

1713, 16.
35
DISSERTATIO JURIDICA,
DE
RESTRICTA
TESTATORIS
POTESTATE,

CUJUS DEFENSIONEM
PERMISSU

ILLUSTRIS *CTORUM* *ORDINIS*
SUB PRAESIDIO
VIRI EXCELLENTISSIMI,
DN. D. JOH. CHRISTOPHORI
SCHACHERI,

PANDECT. PROF. PUBL. ORD. PRAESULATUS
MARTISBURGENSIS CANONICI, ACADEMIAE DECEMVIRI,
FACULTAT. JURID. A^SSESSORIS, ET RELIQUA.

PATRONI ATQUE AVUNCULI SUI
VENERANDI,

D. VII. APRIL. A. R. S. M. DCCXIII.

SUSCIPLET

CASPAR. FRIDER. SCHAMBERG,
LIPSIENS.

LIPSIAE
TYPIS ZEIDLERIANIS.

DISSERTATIO JURIDICA

DE
RES TRACTATA

TESTATORIS

POBOMINTE
QUIRINO WILHELM

IN OESCHLAGEN

SUB PRAESIDIO
VIRI EXCELLENTISSIMI
D. D. POSITIVE PHILIPPO

PREMIATIS
HABITIS

IN ACADEMIA
PUBBLICA

CASARE PRINCEPS SCHAMBERG

LEIPZIG
1771

M

Q

PO
RIS
SUP
LIP



VIRO.
MAGNIFICO. ATQUE. EXCEL-
LENTISSIMO.
DOMINO.
QUIRINO. HARTMAN-
NO. SCHACHERO.

JCTO.
POTENTISSIMI. REGIS. AC. ELECTO-
RIS. SAXONUM. CONSILIARIO. CURIAE.
SUPREMAE. PROVINCIALIS. ET. SCABINATUS.
LIPSIENSIS. ASSESSORI. TEMPLI. NOVI. ANTISTITI. NEC.
NON LIPSIENSIIUM. REIPUBL.
CONSULI.

S. D. P.

VIR
MAGNIFICE ATQUE EXCEL-
LENTISSIME,
PATRONE ET AVUNCULE
AETERNUM DEVENERANDE,



Ot tantaque beneficiorum
genera, quibus à teneris jam
unguiculis me nullo prorsus
merito TIBI cognitum cumula-
stis pariter atque ornasti,
non effecerunt solum, ut de
incredibili TUA benignitate
convictus summa TUI semper
sim affectus admiratione, sed
dies mihi quo.

quoque noctesque sponte jam currenti addiderant stimulos, ut quacunque etiam fieri posset ratione, devotissimam *TIBI, VIR MAGNIFICE*, mentem contestarer, animumque approbarem devinctissimum gratisimumque. Et fingi quid posset opportunius, quid accidere exoptatius hac, qua mihi sese hoc ipso die offert, occasione publicum venerationis in TE meae edendi documentum. Cum enim in Cathedram de *RESTRICTA TESTATORIS POTESTATE* verba publice facturo mihi jam sit descendendum, in excellentissimum *NOMEN TUUM* profecto essem injurius, notamque hominis raris pleni & infictiarum, imo ingratisimi vix ac ne vix quidem evitare possem, nisi haec pagellas *TIBI, PATRONE SUMME*, dicere & quasi vellem consecrare. Sunt quidem, diffiteri non possum, ad expungendum aliqua saltem ex parte nomen meum nimis imbelles, satisque declarant, quantum meae in compensandis beneficiis sint restrictae vires, nihilominus tamen cum natura TUA magis, quam dici potest, benigna in spem me adducat certissimam, fore ut foetum *FRATERNAE* eruditionis hilari sis accepturus fronte, deditissimique clientis conatus con-

sucta

sueta profecuturus benevolentia, a concepto se-
mel haud desisto consilio. Accipe igitur, *P A-
TRO NORUM CORIPHAEE*, pietatis ac
nunquam intermoriturae observantiae meae te-
stes ex summa animi proficiscentes religione, nec
unquam patrocinio TUO optimo maximoque
eum dedignare, cujus vita diuturnior non erit,
ac memoria innumerorum TUORUM merito-
rum. Ultimam huic nunc admovere possem
manum epistolae, nisi omnium civium, imo uni-
versae Lipsiae omniumque bonorum preces, quas
fundunt, gratulationesque, quas *SUO CAPITI*,
SUO QUE exsolvent *SCHACHERO*, ad
imitationem & me quoque excitarent, & ad gra-
tulandum *TIBI, AVUNCULE HONORA-
TISSIME*, atque bene precandum adhorta-
rentur. Gratulor itaque *TIBI, VIR MAGNI-
FICE*, de fascibus consularibus, quos TUA in
Republicam fides, TUA vigilantia, TUAque la-
te circumfusa sapientiae fama ante multos jam an-
nos meruerunt, quosque omnium ex voto, omni-
umque cum applausu paucos abhinc dies Ordinis
Senatorii Patres Venerandi TIBI detulerunt.
Servet TE DEUS, summus Rerumpublicarum
Stator in decrepitam, usque senectutem optima
praeditum valetudine, in totius Reipubl. quae Li-
psiae

psia est, emolumentum, in literatque orbis orna-
mentum: fervet TE, inquam, summum Numen,
MAGNE SCHACHERE, in *GENTIS*
TUAE splendorem, in innumerorum, TUO
qui sibi de patrocínio gratulantur, imo
mei meorumque solatium. De me vero,
quantum ipse quidem polliceri possum, per-
suadeas TIBI velim, me donec ultimum mortali-
tati erit dicendum vale, eo omnibus esse annisu-
rum viribus cogitationibusque, ut unum in TE
venerationis meae specimen alterum excipiat,
nec ullum unquam tempus cursum impediatur de-
vincitissimae in TE universamque *TUAM*
GENTEM pietatis. Vale.

*MAGNIFICI, EXCELLENTISSI-
MIQUE NOMINIS TUI,*

cultor observantissimus devotissimusque

CASPAR. FRIDER. SCHAMBERG.



Etiam objecti Juris partem consti-
tuunt actiones, quatenus sc. illæ in
Judicio instituendæ & exercendæ,
& videndum, quousque testatoris
potestas hic restricta sit. Cum au-
tem ab initio & in exordio litis pri-
ma Judicis cura esse debeat, ut ami-
cabilis inter partes instituat trans-

actio, ne difficiliores deinceps fiant tractatus, postquam
jam utrinque causæ momenta rigidius agitata, & ab invi-
cem examinata, expensæ etiam amissæ fuerint. Ziegler
de officio Judic. conclus. 22. §. 6. Quapropter LL. XII.
tabb. cautum fuit, ut non aliter actio institueretur, quam si
pacto lis componi non posset. Goldast. *ad LL. XII. tabb.*

Lib. 2. tit. 5. §. 1. Non inconcinne quæritur: An Testator
transactionem prohibere possit? Neg. Joh. Baptist. de Lu-
ca *in theatr. verit. & just. tom. 10. tit. de fideic. disc. decisiv.*
154. num. 21. Quia talis prohibitio de non transigendo

esset contra bonos mores, & ceu litium nutrimentum, in-
privatam non saltem, verum etiam Reip. perniciem tende-
ret, ac proinde non valeret. Hinc licet testator bona fi-
deic. non tantum alienari, sed de illis quoque transigi no-
minatim prohibuerit, non obstante illius præcepto,
fideicommissariis nihilominus jus de fideicommissis
transigendi competit, ut nihil dicamus, quod cæteris pa-
ribus uniuersique beneficium, ab alio in se collatum, in-
vito quoque eo, qui id dedit, repudiare integrum sit, *L.*
69. §. 156. §. f. de R. J. Unde nata communis DD. sententia,
fideicommissis à fidei commissariis, contra expressam te-
stato-

Testatoris
num restitu-
sit arbitrio, Le-
gem de non
transigendo
heredibus præ-
scribere?

A

stato-

statoris dispositionem renunciari posse. Galleraz. *de Re-
nunc. T. 2. Ren. 44. n. 11.* Knypfchild. *de Fideic. C. 16. n. 120.*
Lim, nisi testator transactionem non absolute, sed modi-
ficate tantum prohibuisset, v. g. his verbis: Hæredes mei
non transigant, nisi cum consilio Agnatorum, quo casu
ejus voluntati utique parendum esset. Joseph. Urceolus
de transact. qu. 62. n. 7. testator enim hæredibus, ut transi-
gant, imperare potest, quæ dispositio tamen non nocet
parti adversæ, quia nemo regulariter ad transigendum vel
paciscendum compelli potest. *arg. l. 56. §. 1. ff. de Evict. l. 41. C. de Trans,*

§ II.

Compromissa quoque ad finiendas lites pertinent. *l. 1. ff. de recept. qui arbit. Cum autem arbitri compromissa-
rii liberâ voluntate à partibus eligantur, l. 11. §. 1. ff. eod.* Te-
stator itaque præcipere nequit, ut adversa pars compro-
missum ineat cum hærede; Cohæredes autem, ut ad se-
dandas discordias compromissum ineamt, ultima sua di-
spositione cogere potest, ne autem hoc præceptum de
compromittendo expiret, per primum compromissum,
animadvertere debet testator, ne simpliciter jubeat de
omnibus controversiis, quæ nasci possent inter suos hære-
des, compromissum fieri in aliquos ex consanguineis vel
amicis, quia sic semel facto compromisso, si compromis-
sum non haberet effectum, non posset iterum ex testamen-
to peti compromissum. Sed addat clausulam, toties,
quoties fuerit compromissum petitum, quo casu compro-
missum iterum peti posset, *arg. l. 34. §. 1. ff. eod. & quia de-
cedentibus compromittentibus, unove eorum, compro-
missum finitur, nec ad hæredes compromittentium tran-
sit. l. 27. §. 1. ff. Et c. fin. X. eod.* cum arbitri nullam aliam
habe-

Testator num
hæredes eo adi-
gere queat, ut
ineant com-
promissum?

habeant potestatem, nisi quæ ipsis a compromittentibus data est, & quatenus data est. *l. 50. ff. eod.* & compromisso tantum cautum sit, ut ipsi arbitri inter compromittentes arbitrium dicant; non potest compromissum transire ad compromittentium hæredes, ut itaque compromissum extendatur in compromittentium heredes, sit cautus testator, ut jubeat etiam ab hæredibus heredum fieri compromissum. Nec obstat *l. 13. ff. de neg. gest. verb. aut ex compromisso committeretur* &c. ex quibus verbis deducitur, post mortem compromittentis transire compromissum in hæreditatem jacentem, & per consequens in heredem; Igitur non opus esse, ut testator de hæredibus heredum mentionem faciat. Sed resp. in hoc textu præsupponitur, sententiam ab arbitro dictam fuisse in vita compromittentium, licet uno eorum defuncto ad huc executioni mandata non esset, sic enim potuit committi pœna adversus ejus hæreditatem jacentem *l. 37. ff. de recept. qui arbitr. recep.* Melchior de Valentia. Tomo 3. *illustrium tract. 1. cap. 2. n. 8.* ob stare quoque videtur textus in *l. 32. §. 10. ff. de recept. qui arbitr. recep.* ex quo deducitur, compromissum non extingui morte compromittentis; si quidem postea potest arbiter sententiam dicere, verum resp. in hâc Lege actum fuit expressè de compromittentibus, ut ad hæredes compromissum transiret; unde rectè dicitur, etiam defuncto uno ex compromittentibus, posse arbitrum sententiam dicere. Sed ut ad unius ex compromittentibus heredes compromissum transeat, testator cavere nequit, *arg. l. 49. §. ult. ff. eod.* quia ejus obligatio mutua est, nec debet claudicare ex parte unius. *l. 21. §. 11. ff. eod.* Claudicaret autem ejus obligatio ex parte alterius, siquidem ex unius parte ad hæredes transiret, ex alterius parte minus. Pari modo restricta est testatoris potestas, quo-

ad personam arbitri, nam ut ad heredes arbitri compromissum transeat, disponere nequit, *arg. C. 50. X. de testibus*, quia, arbiter invitus ad arbitrium recipiendum cogi nequit, sed ejus liber consensus desideratur, *l. 3. §. 1. ff. de recept.*

§. III.

Testator pro lūbitu die etiam feriato testamentum condere potest.

Actus judiciales regul. diebus feriatis, præprimis sacris, quiescere debent, *L. f. §. 1. C. de Judic.* & quod in feriis ejusmodi actum non obligat ad obsequium. *C. ult. X. de Feriis. Mev. P. 3. Dec. 276. n. 7.* nec quosvis actus voluntariæ jurisdictionis iis recte expediri statuit *Struv. in S. J. C. Tit. ff. de Feriis Tb. 35. Zoëf. ad ff. eod. n. 8. conf. L. 2. pr. & 8. C. de fer. & dil.* hinc nec testator die feriato testamentum condere posse videtur, cum testamenti factio sit actus voluntariæ jurisdictionis. Verum cum nusquam in jure actus testandi die feriato prohibitus sit, & actus voluntariæ jurisdictionis, qui causæ cognitionem non requirunt, ut appellationis insinuatio, manumisso, concedantur feriatis diebus, *L. ult. C. de fer.* ejusm. testamentum valere præjudicio confirmat *Joh. Burch. Rosler Sect. 1. Dec. 18.*

§. IV.

Testatori permillum agendi potestatem executori conferre testamentario.

Actionem regul. instituire potest omnis, qui est Dominus Litis, ac liberam rerum suarum administrationem habet, & in judicio standi personam, testator tamen & illi facultatem agendi dare potest, qui Dominus Litis non est: sic executor Testamentarius regul. non potest agere contra debitores hæreditarios, & ubi agere potest, antequam litem contestetur, procuratorem facere non potest. *L. 11. C. de Procur.* & contra heredem quoque agere non potest, nisi sit executor ad pias causas. Sed si testator det illi pote-

potestatem agendi, procuratoremque constituendi, potest executor ad libitum, etiam lite non contestata, Procuratorem facere & contra heredes, & debitores agere; contra testator potest prohibere heredem, ne exerceat actionem propriam; Soarez *ad L. quoniam in prioribus. Ampl. 7. C. de Inoff. Testam. n. 1.* e. g. si liberis prioris matrimonii competeret Jus Protimiseos in domo paterna, potest Pater in favorem liberorum posterioris matrimonii prohibere in suo Testamento, ne hoc Jus Protimiseos exerceat. Restricta tamen est potestas testatoris, si liberi tantum in Legitima sunt instituti, quo casu patris prohibitio liberis non nocet.

Valide exercitium actionis proprie interdicti testator heredibus.

§. V.

Actiones personales contra heredes dantur pro portione hereditaria, quia ipso Jure nomina & actiones inter heredes sunt divisa per *L. 25. §. 1. ff. Fam. etc. & L. 6. C. eod.* sed quid si testator in suo Testamento disposuerit, ut contra unum heredem in solidum dari debeat actio, & reliqui ab ea immunes maneant, an hoc valeat? Distingvendum esse putamus inter creditores & heredes, in præjudicium creditorum non valet, *L. 3. in ff. fam. etc. Bald. de Dote Priv. 33. n. 1. Bertach. in Reperz. L. T. Fol. 202. Stuck. P. 1. Conf. 23. n. 227.* Cum nec pactum hæredum debitoris in præjudicium Creditorum valeat. Boer. *Dec. 57. n. 3.* Debitor enim in alios vinculum suum ita transferre non potest, ut Creditor cum eo litigare teneatur, nec litem hoc modo transferre licet, nam alter alterius conditionem deteriorem reddere nequit, *l. 155. de R. J.* Bene tamen in præjudicium heredum. *arg. l. 14. C. de R. V. Dn. Stryck. in Caut. Contract. Sect. 3. c. 4. §. 6.* Pari modo uti testator disponere potest, ut singuli heredes in solidum

Testatoris valida est dispositio, ubi heredibus injungitur, ut unus ex illis in solidum factis faciat creditoribus.

obligentur Creditoribus. *arg. l. 8. §. 1. ff. de Leg. 1. l. 16. ff. de Leg. 2.* vid. Ronchegall. *ad l. 9. ff. de duobus Reis n. 291. seqq.* cum aliis hæredes debitoris teneantur ad æs alienum defuncti creditoribus hereditariis exolvendum pro portionibus hæreditariis, *l. 1. C. si cert. pet. l. 2. C. de hered. Action.* quatenus enim ponitur causa, eatenus ponitur effectus; Successio est causa obligationis in heredibus. Ergo eatenus obligantur, quatenus succedunt. Similiter, quia singulis heredibus pro portione hereditaria competit actio in singulos debitores, Testator quidem in præjudicium reliquorum heredum uni ex heredibus nomen prælegare potest. *l. 4. pr. ff. fam. ercisc.* non verò in præjudicium Creditorum, v. g. si Creditori contra Cohæredes competat compensatio, quia factio debitoris non potest conditio Creditorum fieri deterior, *l. 25. C. de pact.*

Exactionem
nominis recte
testator uni
heredum per-
mittit.

§. VI.

Ut evitetur incertitudo Dominiorum, tandemque aliquis sit litium finis, *arg. l. 1. ff. de usucap.* omnibus actionibus certi termini sunt præscripti, ultra quos institui non possunt, *Pr. J. de perp. & temp. action.* Testatoris itaque potestas est restricta, ut ultra Legum præscripta Actiones breviores vel longiores facere non possit. *L. 55. ff. de Leg. 1. Mich. Grasfis Rec. sent. Lib. 1. qu. 74.* Nam obligatio semel nata non extinguitur ullo modo, nisi tantum per modos, quos Lex definierit ad sui resolutionem, *pr. J. de perp. & temp. act. L. 44. §. 1. ff. d. O. & A.* Sic Testator actionem, quam Legatarius contra heredem habiturus est, coartare non potest. Nec obstat. *L. 72. ff. de acq. vel. am. ber.* quod testator possit, non obstante, quod Jure Communi habeat annum, tamen brevius tempus assignare. *Joh. à Sande in Decif. Frif. Lib. 4. tit. 6. Def. 1.* Distingvendum

Testator fines à
Legge actioni-
bus definitos
nec ampliores
nec angustio-
res reddere
potest.

dum enim est inter Jus quæsitum & quarendum, illud coarctari non potest, in hoc autem efficere potest, ut breviori citioreque tempore actiones seu obligationes finiantur. Regerunt, Legatarium tempore, quo testamentum fit, non habere Jus quæsitum, sed jus quarendum. *l. 63. ff. ad L. Falcid.* & tamen etiam eo tempore obligationem & actionem, quam Legatarius contra heredem habiturus sit, brevius, quam à Jure statutum sit, finiri non posse. Verum responderetur; Distingv. Utrum agatur de acquisitione inchoanda & in esse producenda, an verò agatur de acquisitione jam inchoata, & in esse producta, resolvenda s. extinguenda. Testator enim primo casu poterit efficere, ut hæres ad adeundam hereditatem non admittatur, nisi forte intra sex menses à tempore mortis ipsius; secundo verò casu, quando per aditionem hereditatis obligatio nata & in esse producta est, ut in *§. 5. f. de Oblig. ex Quasi Contr.* eaque obligatio, qua heres Legatariis tenetur, perpetua est, non poterit per testatorem fieri temporaria. Gutierrez tamen ad *L. nemo potest ff. de Leg. 1. n. 466.* distingv. inter actionem personalem & realem, & hæc, quæ diximus, respectu tantum actionis personalis procedere asserit; secus verò in actionibus realibus, quas certo tempore finiri testator jubere possit. Licet autem voluntas testatoris jubentis actionem certo tempore finiri, ipso Jure non teneat, ope tamen exceptionis valet. *l. 44. §. 1. vers. placet & c. ff. de O. & A. l. 4. ff. de Serv.* Nec obstat, quod testator procuratorem ad tempus constituere possit, *l. 3. ff. de Procur.* Responderetur enim, aliud esse obligationem, aliud contractum. Nam Contractus eâ quidem natura sunt, ut ad certum tempus constituentur; sed obligatio semel inde nata, est perpetua, quæ etiam ad hæredes transit, licet contractus

tractus ad heredes non tranſcant, ut Mandati, Societatis, Ratio differentiæ eſt, quia obligatio eſt juris, contractus eſt magis facti, & proinde ex voluntate pendet, cuiusmodi facta Legem dant contractui. *L. 1. §. 6. ff. de poſiti.*

§. VII.

Legatum rei
litigioſæ effe-
ctu non deſti-
nuitur.

Res litigioſa, de cuius proprietate lis mota eſt, vel actio, quæ in iudicium deducta, & de qua lis conteſtata, alienari aut cedi non poteſt, *Nov. 112. c. 1. Carpz. P. I. C. 32. D. 22.* Alioquin alienatio eſt ipſo Jure nulla, *L. 2. §. 4. C. de litig.* Utrum autem Teſtator rem ſeu actionem litigioſam, vel nomina ſua jam ab ſe in iudicium deducta legare poſſit; Quæſtio movetur, & reſpondetur *Aff. l. f. §. 1. in fin. C. de litig.* & hoc caſu hæres nihil præſtare teneretur, quam litis eventum. *Nov. 112. c. 1. Tulden ad Cod. tit. de litig. n. 5.* & ſi debitor nihil debeat, hæres ipſam pecuniæ ſummam exſolvere non teneretur; Secus ſi teſtator dixerit, *Lego Centum, quos Sempronius debet, ubi illa pecuniæ ſumma debetur, licet nihil debeat, voluit enim teſtator ſe conſtituere debitorem.* Hinc Legata re ſeu actione litigioſa, ſi Legatarius continuet Proceſſum, ea propter Proceſſus non irritatur, nam *Auth. nunc ſi heres &c. C. de litigioſ.* non dicit, quod Proceſſus ea propter ſit irritandus, præſertim hærede & Reo non contradicentibus, ſed Legatarium agere patientibus. Inter res alienari prohibitas etiam referuntur ſubſelliæ, *v. Ord. Eccl. El. Sax. Art. Gen. 36. §. derowegen. verb. Und ſoll keine Macht haben einigen Stand bey ſeinen Leben andern zu verkauffen, conf. Dn. Stryk in Not. ad Brunn. J. Eccl. L. 2. C. 2. §. 11.* Hinc quæritur: An parochianus per ultimam voluntatem diſponere poſſit de ſubſelliis, *Reſp. neg. ſub prohibi-
tione*

tione enim alienationis etiam testamentariam dispositio-
 nem prohibitam esse, communiter statuunt DD. per L. 88. §.
 16. ff. de Leg. 2. §. L. 8. §. 2. C. de Sec. nupt. Carpz. L. 2. T. 23. Df. 363.
 & valebit etiam hoc in passu argumentum à feudo, usufru-
 ctu vel alio jure ad dies vitæ saltem alicui concessio, quæ
 itidem respuunt dispositiones ultimarum voluntatum, 1.
 F. 8. in f. 2. F. 9. §. donare. Schrad. de Feud. P. 8. C. 2. n. 4.
 Nisi concedens & ceteri, quorum interest, consentiant, ubi
 talis quoque de feudo dispositio valet, si dominus & agna-
 ti vel simultanee investiti speciatim consentiant. conf. 1. F.
 22. Stryck. de Caut. Testam. C. 3. M. 1. §. 2. Exinde porro infer-
 tur, cum pater in testamento uni ex filiis feudum assigna-
 re possit, ita ut reliqui facto patris contravenire neque-
 ant, Carpz. P. 2. C. 40. Def. 9. in f. §. P. 3. C. 10. Def. 9. Dn. Berger.
 in El. Discept. For. p. 1542. Dissent. Dn. de Rhetz, in Jure
 Feud. p. 301. in f. Struv. S. J. C. C. 13. Aphor. 16. n. 5. Rosenth.
 de Feud. C. 7. Concl. 13. modo reliquis liberis legitima sal-
 va maneat, etiam patrem uni ex filiis subsellium as-
 signare posse. Sed quid si quis ecclesiæ legatum sub con-
 ditione, si Cajo subsellium assignaret, relinquat. Et di-
 stingv. esse putamus, num alius adsit, qui meliori jure, illud
 prætere posse, an non: priori in casu legatum pure de-
 fertur, conditio enim potestativa si impeditur ab aliquo
 homine, quo minus existere queat, habetur pro adimple-
 ta, L. 40. pr. L. 57. 84. 101. §. ff. de Cond. & Dem. Sed po-
 steriori in casu conditionem ecclesia adimplere teneret.
 L. 21. ff. eod.

§. VIII.

Actioni opponitur Exceptio, l. 8. §. 1. ff. de V. S. in qua
 etiam videmus restrictam testatoris potestatem: Nam si
 quaratur: An testator in testamento exceptiones aliàs

B

com-

Testator exceptionibus heredibus aliis competentibus, eos privare potest,

competentes auferre possit? Distingvendum est inter debitores & heredes, in præjudicium debitorum non valeret hæc Dispositio, benè tamen in præjudicium heredum: v. g. si quis à Judice incompetente citatur, exceptionem fori incompetentis opponit, qua forum Judicis tantquam incompetentis declinatur. *l. fin. C. de Except.* Sed testator heredem ad certum forum adstringere potest. *l. 52. §. 1. ff. de Judic.* ibique Nave *in System. n. 2.* Bertachin *in Repert. Lit. T. sub. N. 60.* Quia heres huic exceptioni renunciare valet, *l. 1. & 2. ff. eod.* quapropter eo ipso, dum hereditatem adiit, renunciasse præsumitur. Verum si foro competenti renunciare non possit heres, nec testatoris dispositio valebit, unde illud oriri videtur, sc. quod testator non possit in suo testamento cavere, ut clericus conveniatur coram Judice seculari. *Rol. à Valle V. I. Conf. 4. n. 12. vid. Ceph. Lib. 4. Conf. 458. n. 35.* Clericus enim foro renunciare non potest, *c. 18. X. de foro compet.* cum Judex secularis sit incapax Jurisdictionis in Ecclesiasticos *c. 2. X. de Judic.* ideo nulla est Jurisdictio, quæ prorogari possit; accedit, quod Juris sanctionibus prohibeatur, ut clericus coram Judice laico conveniatur. *Aurb. Statutus. C. de Episc. & Cler.* quare dubium non est, quin non possit testator Leges illas abrogare. Unde colligitur, quod testator non possit heredem adstringere ad forum illius Judicis, qui illam Jurisdictionis speciem non habet, quæ requiritur in causa hæredis, v. g. ut in causa matrimoniali se sistat coram Judice laico, vel in causa civili coram Judice, qui tantum Jurisdictionem criminalem habet, *l. 61. §. 1. ff. de Jud.* cum privati jurisdictionem dare non possint judici, ejusmodi jurisdictionem non habenti. *l. 3. C. de Jurisd.* testator enim non potest formam jurisdictionis in testamento mutare, aut Juri publico derogare. *l. 13. C. de testam.*

§. IX.

§. IX.

Illud controversum est, utrum mulier in testamento cavere possit, ne exceptio S^Cri Vellej. opponatur contra fidejussionem à se factam? Et Responderur. Distingui inter heredes & creditores. Licet enim mulieris heredibus detur exceptio S^Cri Vellejani, si ex fidejussione conveniantur. *l. 20. C. ad S^Cri. Vellej.* At tamen si Mulier in testamento heredibus mandet, ut fidem suam liberarent, ac creditori ex bonis suis solverent, tunc sane heredes beneficio S^Cri Vellejani se tueri non possunt, *arg. l. 5. C. de Rel. & Sumpt. fun. Sande lib. 3. Dec. Fris. tit. II. Def. fin.* Creditoribus verò ejusm. prohibitio non nocet, sed moto concursu creditorum nihilominus hanc exceptionem opponere valent.

Valeat si mulier heredibus injungat, ne beneficio S^Cri Vellej. utatur.

§. X.

Nomina & Obligationes dividua ipso Jure & activè & passivè sunt divisæ, *l. 6. C. fam. ercisc.* quapropter si unus coheredum à creditore in solidum conveniatur, datur ei exceptio plurium coheredum. An itaque testator hanc exceptionem heredibus auferre, eosque obligare possit, ut singuli in solidum teneantur, ita ut nec beneficio divisionis uti possint, dubitatur? Negativam defendit Franzk. *Lib. I. Resol. 6. n. 28. (1.) obl. 69. §. 2. ff. de Leg. 1. (2.)* quia nec pactum credito adjectum, ut heredum singuli in solidum tenerentur atque conveniri possint, heredibus nocet, *l. 56. §. 2. ff. d. V. O. (3.)* quia id beneficium, quod divisio debiti & actionum inter heredes ipso jure fiat, non à testatore, sed à Lege habent, cujusmodi beneficia per defunctum non possunt auferri heredi, in his enim, quæ hæres non à defuncto habet, sed à sua persona, non tenetur præstare factum defuncti, sed potest ei ex Jure suo proprio contravenire, *arg. l. fin. C. de Evict. l. 2. C. si quid in fraudem*

Usum exceptionis plurium coheredum testator auferre potest heredibus.

dem Patr. (4.) quia hæres pro ea saltem parte defunctum repræsentat, pro qua hæres est, in reliquis pro extraneo habetur. *l. 14. C. de R. V. l. 2. §. 2. ff. de Prat. stip.* Unde pro ea parte, pro qua hæres non est, potest contravenire facto defuncti. Aff. vero defendunt Carpz. *P. 3. Dec. 252. n. 26. Christin. V. 6. Dec. Belg. 53. n. 4.* Modo testator in testamento actionem vel Jus creditori dederit, heredes in solidum conveniendi, & æs alienum, quod ab uno in solidum exsolvendum, non excedat ratam ejus hereditariam, quam à defuncto habet. Tunc enim ex heredum persona nihil obstat, quin ab uno petere liceat, dum unum pro alio onerare potest. *l. 20. §. 3. ff. l. 21. C. fam. etc. & de bonis suis quisque pro lubitu disponere valet, voluntas enim pro lege est, l. 9. pr. ff. de cond. & dem.* quæ præcise ab hæredibus est servanda, postquam hi facto defuncti contravenire prohibeantur. *l. 14. C. de R. V. Ad alleg. l. 69. §. 2.* respondetur (1.) illam loqui de casu, si testamento non sit data actio vel Jus creditori, sed tantum heredes jussi sunt solvere in solidum, ex quo creditori contra heredes non datur actio in solidum, quia cum creditore nihil actum, ex quo actionem consequeretur, licet coheredibus inde actio detur. Secus se res habet, ubi etiam creditoribus Jus petendi ex ultima voluntate acquiritur. (2.) Respondetur: Ab ultima voluntate ad pacta, ubi diversitatis ratio apparet, argumentum in Jure non procedit, Carpz. *verò P. 3. Dec. 252. n. 27.* distingv. inter hæres extraneos & liberos, quod itaque pacto heredes singuli in solidum obligari non possint, intelligit qua extraneos heredes tantum, qua liberos verò subsistat, non quidem virtute pacti, sed ultimæ dispositionis inter liberos s. divisionis à Patre factæ, quia dispositio paterna inter liberos & placitum paternæ divisionis bonorum, & æris alieni, qua liberos, susti-

fastinetur, ex nuda ipsius voluntate absque ullis etiam testibus in schedula consignatum anno & die addito *Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 1. l. ult. C. fam. ereisc.* At Dn. Stryck. *in Caut. Contr. S. 3. Cap. 4. §. 7.* promiscuè pactum, quo testator heredes suos in solidum obligavit, & iis beneficium divisionis ademit, tam inter liberos, quam extraneos valere, statuit, eò, quod testator per pactum heredem ad hoc obligare possit, ad quod ne ipse quidem vivus obligabatur, cum obligatio ex ipsa heredis persona initium capere possit, *arg. l. un. C. ut act. & ab hered. & contr. hered. incip.* in qua Lege abrogat Justinianus antiquam regulam Juris, heredem non posse succedere in obligationem, quæ in persona defuncti non constitisset, *§. 14. J. de inutil. stip. ad l. 56. §. 1. ff. de V. O.* responderetur, non absolute inutile illud pactum, si quis promittat debitum dividuum ab uno herede solutum iri, dici, sed tantum respectu reliquorum Coheredum, cum expresse non actum, ut hi eximantur obligatione. (3.) Responderetur: Provisionem hominis potentio-riorem esse provisione Legis, ita ut heredi a defuncto quid auferri possit, cum & rem heredis testator legare valeat, & heres ad factum ejus præstandum simpliciter obligetur, nam heres ex testamento succedens non habet bona, nisi ex beneficio testatoris, ideò aut relinquere aut obtemperare opus habet. *l. 114. §. 15. ff. de leg. 1.* cuique enim integrum, num sub conditione imposita recipere an repudiare velit. (4.) Responderetur: testatorem etiam inæqualiter gravare posse heredes, *l. 34. §. ult. ff. de Leg. 3.* & dispo- nere, ut onera sint unius heredum solius.

§. XI.

Controvertere solent Dd. an, si heres gravatus fidei- commissis, sit creditor testatoris gravantis, teneatur quar- tam eum debito compensare? Et responderetur Neg. Joh. van Muyden *ad ff. tit ad L. Falcid. §. 18.* quia heres potest

An testator e-
jusmodi perficere queat di-
spofitionem, ut
fiduciarius cre-
ditor creditum
in quartam
de-
imputet?

destrahere ex hereditate debita propria, *l. 68. pr. l. 78. §. 6. ff. ad Sct. Trebell. l. 7. §. 18. ff. de hered. & act. vend. l. 6. pr. C. ad L. Falcid. & testator non censetur heredem gravatum instituire animo compensandi, arg. l. 85. ff. de Leg. 2. l. 6. C. de hered. inst. Bened. Pinel. Lib. 1. Selectar. cap. 7. n. 6. segg. Nisi testator caveat expresse, ut debitum imputetur in quartam. *l. 12. ff. ad L. Falcid.* tunc enim Falcidiam sibi in debitum compensare tenetur. Verum si debitum excedat quartam, dubitatur, an valeat testatoris dispositio: videtur hic restricta esse testatoris potestas, cum alias per hanc viam possit creditor suo debito defraudari, & magis dicatur gravatus, quam honoratus, contra *l. 114. §. 3. ff. de Leg. 1.* tamen si heres acceptet hereditatem, nihil amplius debito petere potest, sibi enim imputet heres, qui intempestive hereditatem adiit, quo facto, tanti videtur quartam aestimare, quanti fuerit in debito, *arg. l. 70. §. 1. ff. de leg. 2. l. 36. pr. ff. ad L. Falcid.* & hoc est in causa, propter quam Papinianus Jctus in *l. 77. §. 31. ff. de Leg. 2.* ait, prudentius facturum heredem, si hereditatem repudiarit.*

§. XII.

Testator unius
testis dictis ut
plenissima ha-
beat fides,
demandare
potest heredi-
bus.

Testamento major fides habetur, quam testibus; Hinc si aliud scriptum in testamento, aliud Testes asserant, qui testamento subscriperant, testamento magis, quam testibus credendum est. Ant. Matthæi *de Probat. cap. 3. n. 137.* quia testamentum est probatio probata, remque facit notoriam. Ludov. *Dec. 18 n. 60.* Schilter *in Conf. argent. Resp. 135. p. m. 81.* Testamentum enim instrumentum est publicum, *l. 2. ff. testam. quem aper.* publica autem instrumenta potiora sunt testibus. *l. 10. ff. de probat.* nam ex testamento, scilicet si nullo substantiali & visibili vitio laborat, in possessionem statim mittitur heres, *l. fin. C. de Edict. D. Hadr.*

Hadr. toll. Philipp. in Usu Pract. Lib. 2. Eccl. 79. n. 14. Parlar-
dor. Lib. 2. Rer. quot. P. 1. cap. fin. § 9. n. 1. Mey. ad J. Lub. P.
3. tit. 1. art. 1. n. 13. Verum cum testamentum condatur
 tantum a testatore, & eius sit voluntas tantum, non duo-
 rum aut plurium, tunc testatori solummodo est præjudi-
 cio, & iis, qui instituti: sed cæteris, aut extraneis, aut
 creditori non item. *l. pen. §. 10. ff. de Leg. 2. l. 37. §. 5. ff. de*
Leg. 3. Nov. 48. c. un. §. 1. Scharfchmid. Ex. 9. ad Nov. ib. 47.
 Sic dispositio testatoris, quod credatur testi uni, valet
 quidem in præjudicium heredis, *l. 14. ff. de dot. præleg.*
Felin. in c. 10 X. de testib. n. 18. Alex. Imol. Lib. 3. Conf. 76. n. 7.
Tepat. var. sent. tit. 588. c. 23. v. g. quando testator legavit
 alicui pecuniam sibi per eum numeratam, de cujus quanti-
 tate voluit stari dicto ipsius legatarii, *arg. l. 14. ff. de dote*
præleg. Joh. Crocus de testib. P. 6. n. 2. it. si quis uxori om-
 nium bonorum usu fructu legato, dicat se privare here-
 dem hereditate, si illam inquietaverit; jubeatque ut de
 facto inquietationis juramento uxoris stetur, *arg. d. l. 14.*
 Quod tamen Diod. Tulden *ad tit. Cod. de his, quæ pœna*
nom. n. 1 intelligendum putat, concurrentibus iudiciis in-
 quietationis. Cum in *cit. Leg.* non jubeat testator stari
 juramento ejus, cujus interest. Vel si fortean quicquam
 secreto alicui crediderit, quod non alius sciat, permissum
 est testatori disponere, ut soli huic fides adhibeatur. *d. Leg.*
14. Hieron. Pantfchmann P. 2. qu. 2. n. 52. Car. Ruinus. V.
2. Conf. 19. n. 5. seqq. it. Testator disponere potest, ut stetur
 dicto ejus de persona, cui volebat legare, quam ipsi nomi-
 navit in secreto. *l. 25. ff. de reb. dub.* Pari ratione testator
 ita disponere valet; heres meus esto, quem Cajo in secre-
 to nominavi. Nec obstat, *L. 32. ff. de hered. inst.* quod
 scil. institutio heredis non debeat conferri in arbitrium
 tertii. Nam aliud est in libera voluntate alterius po-
 nere

nere substantiam dispositionis, & aliud est, committere ei declarationem ejus, quod testator disposuit & ordinavit. *arg. l. 21. §. 1. ff. qui testam. facere poss.* Verum an jurare debeat vel non, disquiritur? Distinguit Andr. Barbat. *de Præstantia Cardinalium qu. 2. P. 2. n. 18.* Num testator disposuerit standum dicto alicujus de eo, quod ipse testator eidem dixit, & quia dictum illius est quoddam testimonium voluntatis defuncti, magis quam judicium deponentis, deponere debet juratus ut testis. *l. 9. C. de testib.* Ant. Gabriel *Lib. 1. de Testib. Concl. 1. n. 30.* Testis enim injuratus fidem non facit. Jac. Ægyd. *d. testib. n. 11.* An verò testator dixerit, standum dicto alicujus, i. e. voluntati ejus, de eo, quod ipsi videbitur, tunc non est testis, sed magis est quidam arbitrator, ideoque non debet jurare. *Auth. decernit jus novum C. de rec. arbitr. Vital. de Camb. de Clausulis rubr. Enunciativa verba in Epistolis prolata n. 3. p. m. 118.* Dissent. Rebuff. *ad l. 3. §. 1. ff. de V. S. n. 5.* Verum in præjudicium debitorum aut aliarum extraneorum personarum, testator, ut credatur testi uni disponere non potest. Matth. de Afflict. *Dec. 371. n. 5.* Oldendorp. *de Probat. §. de semiplena probat.* Testamentum enim extraneis non præjudicat. *l. pen. §. 10. ff. de Leg. 2. l. 37. §. 5. ff. de Leg. 3. Nov. 48. c. un. §. 1.* Scharf Schmid *Ex. 9. ad Novell. th. 47.* Et regulariter unius testis responsio non auditur. *L. 9. §. 1. C. de Testib.* Casus tamen excepti, quibus unius testis dicto creditur. *vid. op. Carpz. P. 1. C. 16. Def. 38. 39. & P. 2. C. 7. Def. 16.* e. g. in casu pauperiei coram custode factæ, solius custodis recipitur testimonium, *LandR. L. 2. Art. 54. ib. Gloss. n. 4.* Joh. Thomæ *de Nox. Animal. C. 8. n. 3. & 4.* Hinc licet maritus testator Paraphernalia se accepisse & in usus suos convertisse, in præjudicium aliorum creditorum fateatur, & ut stetur dicto unius testis disponat, attamen probatio suffi-

sufficiens non est. *l. 9. pr. C. de bon. proscript. Mev. p. 3. Dec. 14. it. si maritus in favorem liberorum in testamento dispo-
suerit, ut uxori ex pactis dotalibus debeantur CC, quos
liberi ipsi solvere debeant, & aliter pacta dotalia esse con-
fecta liberi probare non possint, non præjudicat uxori in
petenda portione statutaria; quando enim confessiones
testatorum in ultima voluntate in fraudem videntur ad-
jectæ, nihil profunt eis ad relevandam probationem, pro
quibus adjiciuntur. *l. 27. ff. de probat. l. 25. ff. de liberat. leg.*
Oldendorp. de probat. Reg. 33. quia quoties hujusmodi
assertiones testamentariæ tendunt in præjudicium tertii
non attenduntur. *Ansald de Ansald. de Commerc. & mer-
catur. Discursu 50. n. 83.* & confessiones de sui natura confi-
tenti solum, non verò aliis nocent. *arg. l. 20. pr. ff. de inter-
rog. act. Joh. Garfias de tacito fideicom. n. 18.**

§. XIII.

Sed de Juramento quid dicendum? Annon testator
heredem ad strictam observantiam voluntatis suæ obliga-
re possit per juramentum? Resp. Neg. nam etiamsi non
juraverit, nihilominus heres existit, non aliter, atque si
nulla jurisjurandi conditio inserta fuisset. *l. 8. ff. de cond. in-
stit. l. 26. ff. de cond. & dem. Manzius in Decis. Palat. qu. 40. n.*
24. seqq. Quia citra juramentum heres ad adimplendam
ultimam voluntatem adstringitur, & sic nulla utilitas vel
necessitas juramentum svadet. *Felde de Act. real. cap. 12. §.*
18. Cum enim faciles sint nonnulli homines ad jurandum
contemptu religionis, alii perquam timidi, metu divini
Numinis usque ad superstitionem; Ne itaque hi vel illi
consequerentur vel perderent, quod relictum est, Prætor
consultissimè intervenit, & recte hoc procedit, ne is, qui
sub jurisjurandi conditione institutus est, aut omittendo
conditionem, perderet hereditatem, aut cogere turpi-
ter accipiendo conditionem, jurare. Religionem namque

An testator ad
satisfaciendum
voluntati in
testamento ex-
pressæ heredem
juramento
adstringere
queat

C

con-

contemnunt, qui facile jurant; & hi impii: alii metu divini Numinis vix jurant, & hi plerumque superstitiosi dicuntur. Ita neque in Jurejurando impietas neque superstitio ferenda. Vasqu. *de success.* T. 2. Lib. 3. §. 30. n. 89. Ad hæc juramentum est invocatio nominis divini, sequitur ergo, non temere, & sine sufficiente causa, jurandum esse, cum aliàs profanetur nomen Dei. C. 26. in fin. X. de jurejur. *Matth. C. 5. v. 34. & Jacob. Epist. V. v. 12.* in quibus textibus pravus juramenti usus supprimitur: Reprehendit enim Christus d. *Matth. 5.* perversum Judæorum judicium, qui existimabant, nihil in juramento cavendum esse, præter mendacium, & ideò de rebus levisimis & nullius momenti jurabant, & ab aliis juramentum exigebant. Hunc morem Christus redarguit, docetque non esse jurandum omninò, nisi cogat necessitas. Unde dixit: Nolite jurare, i. e. non habeatis ex voluntate usum juramenti, sed tantum ex necessitate & causa. Hinc heres, qui juraverat se daturum vel facturum, non vi & jure obligationis ex jurejur. descendens, sed vi obligationis descendens ex ultima voluntate defuncti tenetur. Nec obstat l. 39. ff. de jurejur. Resp. enim, non reprobatur juramentum in conventionibus. Nam aut conditio juramenti apponitur in contractibus, & tunc sive in futurum, sive in præsens, sive in præteritum apponatur, semper est implenda conditio, quia conditio apposita in contractibus apponitur utriusque partis consensu, & ita consentit is, cui est imposta conditio jurandi, quam quia suscipit, debet præstare. Aut loquimur de ultimis voluntatibus, tunc distingvendum est; vel enim conditio juramenti sonat in præteritum, vel in præsens, quo casu illa debet impleri. l. 97. ff. de cond. & dem. l. 62. pr. ff. de A. vel A. H. v. g. Si maritus leget uxori dotem, si juraverit, verè amissam esse dotem, aut sonat in futuru-

bi non fuit est
 mulierat
 an juraverit
 no circum
 in l. 39. ff. de
 cond. & dem.
 regandis
 hincup



futurum, sc. jurabis te extracturum monumentum: & hoc casu juramentum est remittendum propter metum perjurii: Possset enim fieri, ut jurares hodie, quod tamen præstare nequies, Brunnemann. *ad l. 6. C. commun. utriusque jud.* & quia nulla necessitas neque utilitas (vadet juramentum, & is, qui sub conditione jurisjurandi aliquem adstringere voluit ad faciendum, is potius factum ipsum desideravit, quam juramentum, & magis principaliter sub conditione faciendi, quam sub conditione jurandi instituit, ideoque heredem jurare voluit, ut tanto magis fieret, quod ipsi faciendum injunctum fuit: Cumque citra juramentum ad faciendum obstringatur, voluit Prætor in cit. *l. 8.* juramentum remittere, & factum ipsum adimplentes ad hereditatem admittere, non adimplentes repellere. Ergò cogi potest heres implere, quod testator voluit, sed non cogitur jurare, se facturum vel impleturum. Exceptio est, si libertas sub conditione jurisjurandi relicta, tunc servus juramentum in futurum præstare tenetur, & jurisjurandi conditio non remittitur, *l. 12. ff. de manum, testam.* Et quia moriens non videtur immemor salutis æternæ, *arg. l. fin. C. ad L. Jul. repet. l. 26. C. de Nupt.* hinc si juramentum accedat assertioni testatoris, id obligat omnino heredes, *Auth. quid obtinet & C. de prob. Nov. 4. cap. 2. Rittersh. add. Nov. P. 6. C. 7. Brunnem. ad L. 6. C. de probat.* v. g. Si moriens juraverit, se nihil præterea habere, hoc amplecti debent heredes, sive filii sive extranei sint, nec tergiversari, nec calumniari suos coheredes, tanta enim videtur esse substantia quantam adesse juravit testator, quam solam juramento suo apud heredes invenire voluit; Sed hæc quidem inter heredes obtinent, non tamen inter creditores, nam illis permittitur nihilominus omnia perscrutari, quo volunt modo. Possunt itaque creditores non obstante illa assertioni sive

ad istos in
-l. 12. ff. de
-l. 12. ff. de
-l. 12. ff. de
-l. 12. ff. de

Si moriens juraverit, se nihil præterea in bonis habere, hoc amplecti tenentur heredes.

declaratione morientis licet jurata, alia etiã defuncti bona perscrutari, sibi que nomine hypothecæ vindicare, aut aliis juris uti remediis, Rittershus, *ad Nov. P. 6. C. 7. n. 6.*

§. XIV.

An testator hereditibus appellandi potestatem adimere possit?

Appellandi licentia nemini quidem deneganda est, in tantum, ut nec judex valeat appellationem prohibere aut restringere. *Mev. P. 2. Dec. 8. & 78.* Sed punitur Judex appellationi non deferens de jure civili XXX. Libr. aurei. *L. 21. C. de appell. vid. Nov. 126. C. 3.* De jure vero Can. tantum arbitrarie. *c. 31. x. de appell.* Verum an testator prohibere possit appellationem disquiritur? Et distinguendum est inter heredem & debitorem, debitori interdiciere non potest appellationem, Hackelmann. *Disp. 16. ib. 3. lit. C.* alias sequeretur absurdum maximum, nempe esse in manu creditoris fraudare debitores imposito præcepto de non appellando. Nec appellans potest renunciare appellationi in præjudicium adversarii; *arg. l. 76. ff. de R. J. c. 33. eod. in 6.* bene tamen heredis. *Brederod. de Appellat. P. 1. tit. XI. lit. C. p. m. 37.* *Lancell. de Attent. P. 2. cap. 12. lim. 8. n. 7.* *Trentacinq. Lib. 2. var. Res. n. 2. de appell. Befold. de appell. cap. 6. n. 44.* Unde si testator, qui cum Cajo litem gerebat, juberet in suo testamento, ne heres à sententia, quæ in lite lata esset, appellaret, heres appellare non posset, quia per pactum conveniri potest, ne à sententia judicis in causa civili appelletur, *l. fin. §. fin. C. de temp. appell. l. 1. §. 3. ff. de quib. appell. non lic.* *Lancell. d. tract. P. 2. c. 12. in Præf. n. 22.* *Sigismund. Scaccia de appell. Qu. 17. Lim. 2. n. 6. seqq.* Ex quo apparet, non plane inutilem esse cautelam, ut debitor in obligatione renunciaret beneficio appellationis, add. *Stryck. in Caut. Contract. Sect. 1. cap. 5.* Nec obstat, non valere tale pactum, per quod Judex

Judex ad delinquendum & partibus injuriam inferendam invitaretur. Nam resp. pro Judice esse præsumtionem, quod juste sit judicaturus, alias Judex litem facit suam & tenetur ad interesse: Quia talis renunciatio non comprehendit jus parti competens contra Judicem. Jam vero bonum est argumentum á contractibus ad ultimas voluntates. *l. 21. ff. de V. O. l. 44. §. 5. ff. de leg. 1.*

§. XV.

Possessio acquiritur demum apprehensione *l. 3. §. 1. 3. & l. 18. ff. de acquir. vel amit. poss.* ideoque si possessor moriatur, regulariter neque in heredem transit. *l. 1. §. 15. ff. si quis qui testam. &c.* Neque etiam ipso jure in suum heredem continuatur, *l. 29. ff. de usurp. & usuc.* Strauch. *Disp. 6. apb. 17.* nisi res apprehendat, *l. 23. ff. de acq. vel am. poss.* Gail. *Lib. 2. Obs. 129.* nam jus occupandi hereditatem propria autoritate, non vero ipsa possessio transmittitur, quia facti est, *l. 1. §. 3. ff. Cod. l. 12. §. 2. ff. de captiv. & poss. lim. h. e. sine facto humano acquiri non potest, si excipias fictas traditiones & apprehensiones. l. 1. §. 15. ff. si quis qui testam. liber.* Stryck. *in Caut. Contract. Sect. 3. cap. 3. §. 10.* Nec obstat *l. 2. §. 2. ff. pro herede*, ubi quidem dicitur, quod possideat res donatas, verum non ut heres, sed ut naturalis possessor, filius enim naturalem possessionem vivo patre jam habuit, sed quia titulus donationis inter patrem & filium, licet transferat naturalem possessionem in filium, *arg. l. 1. §. 4. ff. de Donat. inter vir. & uxor.* Pinell. *ad rubric. C. de bon. mat. P. 2. n. 40.* tamen est invalidus, *l. 26. C. de donat. inter vir. & ux.* causam possessionis mutare, & ira rem pro herede usucapere non potest, *l. 2. §. 1. ff. de acquir. vel am. possess.* Nec porro obstat *l. 1. ff. de lib. & postb.* Resp. enim

Testator efficere nequit, ut possessio ipso jure in heredes transeat.

enim, argumentari ab acquisitione domini ad acquisitionem possessionis non licere. *l. 12. §. 1. ff. de acqu. vel amit. poss. Gail. Lib. 2. obs. 152. n. 3.* Nec etiam obit. *l. 14. §. 1. ff. de divers. temp. prescript.* Nam non dicitur in *h. l.* quod possessio transeat ipso jure in heredem, sed si apprehensa sit ab herede, censetur semper continuata, & in momento mortis ad heredem devoluta. Contrarium autem statuto vel consuetudine introduci posse *arg. l. 16. ff. de precario. l. 1. §. 1. ff. pro Socio*, statuit Struv. in *S. J. C. tit. de adq. vel am. possess. th. 17. §. recte* &c. quod & in aliquibus locis factum est, uti de Gallia & aliis Provinciis testatur Tiraqu. in *tract. le mort saisit. le vis. Tom. IV. Declarat. 2. P. 1. n. 1. seqq.* nim. quod ex consuetudine Gallicana possessio defuncti ipso Jure transeat & continuetur in heredem, sine alia ulla apprehensione, i. e. ut ad quoscunque juris effectus pro possessore habeatur. Verum an testator disponere possit, ut possessio rerum hereditariarum ipso jure ad heredem transeat, vel si statutum extet, quod possessio continuetur in heredem, testator contrarium possit disponere, disquiritur. Et hac in parte restrictam esse testatoris potestatem asserimus cum Franc. Milanens. *Lib. 1. Dec. 3. num. 59.* Privatus enim non potest facere, ut possessio transferatur ipso jure solo animo, & sine actu vero aut ficto à Jure introducto. *l. 30. §. 5. ff. de adq. vel am. possess.* utpote in qua lege dispositum est, ut solo animo possessio obtineri non possit, cui legi testator contravenire nequit.

§. XVI.

Quer. An legatum pœne causa relictum valeat?

In delictis & pœnis irrogandis quoque non plane libera facultas testatori est relicta. Olim testatori non permittebatur, coercendi heredis gratia quid relinquere sc. in solius heredis odium, non etiam ob favorem Legatarii, aut alterius, aut sui ipsius, *l. 2. ff. de bis, qua pœna causa rel. l. 1. §.*

1. §. 8. ff. ad Leg. Falcid. Sed ejusmodi Legatum pœnæ adjectione infirmabatur. *l. un. C. de his, quæ pœnæ nom. §. fin. f. de leg.* v. g. Si heres filiam suam in matrimonium Mevio non collocaverit, dato X. aureos Cajo; Tum quia in heredis voluntate Legatum poni non potest, *l. 43. §. pen. ff. de leg. 1.* in herede autem situm erat, velletne facere jussa defuncti, vel non facere, ac proinde in ipsius heredis arbitrio erat, velletne Legatum debere & præstare, nec ne: Nam si jussa testatoris faceret, nihil deberet: si non faceret, Legatario obligaretur. Tum quia finis legandi hujusmodi Legato obstat; cum Legata ex benevolentia erga Legatarium proficisci, non odio heredis relinqui debeant. Aliud, si illa pœna Legatarii favorem simul concernat, Itaque tale Legatum: heres meus Sempronio ædificet domum, aut si non ædificaverit, ipsi dato M. & si quæ similia, non est exemplum Legati pœnæ, sed revera Legatum alternativum. Etsi enim & hic constringitur heres, id tamen non sit heredis puniendi, sed Legati juvandi causa. Hodie mutatum hoc est, & Legata pœnæ nomine relicta valida sunt. *l. un. C. de his quæ pœn. nom. §. fin. J. de Leg.* nihil enim iniquitatis habet, si is, qui heres instituitur, aut Legato honoratur, pro modo relicti à testatore constringitur, ut aliquid faciat, quod honeste facere possit. Nisi aliquid impossibile contineant, nam tum sunt talia legata ipso jure nulla. *l. 1. ff. de his quæ pœnæ causa.* Impossibilitas autem duplex est, alia conditionis, alia pœnæ. Legatum pœnæ, cui impossibilis causa vel conditio adjecta, vitiatum utique; quia pœna non habet locum, ubi neque culpa neque mora; Neutrum autem adest ob impossibilitatem, ut sic merito ad pœnam non sit adstringendus. Legatum sub conditione impossibili non vitiatum, sed impossibilitas pro non adjecta habetur. §. 10. *J. de hered. inst.*

Disting.

Disting. autem hic, num turpis conditio adjiciatur heredi Legatum solventi, an vero ipsi Legatario. Priori casu Legatum non valet: e. g. Si heres Mevium non occiderit, solvat Javoleno. C. Covarr. *ad cap. Reynaldus* 18. §. 1. *de Testam. n. 17. Tit. 1.* bene tamen casu posteriori, e. g. Lego Javoleno C. si Mevium occiderit. In quo male dissentit Grœnenegen, 'qui hodie tale legatum plane inutile esse vult. Itaque si testator heredem, si non obtemperasset præcepto alicui licito, hereditate se privare dixerit, hæc pœna privationis locum habet; modo illud præceptum sit, quod à testatore potuit prohiberi, nam alias testator non potest facere, quo minus Leges in suo Testamento obtineant; E. g. Pater prohibere sub pœna non potest, ne filius Legitimam petat, vel ut Taxationi à se factæ in præjudicium Legitimæ credat. Item licet testatori privare heredem vel Legatarium portione sibi relicta, si impugnaverit ipsius iudicium ac voluntatem. Quæ prohibitio hæredes ac Legatarios ita adstringit, ut si impugnantes testamentum non obtinuerint, privationis pœnam incurrant, nec hereditatem ac Legata sibi relicta petere valeant. Carpz. *P. 3. Consf. 7. D. 23.* Restricta tamen est voluntas testatoris, & pœna privationis ab eo statuta locum non habet, si testamenti solennia solummodo heres vel Legatarius impugnaverit, idque rite factum negaverit. *l. pen. ff. de his que ut indign.* Carpz. *cit. loc. def. 24.* Quia testator defectum solennium in suo testamento supplere non potest, sed si aliquid contra jus vel Legem disponat, ejus voluntas servanda non est. *l. 14. & 27. ff. de cond. instit. l. 27. ad L. Falcid.* ubi JCrus tradit regulam, quod fieri nequit per viam Dispositionis, non potest etiam fieri per viam conditionis pœnalis, ne per indirectum concedatur, quod directo est prohibitum.

Fin-

Finck. *obf.* 109. n. 13. f. Sed quaeritur, quid si poena heredi constituta, si tertius hoc vel illud fecerit, vel non fecerit, an debeatur? Resp. Distinguendo, num statim sub hac poena v. g. privationis conditionaliter relinquatur, an vero prius pure, & postea sub conditione ita adimatur hereditas. Illo casu non debetur hereditas, v. g. Mevius heres esto, si Caejus Sejam duxerit, si autem Sejam non duxerit, non Mevius, sed Sempronius heres esto, l. 13. ff. de manum. testam. hoc casu debetur, e. g. relinquo Mevio centum, ut extruat monumentum, & si non extruxerit, privo heredem hereditate mea. Quia heredi jus est quasi-
 tum, jure autem quasi non potest privari heres ex facto alterius, l. 44. ff. de hered. instit. poena enim esset injusta, cum non sit justum, ut alter poenam patiatur de culpa aut facto alterius. Corsetus *Sing.* 374. aliud in Jure quaerendo, nam pendente adhuc conditione nil datum est heredi. l. 8. ff. si quis omissa causa test. Ulterius sola confessio testatoris ad probationem testamenti coacti sufficit. Carpz. P. 3. C. 5. def. 12. Majer. *Coll. Jur. Argent. L.* 28. Tit. 6. Etiam si non exprimat nomen. Petr. Peck. de *Testam. Conjug. C.* 10. *Diss. Mart. de Testam. T.* 3. *Qu.* 1. n. 6.

§. XVII.

De Execrationibus Testatorum disquiritur, an aliquem effectum habeant? Id quod negamus, superfluum enim est, illos maledictionibus onerare, quibus etiam sine iisdem terribilium obsequii gloria relicta est. Solent quidem testatores pias fundationes diris & execrationibus quibusdam munire, ut a profanatione sacrarum & DEO dicatarum rerum eo magis homines absterreantur, Henr. Linck. de *Jur. Templor. C.* 12. n. 34. Si autem Dispositio testatoris Legibus adversetur, nec execrationes testatorum valent. Quando autem testator quem increpaverit, effectum non destituitur. Sic, qui in testamento

Execrationes
 testamento-
 rum quid ef-
 ficiant?

D par-

tur, nec testatori adhibenda est fides, sed eam veram esse probandum est ab heredibus. Menoch, *Lib. 4. pres. 29.* Pariratione nec Testatoris exculpatio prodest tertio. Quapropter non creditur testatori dicenti non se vulneratum esse à Mevio. Lanfranc. de Oriano *de Arbitris P. 4. n. 4.* Ejusmodi quidem exculpatio facit indicium innocentiae, *l. 47. §. 1. ff. de Bon. libert.* si tamen liquido constaret de crimine, hoc non obstante puniendus esset delinquens. Alex. Imol. *Lib. 3. Conf. 14. n. 2.* nec obstat *l. 2. ff. ad Sci. Syllan.* hæc enim lex non vult, crimen purgari posse per defunctum, sed officium servorum purgari posse, ut ne ad poenam vocentur, quod opem non tulerint.

Quantus exculpatio testatoris infit effectus disquiritur.

§. XIIX.

Colophonis loco disquiritur: An testator possit heredi suo testamenti factionem adimere. Et Resp. directo non valet hæc dispositio, *l. 77. §. 24. ff. de Legat. 2. tot. tit. ff. Cod. Si quis aliquem test. perhib.* ne quis aliquem prohibeat testamentum facere, aut testamentum factum mutare, cum nihil sit, quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrum. *l. 1. C. de SS. Eccles. & testator facere non possit, ne leges in suo testamento locum habeant, l. 55. ff. de Leg. 1.* hæc tamen dispositio inducit fideicommissum: Nam si testator veteret aliquem ex heredibus suis testamentum condere, donec liberos susceperit, tacite mandasse censetur, ut hereditatem restituat coheredi. *l. 74. ff. ad Sci. Trebell. Donell. Lib. 7. C. 17. lit. F.* Nec obstat *l. 77. §. 24. ff. de leg. 2.* in qual. traditur, quod si Pater in Testamento ita disposuerit: Mando filia meæ, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat, quod hæc formula non censetur fidei commissum relictum. Resp. Disting. Aut testator simpliciter gravavit filium heredem suum, ne faciat testamentum: & tunc valet in vim fideicommissi, ut sc. hæres censetur

Prohibitio, ne heres testamentum condatur, num obliget?

gravatus de hereditate restituenda, proximis heredibus
 venientibus ab intestato, ut accidit in *d.l. 74. Ant. Gomez-
 Tom. 1. Var. Resol. de substit. fideic. C. 5. n. 47. Mantica de con-
 ject. ult. vol. Lib. 8. Tit. 1. n. 29.* Aut vero testator non manda-
 vit simpliciter filio suo, ne testamentum ordinaret, sed
 tantum consulendo securitati heredis illud dixit, quo casu
 non censetur per fideicommissum hereditas relicta prox-
 imis heredibus ab intestato, sicut fecit testator in *d.l. 77. in
 qua lege additum fuit: ita enim poterit sine periculo vivere.*
 Quæ verba, quia prolata sunt in formam & modum con-
 sili, nullum Juris effectum, neque fideicommissum indu-
 cunt. Tuldén *ad tit. C. de fideic. n. 1.* Consilii enim natura
 est, ut quamvis exciter ad deliberandum, non tamen obli-
 get ad sequendum, *arg. l. 1. §. 14. ff. de pos. Barbof. Lib. 3. cap.
 57. ax. 21.* Ex quibus inferitur, quod si testator rogaverit he-
 redem, ut Sempronium instituat heredem in bonis sibi re-
 lictis post mortem suam, videtur per fideicommissum gra-
 vare, ut ei prædicta bona restituat. *l. 17. pr. ff. ad Sc. Trebell.
 l. 14. §. 6. ff. de Leg. 1.* licet enim restricta sit potestas testato-
 ris, ut iustus directo valere nequeat, petitur enim ab here-
 de, ut testamentum faciat & certum heredem instituat,
 quod non licet, *l. 32. ff. de hered. instit.* quia adimitur per id
 libera testandi facultas, & testamenta non debent pendere
 ab alieno arbitrio, nemo enim ad testandum cogi potest,
 sed libero id cuiusq; iudicio permittitur, *l. 1. C. d. Sacros. Eccl.
 Tabor. ad tit. C. de Donat. ib. 20.* ut ideoque alter alteri te-
 stamentum facere nequeat Stuck *P. 1. Conf. 13. n. 54.* Valet
 tamen perinde, ac si rogasset hereditatem restitui. Qui
 enim voluit Sempronium heredem heredis sui fieri, vo-
 luit, quoque hereditatem suam ad eum pervenire. *l. ult. C.
 de hered. instit.*

Hæc sunt, quæ pro instituti ratione dixisse sufficiant.

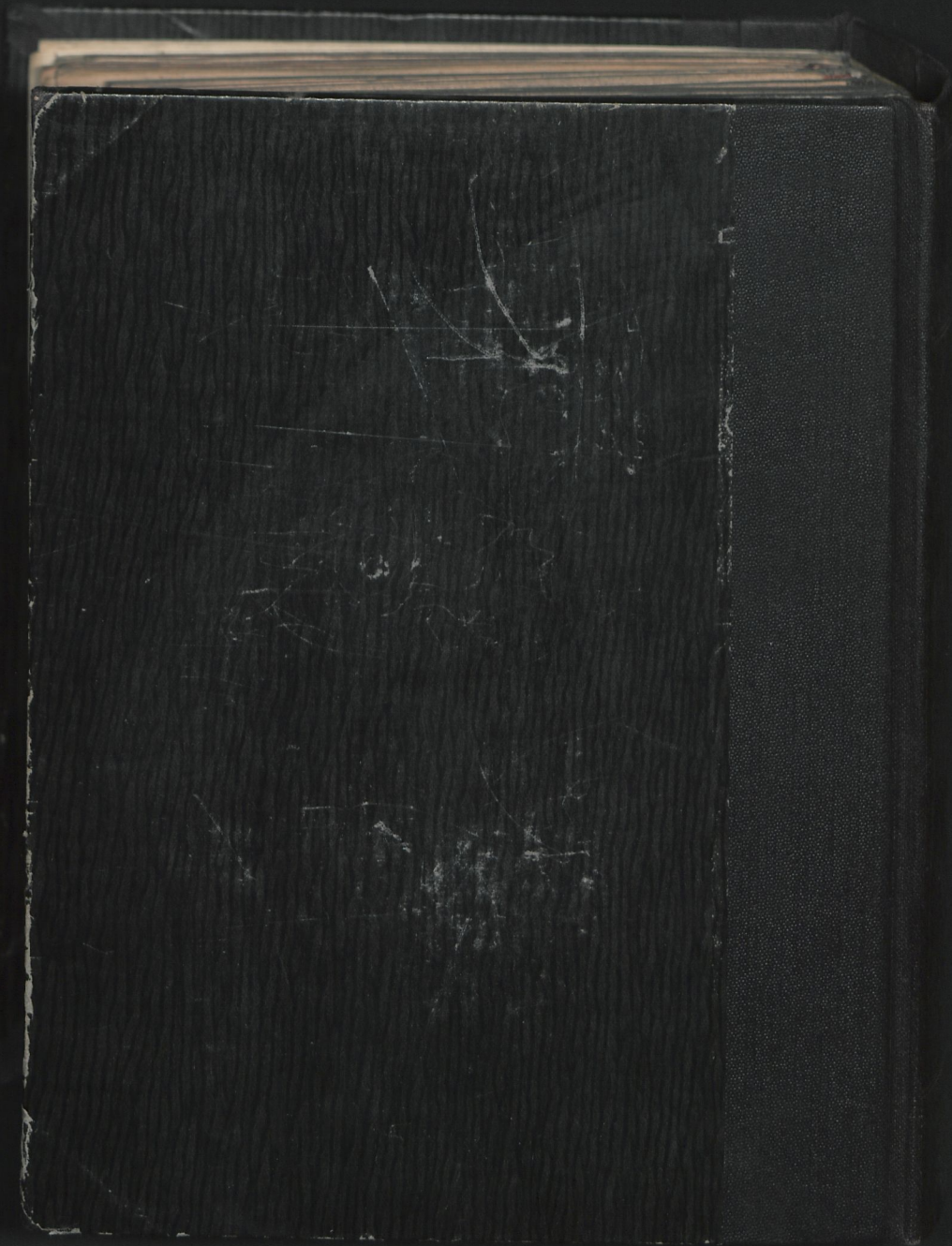
SOLI DEO GLORIA.

VD18

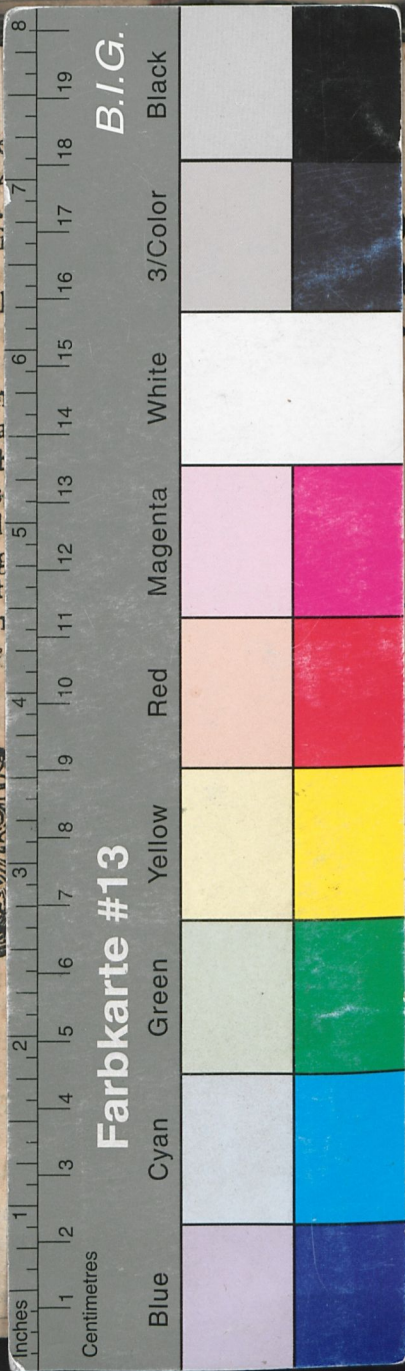
ULB Halle
007 017 200

3





1713, 16. 35



DISSERTATIO JURIDICA,
DE
RESTRICTA
TESTATORIS
POTESTATE,

CUJUS DEFENSIONEM
PERMISSU
ILLUSTRIS FACTORUM ORDINIS
SUB PRAESIDIO
VIRI EXCELLENTISSIMI,
N. D. JOH. CHRISTOPHORI
SCHACHERI,

DECT. PROF. PUBL. ORD. PRAESULATUS
MARTISBURGENSIS CANONICI, ACADEMIAE DECEMVIRI,
FACULTAT. JURID. A. SESSORIS, ET RELIQUA.
PATRONI ATQUE AVUNCULI SUI

VENERANDI,
D. VII. APRIL. A. R. S. M. DCCXIII.

SUSCIPET
ASPAR. FRIDER. SCHAMBERG,
LIPSIENS.

LIPSIAE
TYPIS ZEIDLERIANIS.

