bona sua etiam ab intestato inter liberos dividendi habentur, unice favori parentum esse data, ut scilicet dispositio illorum, licet neque tanquam *testamentum solenne* neque tanquam *testamentum minus solenne* valere possit, nihilominus a liberis servari & ad effectum perducatur: a) Quibus omnino consequens est, ut quæcunque in nuda divisione valide constituuntur, multo magis valeant, si in testamento reperiantur. Omnia enim quæ licent in nuda divisione, licent etiam in testamento; sed non vice versa. Quamvis itaque utile sæpe sit & necessarium, disquirere, ad quamnam ultimi elogii speciem dispositio parentum referenda sit, cum non tantum quoad formam, sed etiam quoad effectus differant; utilitas ista tamen unice fere quaestionibus de admixtione personæ extraneæ & de validitate factæ exheredationis includitur: In reliquis autem, ipsam distributionem bonorum inter liberos eosque solos, spectantibus, inanis prorsus labor est, in dubium deducere velle dispositionis nomen quod quaecunque adoptaveris voluntatem parentum & factam divisionem suo relinquit vigori & juribus. Id quod, licet nulli dubitationi obnoxium, monendum hoc loco fuit, ubi de prohibita per testatorem ultimæ dispositionis ad certum tempus apertura est agendum, cui prohibitioni mo-

Quod ulterius excutitur.





rem quidem gerendum volunt in *muda divisione* minime vero in testamento, ita ut si parens bona sua inter liberos divisurus formam testamenti prætulerit e. g. *liberos heredes instituendo, justum testinum numerum adhibendo* &c. ejusmodi prohibitio nullius plane esse debeat valoris, nullius effectus. Quod quam incongrue fiat, cuilibet non potest non statim in oculos incurrere. Quis enim unquam vel fando audivit ampliorem esse disponendi facultatem in *muda divisione*, quam in testamento? Quin ita fit, ut quæ in parentum favorem sunt constituta, manifesto in eorum odium detorqueantur, & ille ipsæ leges, quæ parentum voluntatem ab omnibus disputationibus & altercationibus tutam volunt, in ipsius perniciem & everfionem trahantur. De qua re infra pluribus.

a) KOENIG *de parentibus inter liberos disponemibus cap. V. §. 14.* BOEHMER *T. II. R. 648.*

#### §. IV.

Fit ejus-  
modi di-  
visio a pa-  
rentibus  
utrius-  
que sexus  
vel *separa-  
tim* vel  
*conjunctim*, ubi  
de *disposi-*

Fieri posse ejusmodi divisionem a parentibus utriusque sexus, & quidem vel in instrumentis diversis vel in membrana eadem indubii juris est. a) Idque iterum duplici ratione perficitur, vel ut neuter conjugum ad alterius dispositionem ullo modo respiciat, sed de propriis unice sollicitus bonis parum curet, quid alter de bonis suis fecerit; vel ut inter utriusque dispositionem mutuus intercedat respectus

&





& mutua connexio, ita ut voluntas unius alterius fundamentum sit atque basis, & utraq; dispositiones in ipsa sua constitutione ita ab invicem dependeant, ut quilibet aliter omnino dispositurus fuisset, nisi ad alterius dispositionem animum & considerationem intendisset, cujusmodi dispositiones in specie dicuntur *correlative*. *a)* Mutuus iste respectus declaratur vel *expresse* vel *tacite*. Ad expressam *c)* declarationem pertinet si *contestatores*, *mutuae suae dispositioni clausulam adjiciant*, quod in casum, si unus voluntatem revocaverit; etiam alterius voluntas pro revocata haberi debeat. *d)* Ad tacitam vero, si e. g. duo conjuges non *divisim seu seorsim*, sed *conjuncta & unica dispositione bona sua tanquam communia & confusa communibus heredibus relinquunt*, hac fere formulâ: und wollen wir, daß nach dessen, so am letzten sterben wird, trœdlichen Hintritt *unsere Gûtter* unter sich theilen; *d)* &c. quemadmodum hæc latius exsequuntur MEVIUS & HARPPRECHTUS. *e)* Tunc enim prorsus indubiatum reputatur, maritum non aliter, quam contemplatione secum consentientis voluntatis uxoriæ, & vice versa etiam uxorem non nisi contemplatione voluntatis maritalis, suæ pariter consonæ, ita disposuisse, uti loquitur laudatus HARPPRECHTUS. *f)*

*a)* PECKIUS *de testamentis conjugum cap. 19.* HUBERUS *ad Inst. de testament. §. 19. ad ff. tit. eod. §. 19.*

*b)* HARPPRECHT *de testament. correlativeis per totum.*

A 3

c) HARPPRECHT





- c) HARPPRECT *l. c. num. 204. seqq.*  
 d) *Ad jus Lubecense P. 2. T. I. art. 10. num. 36. seqq.*  
 e) *L. c. num. 223. seqq.*  
 f) *L. c. num. 224.*

## §. V

In divisione corre-  
 spectiva  
 duarum continetur  
 dispositiones,  
 quarum tamen quo-  
 ad valorem &  
 efficaciam  
 pro una  
 habentur.

In ejusmodi divisione correſpectiva duæ quidem continentur, merito *pro una* habentur. Gaudet enim quilibet ex conditoribus facultate ſuam voluntatem mutandi, verum, ſi diſpoſitio ab alterutro revo- catur, ipſe ille mutuus reſpectus operatur, ut ſimul etiam alterius diſpoſitio pro revocata habenda ſit. Ea namque omnium actuum correſpectivorum & cor- relativorum natura & conditio eſt, ut, ſive confirma- to uno, ſive deſtructo, etiam alterum confirmari vel deſtrui neceſſe ſit, unusque actus alterius pars, & ipſi proinde individui cenſeantur. a) Ceſſante igitur institutionis cauſa, ceſſat etiam ipſa institutio, b) & cum teſtator certi quid diſponit, id velle cenſetur, rebus in eodem, de quo loquitur, ſtatu manentibus. c)

- a) MEV. *ad jus Lubec. l. c. BRUNNEM. Conf. 38. n. 21.*  
 HARPPRECHT *de teſtam. correſpectivis num. 252. 330.*  
 363. 368. 445.  
 b) *L. pen. C. de impuber. & aliis ſubſtitut.*  
 c) *ALCIATUS de præſumpt. ou. reg. 2. præf. 16.*

PECKIUS





FECKIUS *de testam conjugum Lib. 1. cap. XLIV. n. 6.*  
in f.

§. VI.

Ista vero revocatio cum alterutro disponentium <sup>vis dispo-</sup> fieri possit, non tantum quamdiu alter contestator <sup>sitionis</sup> adhuc est in vivis, sed etiam post ipsius mortem, <sup>correspec-</sup> atque hoc casu eo minus dubii habeat, quod cor- <sup>tiva a</sup> ruente una dispositione etiam altera corruat cum res <sup>morte su-</sup> non amplius sit integra, & pramortuus dispositio- <sup>perviven-</sup> nem suam non perinde mutare possit, atque si ad- <sup>tis depen-</sup> huc superesset: facile patet *vim dispositionis correspec-* <sup>det.</sup> *tivæ a morte superviventis unice & omnino dependere,* adeoque hactenus ejusmodi dispositionem *correspective* post mortem alterutrius ex disponentibus pro *unica & sola ejus, qui adhuc superstes est, dispositione jure meritoque habendam esse.* a)

a) FABER *de erroribus pragmatic. decade LII. error. 5.*

HARPPRECHT *l. c. num. 394.*

§. VII.

Ceterum ex dictis patet, dispositionem *recipro-* <sup>Differen-</sup> *am & correlative* si verba hæc in significato pro- <sup>tia inter</sup> prio accipiuntur, a) multis modis a se in vicem dif- <sup>disposi-</sup> ferre, neque nisi ab imperitis jura, quæ in una spe- <sup>tionem</sup> cie obtinent, ad alteram extendi. Ad formam enim <sup>reciprocam</sup> *testamenti reciproci* requiritur ut testantes se invicem <sup>& corre-</sup> <sup>spectivam.</sup> &





& mutuo heredes scribant, æque ac reciproca appellatur substitutio, quando sibi invicem illi ipsi, qui heredes instituti sunt, etiam substituuntur. Cum e contrario testamentum *correspondivum* etiam illud esse possit, ubi testantes se invicem non instituunt heredes, sed v. g. solis liberis *bona amborum confusa & communia relinquunt*. Quamobrem non omne testamentum reciprocum est *correspondivum*, neque omne testamentum *correspondivum* est reciprocum, quamvis interdum duas has appellationes in eadem tabulas convenire posse dubio vacet. Ex quo etiam illud consequitur, ut testamentum reciprocum inter conjuges nunquam *privilegiatum* sed semper *solemne*; verum *correspondivum*, modo *privilegiatum*, si e. g. parentes inter liberos disponant, modo *solemne* sit. b) Datur etiam præterea testamentum *simultaneum*, quod neque reciprocum est, neque *correspondivum*, quando scilicet duo in eadem charta testantur, ita ut quilibet suum peculiarem eumque tertium heredem instituat, nullo ab altero ad alterius dispositionem habito respectu, c)

a) Improperie nonnunquam testamentum reciprocum etiam *correspondivum* appellatur & vice versa, quod tamen vix sine confusione fit. confer. FRANTZKIUS *Lib. II. resol. I. num. 25. in fine*. HARPPRECHT *l. c. num. 31. seqq.*

b) *Egvegie pro more hæc omnia excussit HARPPRECHT. in lau.*





laudata, sepius dissertat. de testamentis corresponsivis num.  
292. seqq.

e) HARPPRECHT l. c. n. 308. seqq.

### §. VIII.

Quod itaque ad dispositionem, quæ *simultanea* sal- *Differen-*  
*tia quoad*  
*effectum.*  
tim, aut tantum *reciproca* est, attinet, nulla superest  
dubitatio, quamvis unus suam voluntatem mutaverit,  
tamen quæ ab altero constituta sunt, firma manere & inconcussa. a) Et de his speciebus capienda est *Reformatio Francosurtensis P. IV. T. I. §. 8.* ubi de testamentis conjugum simultaneis statuitur: „Sodann  
„eines unter denselben Eheleuten, ohne Wieder-  
„ruffung desselben Testaments mit Todt abgeht: So  
„soll alsdann solch Testament, so viel des Abgestor-  
„benen Güther belangt, kræfftig seyn, und der über-  
„bleibende Ehe-Gemahl nicht desto weniger Macht  
„haben, ermeldt gemein Testament, so viel seine  
„Güther betrifft, seines Gefallens zu ändern oder  
„gar abzuthun &c.“ Quod enim hoc unice referendum sit ad dispositionem simultaneam conjugum, uni chartæ quidem inscriptam sed institutionibus seu legatis plane separatam, veluti si prius maritus suam voluntatem exprimat, deinde uxor, ut in hac specie loquitur *MEVIUS b)* vel inde sit clarum, quod tota hæc constitutio desumpta sit ex jure communi, quo libertas ultimum suum elogium mutandi nulla ratio-

B

ne





ne impediri debet; unde etiam merito ex jure communi restringitur, ut scilicet salva sint, quæ paullo ante de effectu *dispositionis correspectivæ* ubi una voluntate revocata & altera pro revocata habenda est, prolata fuerunt.

a) CARPZOV. P. 3. C. 2. D. 11. & C. 7. D. 21.

FECKIUS de testamentis Conjugum L. 1. cap. 43. & DD. communiter.

b) Ad jus Lubecense P. II. T. I. art. 10. num. 36.

### §. IX.

Testator,  
ne dispo-  
sicio sua  
intra cer-  
tum tem-  
pus ape-  
riatur  
prohibere  
potest.

Quæ cum ita sint, facilis erit ad decidendum quæstio, quæ in hac discussione primum locum occupat, quid statuendum sit de prohibitione in divisione parentum inter liberos correspectiva, *ne, donec alter conjux decesserit, apertura fiat?* Ubi initio generatim præmonendum est, nullam omnino apparere rationem, quo minus testatoris prohibitioni, ne ultima ipsius voluntas intra certum tempus aperiatur, in quacunque dispositione & a quocunque facta fuerit, obtemperetur. Nulla enim adest lex, quæ hanc prohibitionem pro non scripta aut illicita declaret. a) Neque ullum ex universæ jurisprudentiæ analogia ad evitendam ejusmodi prohibitionem deduci poterit argumentum. b) Quin e contrario standum esse ejusmodi prohibitioni, leges disertis verbis iubent. c) Consentiunt





tiunt præterea interpretes ad unum omnes, e quibus præ aliis nominandi PERETZ, d) BRUNNEMANNUS, e) HERTIUS. f)

a) Equidem Augustus per *L. Juliam vicefimariam*, in gratiam filii, ne mora fieret vicefima hereditatum, statuerat, ut testamenta *statim* aperirentur, id quod edicto deinde confirmavit Hadrianus. EZECHIEL SPANHEMIUS *in orbe Romano Exercitat. II. cap. 4.* CUJACIUS & SCHULTINGIUS *ad PAULI receptas sententias Lib. IV. Tit. 6.* Verum constat inter omnes, & vestigial illud vicefimarium postea ab usu recessisse, & Justinianum edictum Hadriani plane sustulisse in *L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo*. Et sic leges istæ, quæ aperturam *statim* fieri volebant, penitus sunt antiquata. Deinde nec ipsam illam *legem vicefimariam* aut edictum Hadriani eum casum, quo ipse testator aperturam ad certum tempus prohibuit, sub se comprehendisse, vel exinde fit clarum, quod illo ipso tempore, quo edictum Hadriani adhuc in viridi fuit observantia, *jus de non aperienda testamenti parte*, quam defunctus aperiri vetuit, manifesto receptum fuit, uti patet ex iis, quæ rescribunt DIOCLETIANUS & MAXIMINIANUS in *L. 3. C. quemadmodum testamenta aperiuntur*.

b) Quodsi quis forte exinde dubitandi ansam capere veller, quod dies heredi adscriptus haberi debeat pro non adjecto, ille sane nimiam juris imperitiam proderet, cum inter tempus delatæ hereditatis & tempus aperiendi testamenti immane quantum intersit. Alias nec *dies vicefimus*, qui hodie hac in parte ut plurimum pro termino servatur, salvo jure expectari posset. Qua igitur ratione testator constituere potest





diem executioni ultimæ suæ voluntatis, quem antevertere injustum est, *L. 77. §. 10. ff. de leg. 2.* COVARRUVIAS *Tom. I. cap. Tua, n. 5.* eadem ratione etiam dies, quo dispositio ipsius aperiri debet, ab arbitrio ipsius dependet. Accedit & illud, quod si vel maxime aliquis a tempore aperiendi demum testamenti heres scriptus fuerit, tamen per clausulam codicillarem eveniat, ut in ea specie heres legitimus videatur rogatus, hereditatem, eo tempore elapso, restituere heredi scripto. Et quia vel clausula codicillaris usu fori nostri intelligitur inesse, licet omiſſa, vel saltim imperfectum testamentum pro codicillo habetur, hac via talis voluntas, utique diserte expressa, semper effectum habebit ceu adfirmant accuratissimi Juris interpretes. HUBERUS *ad ff. tit. de conditionibus institut. §. 3. & ad 7. tit. de codic. in f.* BOEHMER *de verbis directis & obliquis §. 15.*

c) De pupillari substitutione, quod ejus apertura a testatore prohiberi possit, res expedita est per *§. 3. ff. de pupill. substit.* Perperam vero hanc testatoris facultatem ad solam istam speciem restringi, patet ex *L. 3. C. quemadm. test. aper.* ubi *generatim* ne ea testamenti pars, quam testator aperiri vetuit, publicetur, disertis verbis statuitur. Plures præterea sunt textus, qui quidem de prohibita per testatorem apertura speciatim non loquuntur, demonstrant tamen voluntatem defuncti in aperiendis tabulis omnino servandam esse, quorum pertinent, quæ *de loco*, ubi apertura fieri debet, habentur in *L. 2. C. quemadm. testam. aper. add.* JACOBUS GOTHOFREDUS *ad L. 4. C. Theodos. de testamentis.*

d) *Prælect. in Cod. tit. quemadm. testam. aper. num. 4. ibi: inter-*





*interdum apertura denegabatur, vel differebatur vel saltem alicujus partis testamenti. Quid enim si testator aperiri ad certum tempus vetuerit! Quid si ea pars esset, quam patet fieri pestulantis non intererat minusve expediebat?*

e) *Ad L. 3. C. quemadm. test. aper. num. 2.*

f) *In dissert. de apertura testamentorum §. 13.*

### §. X.

Quod itaque circa prohibitam ultimæ voluntatis aperturam generatim est juris, multo magis obtinet, si ejusmodi prohibitio facta fuerit *in dispositione conjugum correspectiva, donec uterque deceaserit.* Dispositionem enim correspectivam, quamvis plures adsint disponentes, tamen quoad valorem & efficaciam unam saltem, in cujus argumentis neque prius neque posterius datur, eamque propterea post mortem alterutrius disponentis hæctenus pro unica & sola ejus, qui superstes est, habendam esse, probatum est supra. (§. VI.) Nulla igitur ejus est vis, nullus effectus, nisi utroque conjugum defuncto, quia, simulac superstes judicium suum mutaverit, qua facultate omnino gaudet, etiam prædefuncti judicium corruiere necesse est. Unde quoque huic prohibitioni standum esse nulla unquam inter Jctos fuit dubitatio, quemadmodum in terminis deducunt ARIAS PINELLUS a) & HARPPRECHTUS.

a) *Select. interpret. jur. Lib. I. 10. §. 20.*

b) *De testamentis correspect. num. 323. seq.*

B 3

§. XI.





## §. XI.

Maxime  
si dispo-  
sitio con-  
tinet di-  
visionem  
inter li-  
beros iis  
in locis,  
ubi con-  
jux super-  
stes gau-  
det usu-  
fructu  
omnium  
rerum,  
quas de-  
functus  
reliquit.

Cui rei insigne accedit argumentum, si constat & probari potest, conjuges nihil aliud disposuisse: quam quomodo bona ipsorum communia, post mortem utriusque, inter liberos dividi debeant, iis in locis, ubi superstes, vi statuti, gaudet plenissimo usufructu omnium rerum, tam mobilium quam immobilium, quas defunctus reliquit, ita ut ne quidem liberorum legitima ab hoc usufructu excepta sit, quo jure *Francosfurtum* utitur. a) Cum enim vi statuti liberi non nisi post utriusque parentis mortem, bona alterutrius, utut jam defuncti aut petere, aut inter se dividere possint; patet, casum perficiendæ divisionis *non nisi utroque parente defuncto* existere. Possè autem, aperturam ad illud tempus, quo demum voluntas ad effectum perducì & potest & debet prohiberi, exemplo *substitutionis pupillaris* ita manifestum est, ut de eo dubitare saltim velle turpe sit.

- a) *Jure Francosfurtensi* conjux superstes in universis prædefuncti conjugis ad ipsius quoque liberos & respective parentes devolutis bonis usufructum nanciscitur, ita ut ipsa quoque legitima memoratis personis ex defuncti substantia debita huic oneri subjaceat, & liberi saltim alimenta, congruas dotes & donationes propter nuptias a superstite parente accipiant. *Reformat. Francosfurtens. P. V. T. 4. §. 3. seqq. ad KLOTZ de usufructu conjug. statutario cum primis Francosfurtensi* PERSCHBECHER *de jure mulieris francosfurtanae.*

## §. XII.





## §. XII.

Sed instas, usumfructum conjugum Francofurtensium pertinere tantum ad statum *intestati*. Unde si ad sit dispositio conjugis prædefuncti, eam aut esse apertam, ut constare queat, quænam forte in ea circa lucra superstitis statuerit defunctus, aut superstiti abstinendum esse omnibus defuncti bonis, cum intestati successor nihil prorsus juris in hereditate habeat, quamdiu dubitatur, an testamentariæ successioni locus esse possit. Sed salva res est. Primo enim falso supponitur, usumfructum istum legalem pertinere tantum ad statum *intestati*. Quamvis enim detur, super lucris conjugalibus suo modo liberam esse testandi facultatem, *a*) (de quo ipso vero adhuc sub iudice lis est) expeditum tamen est, eam multis conditionibus esse restrictam, adeoque neque omnia lucra conjugalibus per ultimam voluntatem adimi posse, neque ea ademta censeri, nisi iis in bonis, super quibus specialis quædam adest dispositio, v. g. rem aliquam per modum legati tertio relinquendo, uti erudite docet, *Doctissimus Auctor, de rerum Anmerckungen über die erneuerte Franckfurtcher Reformation. b*) Quod si igitur vel maxime adsit testamentum, tamen si in eo de lucris conjugalibus speciatim nihil est dispositum, aut non intra limites præscriptos, hæc neutriquam pro ademtis haberi debent sed omnino peti possunt, salvo in reliquis testamento. *Nec enim, do-*  
*cente*

Objectio-  
nibus re-  
sponde-  
tur.





cente in simili casu MEVIO c) *absurdum est, subsistere testamentum, & tamen peti portionem statutariam, cum hac non jure successionis sed ut debitum petatur. Ut itaque frustra futurus esset, qui contra hanc sententiam arguere vellet, aliquem pro parte testatum & pro parte intestatum decedere non posse.* Deinde licet concedatur liberrimam esse testamentorum potestatem in lucra conjugalia, tamen, si apertura ex justa quadam causa differri debeat, convenit inter Doctores, uti in terminis docet Jctus consummatissimus ANTONIVS FABER d) potiorē esse tempore intermedio causam eorum, ad quos ab intestato bona pertinent, quibus propterea & possessio & usus tam diu relinquendus est, donec de alia successione ex apertis tabulis constiterit. Quamvis enim alias successioni ab intestato nullus locus sit, quamdiu ex testamento adiri potest hereditas; cessat tamen regula ista, ubi quædam ultimæ voluntatis dispositio quidem adest, sed cujus capita nondum probata sunt, neque intra longum forte tempus probari possunt, & de qua nequidem constat, an pro justo testamento, an vero saltem pro codicillis ab intestato factis, qui successionem legitimam non evertunt, haberi debeat. Cumque in dubio quilibet testator conformasse se legibus censeatur, fortior semper & probabilior est præsumtio pro successoribus ab intestato quod testamento non omnino sint præteriti, e) Quæ hæcenus allata sunt, extra omnem dubitationem collocantur, si is, qui bona ab  
 in.





intestato habiturus est, in possessione rerum hereditariarum sine vitio deprehenditur, uti fit in conjugate superstitite, quod qui in possessione sine vitio reperitur, in ea etiam tuendus sit, neque hoc possessorium excipi queat a generali regula, quod lite pendente nihil sit innovandum. f) Quibus omnibus adhuc accedit, si conjuges eadem membrana testentur, ejusque aperturam, donec uterque decesserit, prohibeant, aliam nulla ratione capi posse conjecturam, quam *alterum alteri lucra statutaria plenissime confirmasse*. Contra omnem enim veri similitudinem est, quæ in qualibet materia attendi debet, conjuges hunc modum testandi electuros fuisse, si alter alterum lucris statutariis privare voluisset. Immo contraria sunt lucra statutaria superstiti adimere velle, & tamen aperturam dispositionis ad ejus mortem prohibere. Omnis autem interpretatio ita est facienda, ut evitetur contrarietas, sive perplexitas.

- a) Lucra conjugalia secundum statutum Francofurtense testamento excludi aut minui nequiquam posse defendunt LUDOLF *observ.* 190. p. 489. & 508. SCHNEIDER *in specim. conciliat. antinomiar. quarundam jure statutor. Francofurt. apparent. antin.* 6.
- b) *Tom. I. pag. 353. seqq. & Tom. III. p. 585. seqq.* quæ hic omnino conferenda sunt.
- c) *Ad Jus Lubecense P. II. Tit. I. art. 6. num. 19. seq. 309.*
- d) *Codice Sabaudico Lib. VI. Tit. 14. definit. 1. & 4.*
- e) *L. 57. §. 1. ff. ad Sctum Trebell. MENOCHIUS Lib. IV. præsumt. 21. num. 35. MEVIUS ad Jus Lubec. P. II. T. I. art. 8. n. 39. pag. 317.*

C

f) FA-





f) FABER l. c. definit. 4. num. 25. MEVIUS P. II. decis. 287. num. 7.

§. XIII.

Continua-  
tio.

His ita positis, satis bene quidem se habet, quando dicitur, suprema hominum judicia exitum habere debere, ita ut iudex etiam ex officio, si nemo aperturam petat, eam curare teneatur. Attamen ista omnia pertinent ad eum tantum casum, ubi testator ipse aperturam non prohibuit. Huic enim iussioni si morem geramus, tantum abest, ut supremum iudicium exitu careat, ut potius hæc unica via sit, qua illud executioni suæ mandetur.

§. XIV.

Nec iudex, ut sibi soli testamentum inspiciendi facultas fiat, jubere potest.

Sed forte iudex, ut sibi soli secreta testamenti inspiciendi facultas fiat, nulla quod ad litigantes facta ejus publicatione, jubere poterit, quam mediam viam FRIDERUS a) BRUNNEMANNUS b) LAUTERBACHIVS c) STRYKIUS d) si super apertura testamenti lis & causa dubia est, suadent. Verum & hoc temperamentum aliter locum reperire non potest, quam si quis, ut ipsi laudati Doctores explicant, propria sua intentione, nulla testatoris auctoritate suffultus, sub prætextu v. g. quod nihil actori sit relictum, quodque verendum ne vires patrimonii sine causa pandantur, aperturam effugere voluerit. Nullus vero Doctorum unquam eo progressus est, ut iudici contra expressam testatoris voluntatem hanc licentiam con-





concederet. Contra eam enim nihil iudex debet discernere, quippe quæ instar reginæ in conclavibus testamentorum aliarumve similibus dispositionum, & extremarum voluntatum principem locum obtinet, ut loquitur MAYNARDUS. e) Speciatim autem nulli prorsus usui esse potest hæc iudicis inspectio, si in divisione parentum inter liberos *correspectiva* apertura, donec uterque parens decesserit, prohibita fuerit, cum omnis hujus divisionis vis a voluntate superstitis dependeat unice, & ab hoc pro lubitu non tantum pro parte sua, sed etiam in solidum mutari & penitus tolli queat. (§. X.) Nunquam autem faciendum est, id, quod factum non relevat. Quam in rem insigne Senatus Sabaudici iudicatum adfert ANTONIUS FABER. f).

- a) *De mandat. Lib. 2. cap. 51. num. 3.*
- b) *Ad L. I. ff. de tabul. exhib. n. 5.*
- c) *Colleg. theor. pr. tit. de tabul. exhib. §. 8.*
- d) *Usu modern. tit. de tab. exhib. §. 1.*
- e) *Decis. Tholos. Lib. V. dec. 14. num. 1.*
- f) *Codic. Sabaud. L. VI. tit. 14. num. 26.*

### §. XV.

Quibus consequens est, si iudex hoc casu nihilominus aperturam sibi seorsim fieri jubeat, appellationi omnino locum esse. Quamvis enim regulariter contra sententiam, qua apertura testamenti decernitur, locus est

Secus si iudex facit appellationi locus est.





appellare non liceat per leges expressas *L. ult. ff. de appellat. recip.* & *L. 6. C. quorum appellat. ne recip.* notum tamen est, omnes causas non appellabiles, quoties exceduntur termini, intra quos appellabiles non sunt, fieri appellabiles. *a)* Casum autem, quando ipse testator aperturam ad certum tempus prohibuit, sub dictis legibus non comprehendi, exinde manifestum est, quod illæ uti *in d. L. ult. ff. de appellat. recip.* discrete dicitur, desumptæ sint ex Edicto D. Hadriani supra relato *b)* quod tamen ipsum salvam reliquit testatoribus facultatem aperturam ad certum tempus prohibendi. (§. IX. not. *a)* Taceo leges istas, postquam Jure canonico appellationes insigniter sunt amplificatæ, in plerisque ab usu recessisse. *c)*

- a)* LINCKER *de gravam. extrajudic. cap. 6. §. 11. num. 2.*  
BRUNNEM. *ad d. L. ult. ff. de appellat. recip. in f.*
- b)* Add. CUJACIUS *ad Paul. Sentent. recept. Lib. IV. Tit. 6. §. 3.* in SHULTINGII *Jurisprudentia Ante - Justinianea pag. 403.*
- c)* Etenim *in d. L. ult. ff. de appell. recip.* denegatur etiam appellatio, *ne scriptus heres in possessionem mittatur*, quam tamen hodie admitti indubium est. Vid. LINCKER *de gravam. extrajud. cap. 3. §. 6.* GAIL. *Lib. I. obs. 7.* BLUM *Tit. 46. §. 55.* BOEHMER *R. 1023. num. 2.*

### §. XVI.

Transitus  
ad casum.

Sed hæc omnia tam clara & aperta sunt, ut longa probatione non indigeant. Immo vix quidquam  
eam





eam in rem dictu necessarium videretur, nisi contigerit, ut nuper in ipsis rerum argumentis hæc quæstio nescio quâ perversa legum applicatione disputari cœperit. Unde quoque, quæ hæctenus prolata fuerunt, non iusta aliqua dissertationis forma, sed unice respectu ad certum casum habito comparent.

## §. XVII.

Casus. Casus autem hic est: Duo conjuges in urbe Francofurtensi condunt eadem membrana simultaneam dispositionem, qua constituunt, quomodo *bona ipsorum communia, nulla habita ratione utrum paterna sint, an materna*, post utriusque mortem inter liberos suos, filium nimirum & nepotem ex prædefuncta filia, dividi debeant, hujusque dispositionis duo cōficiunt exemplaria, singula peculiari involucre clausa, & numeris 1. & 2. distincta, quorum cuilibet maritus manu propria inscribit contineri ibi suam & uxoris suæ ultimam voluntatem, *quæ post utriusque demum mortem aperiri & ad effectum perducì debeat.* Verba ita habent

Hierinnen befindet sich mein N. N. und meiner Frauen N. N. letzter und liebster Wille, welcher nach unserer beyderseitrigem seel. Todt soll erecßnet und in allem treulich nachgelebet werden.

Moritur deinde maritus, quo facto a vidua supersti-





te prædefunctæ filiæ maritus nomine filii sui aperturam & copiam dispositionis hujus postulat. Excipit vidua, aperturam disertis verbis a defuncto ad mortem utriusque conjugis esse prohibitam, eumque in finem duo exemplaria clausa coram iudice producit, atque dum gener manum soceri in exemplari sub *num. 1.* quidem agnoscit ejus vero agnitionem in exemplari sub *num. 2.* recusat, non tantum ad *comparationem litterarum* provocat sed etiam duo testes, qui confectioni dispositionis interfuerant, atque defunctum maritum prohibitionem istam utriusque exemplari inscribentem viderant, nominat, eorumque examen legitime peragendum petit. Verum iudex, nullam hujus petitionis rationem habens, postquam partes aliquot scriptis ulterius disputassent, pronunciat:

Dafs Implorantin, ohnerheblichen Einwendens ohngehindert, ihres seel. Ehe-Conforten N. N. errichtete letzte Willens-Disposition in originali, und zwar die beyde bereits coram deputatione producirte sub num. 1. & 2. bezeichnere Exemplar, innerhalb 8. Tagen, um damit solche richterlicher Seits zusehenderst erceffnet und eingesehen, demnechst pto. petita publicationis, und ob selbige gantz oder zum Theil geschehen mæge, das weitere rechtlich verfüget werden kenne, ad Sabinatum zu lieffern schuldich seye.

Ab hac sententia vidua appellat ad Judicium Imperii





rii aulicum, spe plenissimos processus obtinendi. Dum quoque ex decem testibus, qui confectio-  
tionis interfuerant, duo tantum adhuc, iique senio graves, supersint, a iudice a quo, salva tamen ap-  
pellatione, ut isti super articulis quibusdam, *quod ni-  
mirum in dispositione in litem deducta non nisi divisio  
bonorum utriusque conjugis communium inter liberos con-  
tineatur, quodque ambo ejus exemplaria eodem omnino  
sint tenore*, denuc petit, sed repulsam fert, eamque  
ob rem novum hoc gravamen prioribus peculiari  
scripto jungit, & sic causa de integro disputari cœpit.

## §. XVIII.

Argumenta præcipua, quibus pars appellata uti-  
tur, sunt

Argu-  
menta  
pro aper-  
tura fa-  
cienda.

1) Quod, cum duo adsint exemplaria, ante aper-  
ram sciri nequeat, quodnam sit prius, quod-  
nam posterius; & hinc eo minus prohibitio-  
nem defuncti testatoris attendendam esse, quod  
in exemplari sub num. 2. manus ipsius non  
agnosceretur; Deinde

2) Licet hac in parte nihil dubii esset, tamen  
aperturam non impediri, quod occurrens ibi  
vocabulum *beydersseitige* ad quemlibet testato-  
rum in specie se referat, hoc sensu, ut, si ma-  
ritus moreretur, ipsius dispositio, sin vero  
uxor, ea, quæ ad hujus bona spectaret, ape-  
riri debeat, hancque interpretationem eo ma-  
gis





gis præferendam esse, quod legi expressæ in *Reformatione Francofurtensi* P. IV. T. I. §. 8. omnino conveniat, ubi statutum esset: Wenn zwey Ehe-Leuthe sæmtlich in einem Brief testiren wollten, und dann eines unter denselben mit Todt abgehe, daß alsdann solch Testament, so viel des Abgestorbenen Güther belanget, kræfftig seyn, und den überlebenden Ehe-Gemahl nichts desto weniger frey stehe, ermeldt gemein Testament, so viel seine Güther betrifft, seines Gefallens zu ændern.

- 3) Inscriptionem neque annum aut diem adjectum habere, neque a testatore subscriptam esse, adeoque nullius esse effectus. Deficere præterea requisita, quæ *Reformatio Francofurtensis* P. IV. Tit. I. §. 10. si testator testamentum involucro claudere velit, exigeret. Eam enim disertis verbis velle: Hett jemand Bedencken, (wie dann etwan geschicht) sein Testament und letzten Willen, öffentlich vor den Zeugen zu erklären und damit derselbig, ehe Zeit, nicht ausbrechen möchte, gern in geheim testiren wollte; daß der Testator solchen seinen verfertigten Willen alsdann mit seinem Insiegel oder gewöhnlichen Petschier in einem Umschlag verschliesse, denselben von aussen, daß darinnen sein N. Testament





stament und letzter Wille einverleibet und verschlossen seye, mit eigener Hand aufschreibe; oder einen andern aufschreiben lasse: Und demnach drey Raths - Personen, oder im Fall sterbender Leuffte, drey andere ehrbare Bürger als Zeuge zu sich erfordere, und denenselben anzeige, wie er in gegenwärtigen versiegelten Umschlag sein Testament und letzten Wille verschlossen habe, den er auch nach seinem Todt also wolle vollzogen haben, mit Bitt, das sie drey erforderten, solchen also annehmen, in unsere Cantzeley tragen, und dafelbst der Burgermeister einem überlieffern wolle &c.

- 4) Minime liberum esse testatori, aperturam testamenti prohibere. Opus enim esse, ut testamenta exitum fortiantur, & controversiarum quæ super iis oriuntur, habeatur finis, id quod sine eorundem apertura & inspectione nullo modo fieri possit.

t. t. ff. & C. testam. quemadm. aper.

- 5) Falso dici, in dispositione, de qua quæritur, contineri saltim *divisionem inter liberos ad tempus futurum*, cum non tantum testator in ipsa illa inscriptione, in qua omnis lis vertitur, eam *seinen letzten und liebsten Willen* appellaverit; sed etiam vidua superstes eam in actis nomine testamenti subinde insigniverit.

D

6) Con-





- 6) Contra Sententiam, qua apertura testamenti decernitur, per leges expressas nullam admitti appellationem.

§. XIX.

Quæ con-  
sulantur.

Verum omnia ista ita sunt comparata, ut sua quasi sponte corruant. Spectant autem partim *facultatem*, partim *voluntatem* testatoris, partim *formam* qua res gesta est. Facultatem impugnant *quartum & sextum argumentum* quibus vero immorari non erit necessarium, cum supra luculenter sit demonstratum, cuilibet testatori liberum esse, certum præfigere diem, ad quem apertura voluntatis suæ differri debeat (§. IX.) Judicem quoque, si contra pronunciet, *quavis sibi soli, nulla quod ad partes attinet facta publicatione, aperturam fieri velit*, injuste agere, & appellationi locum facere. (§. XIV. & XV.) Idque imprimis servandum esse, *si in divisione parentum inter liberos correspectiva apertura ad utriusque conjugis mortem prohibeatur* (§. X.) iis in locis, ubi conjux superstes gaudet plenissimo usufructu omnium rerum, quas prædefunctus reliquit, (§. XI. seqq.) quorum utrumque in hac nostra specie observare licet. De usufructu enim conjugis superstitis in urbe Francofurtensi nulla est dubitatio. Quod vero in dispositione de qua ad præsens quæritur, nil nisi voluntas parentum contineatur, quomodo bona ipsorum *communia & indivisa*, nulla habita ratione paterna sint an materna  
inter





inter communes liberos post utriusque mortem dividi debeant, adeoque dispositio hæc sit *correspectiva* cujus vis & efficacia a voluntate conjugis superstitis unice dependet (§. VI.) fide testium, qui confectioni dispositionis interfuerunt, extra omnem dubitationem collocatur. Istorum enim dictis eo major tribuenda est auctoritas, quod constat, probationem, si non de forma testamenti constituendi, sed de testamento jam constituto quæritur, jure ordinario fieri, ita ut nihil vetet, quo minus, vel uno teste extante, jurijurando suppletorio locus esse possit.

BERGER *æcon. Juris Lib. II. Tit. IV. §. 3. not. 5.*

De facultate igitur quod testator aperturam ad certum tempus prohibere potuerit res certa est. Superest ut de voluntate videamus ad quam negandam argumenta *primum & secundum* sunt comparata, imbecilla admodum & infirma. Quod enim primo loco dicitur, *duo adesse exemplaria in quorum uno manus testatoris non agnosceretur; & ante aperturam sciri non posse, quodnam exemplar sit prius quodnam posterius*, abunde iterum refellitur per testes, qui certo certius sciunt, duo exemplaria eodem omnino esse tenore, & eodem tempore esse confecta, quique testatorem, prohibitionem aperturæ utrique exemplari inscribentem, oculis suis viderunt. Præterea dubitatio, quænam dispositio sit prior, quænam posterior, ad causam hanc plane nihil confert. Etenim si vel maxime constaret, duo





exemplaria esse *diversi* tenoris tamen quum in quolibet eorum prohibitio aperturæ deprehendatur, in quolibet etiam testatoris voluntas esset servanda. Quod ad *alterum argumentum* attinet, interpretatio vocabuli beyderseitigen, quam pars adversa adfert, ita est contorta, ut nulla confutatione indigeat. Verba enim

Hierinnen befindet sich mein N. N. und meiner Frauen letzter und liebster Willen, welcher nach unserer beyderseitigen Todt soll erceffnet . . . werden.

sunt planissima. Sensus autem ubi clarus est officium interpretis cessat.

BOEHMER *Introd. in Jus Digest. tit. de justit. & jure §. 3.*

Locus quoque, qui ex Reformatione Francofurtensi huc adducitur, ab hac quæstione plane est alienus. Unice enim ibi in testamentis conjugum simultaneis superstiti facultas, suam voluntatem pro arbitrio mutandi adferitur. De prohibita vero per testatorem voluntatis suæ apertura, ne verbum quidem ibi occurrit. Restat forma prohibitionis, quæ tertio loco impugnatur ex *Reformat. Francofurtensi P. IV. Tit. I. §. 10.* Sed quam inconcinne ac perverse hoc fiat, cuilibet textum hunc inspicienti non potest non statim in oculos incurere. Agitur enim ibi, ut inter omnes constat, de *testamento publico implicito*, de qua re nulla hic est quæstio. Ita enim d. Sphi verba initialia habent:

Hett





Hett jemand Bedencken sein Testament und letzten Willen öffentlich vor den Zeugen zu erklären, und damit daselbig, ehe Zeit, nicht ausbrechen mächte, gern in *geheim* testiren wolle &c. confer. Auctor derer Anmerckungen über die Franckfurter Reformation h. t.

Quin *Perillus* *Stris Dominus* de SENCKENBERG in *dissert. de origine testamenti publici* solide dudum docuit, non omnia, quæ in Jure Francofurtensi hoc loco exprimuntur, præcise sub nullitatis pœna observanda esse, sed pleraque ad cautelas & ad melius esse tantum pertinere. Sane enim cum involucrum non sit pars testamenti, sed tantum indicium testatoris quod in eo ultima voluntas contineatur, nullis prorsus hic opus solennibus.

LUDOVICI de involucro §. 25. B. de LUDOLFF observ. cam. 26.

Speciatim verò voluntatem parentum Sanctam debere esse liberis, quocunque modo declaratam, norunt omnes. Et tantum abest, ut in prohibenda testamenti apertura quidquam solennitatis necessarium sit, ut etiam *tacite* fieri atque præsumtionibus & conjecturis probari possit, quemadmodum patet ex L. 8. C. *quemadmodum. testam. aper.* ubi vetita intelligitur tabularum pupillarium apertura, si modo parens eas seorsim signatas reliquerit.

Ceterum dubium, quod adhuc movetur, dispositione, de qua quæritur, non contineri *mudam divisionem* sed *justum testamentum*, vix ulla dignum est consideratione.





tione. Dum enim parentes constituerunt, quomoda bona ipsorum *communia & indivisa* post utriusque mortem inter liberos *dividi* debeant, in arbitrio illorum procul dubio positum fuit, perficere hoc negotium adhibitis solennitatibus aut sine iis. Ut itaque illud in causa nihil mutare queat.

§. ult.

Conclusio. Et sic satis explosa videntur argumenta, quibus apertura ultimæ dispositionis postulatur ante tempus, quod testator ipse huic negotio præfinivit. Et omnino mirari subit, qui fieri queat, ut cuiquam ulla eam in rem incidat dubitatio præsertim in Germania, ubi communio bonorum inter Coniuges, vel universalis vel particularis, obrinet, cujus ille ipse ususfructus, quo ex statuto Francofurtensi superstes gaudet, continuatio est.

MEVIUS *ad Jus Lubecense Part. II. Tit. II. art. 8. num. 8. seqq.*

HEINECCIUS *de usufructu materno §. 29.*

Nihil igitur frequentius, quam ut testamenta conjugum definiant casum successionis post mortem ultimo superstitis

MEV. *l. c. Tit. I. art. 10. num. 10.*

Cui omnino conveniens est, ut etiam aperturam ad hoc tempus prohibere queant, contra quam voluntatem neque Judex, neque quisvis alius quicquam audere debet.

FINIS.

nc



72  
621

VD 18

**ULB Halle** 3  
006 762 255











7 86

# FRANCISCI IVSTI KORTHOLT

J. U. D. ET PROFESSORIS PRIMARIJ  
ACAD. GIESSENSIS PROCANCELLARIJ

COMMENTATIO  
DE

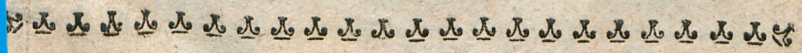
## DIVISIONE PARENTUM INTER LIBEROS CORRESPECTIVA

## EJUSQUE DONEC UTERQUE CONJUX

DECESSERIT PROHIBITA APERTURA  
IMPRIMIS SECUNDUM  
REFORMATIONEM FRANCOFURTENSEM.



*Editio secunda.*



GIESSAE,  
EX OFFICINA BRAUNIANA.  
1774.

