

diis destituti fame perire deberent liberi. Ex hoc enim merito infert Fachin. ergo ipsemet legislator, jusque ipsum hæc et similia verba. « Lego uxori usumfructum omnium bonorum, » in eo sensu intelligit; quod vi talium verborum competeret usufructus omnis etiam superfluum, et non tantum necessarius honestæ sustentationi; alias enim immerito reprehenderet maritos, quod liberis nudam proprietatem sine ullo usufructu relinquant, si, quod volunt adversarii, per præfata generalia verba uxori sola alimentatio, filiis autem præter proprietatem, etiam residuus competeret usufructus, prout consideranti patet.

380. *Solvitur objectio.* — Nec obstat alterius præsumptionis ratio n. 377. allegata, quia negatur suppositum, quod ex nostro interpretandi sensu, in casu posito sequatur fames prolium, vel defectus sustentationis eorundem, eo quod liberis adhuc maneat saltem legitimæ usufructus juxta dicta n. 367. quod ipsum etiam et non plus voluit novella 18. cap. III. dum prohibuit, ne filiis nuda proprietas, et uxori totius hæreditatis relinquatur usufructus.

381. *Testamentum reciprocum a quovis conjugum pro sua parte libere revocari potest, etiam inscio ac invito altero.* — Quæritur III. An cuius conjugum liceat testamentum reciprocum iterum pro libitu revocare? Resp. affirmative Gailus, lib. II. observ. 117, n. 2; Myusinger, cent. 1. observ. 8, n. 5; Berlich., in *Aureis decis.* decis. 92; Peck, de *Testament. conjug.*, lib. I. cap. XLIII. et communissima aliorum. Ratio est, quia « ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremæ exitum, » l. IV. ff. de *Adim. vel transf. legat.* Nec effectum aliquem habet ante mortem testatoris « per vulgaria juris. » Ob quam rationem doctores conclusionem communiter intelligunt non tantum in casu, quo unus conjux jam obiit, sed etiam si ambo adhuc vivunt, sive dein alter conjux revocationem sciat, et consentiat, sive nesciat, seu contradicat; hoc ipso, quod valor testamenti nequiquam dependere possit a voluntate, vel arbitrio alterius, l. *Illam institutio.* ff. de *Hæred. instit.* Nec obstat, quod in una charta reciprocum testamentum conscripserint, vel scribi fecerint; quia non obstante identitate chartæ, duplex distinctum ac separabile nihilominus censetur esse testamentum, ita ut quivis de suis bonis præsumatur testamentum fecisse, consequenter pro sua parte illud

denuo revocare valeat; uti cum communi aliorum citati Auctores bene observant.

382. *Si una pars clandestine illud revocat, censetur etiam plerumque ab altera tacite revocatum testamentum.* — Notandum tamen cum Peck, loc. cit.; Menochio, de *Præsumpt.* lib. IV. præsumpt. 165, n. 20, et aliis, quod, sufficienter constet, maritum a conjuge ideo esse institutum, quia ab eo reciproce fuit instituta, vel e contra; et pars una, inscia altera testamentum suum clandestine revocet, etiam compars suum testamentum tacite revocasse, vel potius, illud exspirasse censeatur, hoc ipso, quia sub spe et conditione tacita factum præsumitur, quod nullus ante mortem alterius testamentum revocare, sed potius unus alteri in eventum mortis tali testamento favere velit. Idem habetur in statutis Baviaræ, tit. XXXIV. a. 13. ubi universaliter statuitur, quod si unus conjugum testamentum inter eos reciproce factum, clandestine revocet, etiam alterius testamentum revocatum censeatur: Si vero unus non clandestine, sed sciente altero testamentum revocavit, remaneat conjugis alterius testamentum in suo valore; si post revocationem ab altero factam, tandiu adhuc vixit, quod etiam ipse suum testamentum facile revocare, vel mutare expresse potuisset, et tamen non fecit; quod ultimum num etiam de jure procedat, jurisperitis amplius examinandum relinquimus.

383. *Varii modi, ac instructio practica faciendi testamenta conjugum tam reciproca, quam alia.* — Cæterum ex dictis colligitur, quomodo conjuges practice facile facere possint, ac debeant testamentum tam reciprocum, quam non reciprocum. Volentes namque testari, imprimis attendant, num adsint liberi, necne. Si liberi non habentur, res omni difficultate caret; tunc enim conjuges eo modo, quo soluti, de rebus suis liberrime disponere, seque invicem, vel alios pro hæredibus instituere, idque vel in reciproco, vel non reciproco testamento: Et si in reciproco, id vel ore nus, vel in scriptis: item in uno, vel dupl. libello vel charta juxta dicta n. 371. et seq.

384. Si vero adsunt liberi, considerent, et se resolvant, an unus alterum de bonis suis hæredem instituere, aut de hisdem bonis aliquid determinatum, ut proprium legare, vel usumfructum, eumque vel omnium rerum, vel certorum prædiorum, agrorum, vel summæ capitalis relinquere velint. Nam quodvis

horum pro libitu facere possunt, idque rursus vel in reciproco, vel non reciproco testamento.

385. Et quidem si extantibus liberis unus alterum etiam hæredem esse velit, poterit id facere, vel instituendo eundem æqualiter cum liberis, dicendo v. g. « Liberos et uxorem pro hæredibus universalibus æqualiter denomino ac instituo: » vel potest, si vult, uxori, sicut e contra hæc illi majorem partem hæreditatis assignare, dicendo v. g. « Liberos et uxorem pro hæredibus meis instituo, ita tamen, ut liberis non nisi præcise legitima portio de jure debita detur, reliqua omnia vero tam mobilia quam immobilia uxori ut propria remaneant. » Ubi tamen advertendum, quod si una cum liberis etiam uxorem, vel hæc maritum pro hærede instituere velit, omnes solemnitates ad solemnem testamentum requisitas adhibere, vel certe ad acta dare, aut coram iis condere, vel coram principe facere debeat; eo quod alias testamentum quoad uxorem tanquam extraneam, ac non privilegiatam personam non valeret, ipsaque uxori assignata hæreditas, ipso jure liberis accresceret, arg. l. *Hac consultissima.* c. h. t.

386. Si vero maritus solos liberos pro hæredibus instituere, uxori vero, vel hæc marito solummodo quid legare cogitat, rursus consideret, an eidem aliquid proprium, vel tantum rerum usumfructum legare, vel etiam, an bonorum administrationem eidem solummodo committere velit. Si proprium legare vult, specificet, ac determinet illud pro libitu etiam in magna quantitate, si placeat; quia potest conjux unus alteri de jure etiam per modum legati tantam quantitatem relinquere, quæ longe excedat portionem hæreditariam liberorum, sicque cum eodem, vel etiam cum majori effectu per legatum consulere uxori, vel hæc marito, quam si eundem hæredem cum liberis fecisset; dummodo liberis legitima remaneat. Sic v. g. in casu, quo pater duorum aut trium liberorum, aliquod bonum immobile duorum millium florenorum, ac simul paratas pecunias, vel summam capitalem decem millium florenorum habet, poterit dicere: « Liberos meos pro hærede universaliter instituo, uxori vel sex millia vel septem millia florenos lego: » vel, « Uxori lego meum prædium N. simulque quatuor millia florenos, quos ei liberi illico tradere teneantur: » ubi, ut vides, sola uxor tantum, vel etiam plus acci-

pit per modum legati, quam omnes liberi simul per modum hæreditatis: Et hoc quidem de jure validissime, eo quod parens de jure liberis plus relinquere non teneatur quam legitimam; qualem in casu haberent, utpote capientes quinque millia florenos, qui in casu posito jam efficiunt, imo superant tertiam totius hæreditatis partem, quæ est legitima portio, quando plures non adsunt liberi quam quatuor.

387. Si autem non quid proprium, sed tantum usumfructum legare velit uxori, vel hæc marito: Idem deliberet, an omnium bonorum, an vero certorum tantum bonorum usumfructum legare expediat. Si hoc secundum resolvit, specificet, ac determinet illud, dicendo v. g. « Liberos meos pro hæredibus instituo, uxori vero lego ad vitam usumfructum hujus vel illius prædii, vel horum agrorum, aut hujus domus, etc. vel interesse annuum hujus aut illius capitalis, » etc.

388. Si primum, videlicet, usumfructum omnium bonorum eidem legare velit, exprimat illud bene, claris ac omnem aliam præsumptionem excludentibus verbis, non præcise dicendo v. g. « Uxori ad vitam lego usumfructum omnium meorum bonorum, aut totius hæreditatis: » sed insuper addat, « non solummodo quantum necessarius est ad ejus sustentationem, sed universaliter omnem etiam superfluum. » Licet enim prior modus sine tali additamento sufficeret, juxta dicta n. 378. nihilominus, quia circa hoc magna controversia est inter doctores; juxta dicta n. 377. uxorem periculo litis exponeret, nisi sensum manifestum poneret. Insuper excipiat usumfructum legitimæ prolium debitæ: quamvis enim de jure jam censeatur exceptus in casu, quo usufructus omnium bonorum maritus uxori, vel hæc marito legat, juxta dicta n. 367. Nihilominus, melius juri præsertim novellæ 18, cap. III. conformius fit, si testator ipsemet excipiat, dicendo, v. g. « Liberos meos pro hæredibus instituo, uxori vero omnium bonorum usumfructum non tantum sustentationi necessarium, sed etiam superfluum dempto legitimæ usufructu lego: » nisi forsitan per clausulam supra n. 368. positam, liberos indistincte cogere velit, ut matri etiam legitimæ, consequenter omnium prorsus bonorum usumfructum ad vitam relinquant.

389. Si tandem maritus uxori non usum-

fructum, sed administrationem omnium honorum relinquere, sicque matrem curatricem, aut tutricem prolium facere velit, pariter id exprimat. Quamvis enim officium administrationis, extantibus post mortem mariti liberis, alia de jure jam competat matri ad secundas nuptias non transeunti, adeo ut, si velit, omnibus aliis (exceptis datis per testamentum patris) præferatur: textu claro novell. 118. cap. v. et novell. 94. cap. II. cum quibus etiam Bavariæ statuta concordant tit. V. a. 3. Nihilominus firmiter erit, si id in testamento etiam exprimat maritus.

390. Illud porro notandum, quod, si maritus uxori, vel hæc illi in testamento aliquid legat, secure faciat, si solemnitates saltem ad codicillum requisitas adhibeat, vel ad acta tradat; ne alias liti periculo factum legatum exponat, ob sententiam plurium doctorum volentium testamentum minus solemniter inter liberos validum, esse invalidum quoad legata pro extraneis inserta juxta dicta supra n. 162.

391. Insuper etiam advertendum, quod si maritus uxori, vel hæc illi proprium quid, vel usumfructum legare velit, necesse non sit, ut faciat testamentum; sed possit id per solam codicillum, adhibitis ad id quinque testibus juxta dicenda §§ 20 et 21 præstare, dammodo coram testibus manifestet, quod non intendat facere testamentum, sed tantum codicillum, in quo præcise legata pro uxore, vel etiam pro anima sua, vel pro aliis indicare, liberis autem ab intestato successuris hæreditatem dividendam relinquere velit.

392. Tandem conjuges monendi, quod quamvis unus alteri tam in reciproco, quam non reciproco testamento usumfructum, vel etiam proprietatem omnium honorum (sola excepta legitima) de jure civili legare valeat; nihilominus si vident, quod liberi per solam portionem legitimam, sustentationis necessariæ media non habeant, nec se aliunde sustentare valeant, quivis conjux saltem, de jure naturali teneatur plus relinquere liberis, hoc ipso, quod ad præstanda eisdem alimenta jure naturali teneatur, « per vulgaria juris. » Limita monitionem in casu, quo maritus, v. g. probe scit matrem pro liberis omnino fore sollicitam, legatamque sibi substantiam vel usumfructum in liberorum utilitatem applicaturam, vel saltem conservaturam, ut proin similia legata in liberorum detrimentum non vergant, sed tantum ad id

serviant, ne mater a liberis despiciatur, aut minus honoretur, aut ne ab eis dependere debeat; vel etiam, ne liberi sua immature consumant, ac dissipent, etc., tali enim casu tam de naturali quam civili valide ad licite aget, etsi usumfructum, vel proprietatem omnium honorum, excepta legitima, uxori, vel hæc marito relinquat.

Quæ cuncta a n. 383. huc usque prolixius dicta sint in gratiam minus peritorum in jure, vel praxin non habentium, ut in frequentissimis conjugum testamentis sibi, aliisque facilius consulere valeant, præsertim in locis, ubi jurisperiti, aut practici alii haberi non possunt.

393. *Per se loquendo nemo tenetur facere testamentum, bene vero per accidens: et quando?* — Quæritur III. An sit aliqua obligatio faciendi testamentum? Resp. per se loquendo, nulla datur talis obligatio, bene vero per accidens. Prima pars, quod per se non detur talis obligatio, communiter conceditur, indeque patet; quia nulla lex nec divina, nec naturalis, nec humana assignari potest ad id obligans. Secunda vero pars tanquam certa docetur a Molina, disp. 135, n. 1. Dicitur autem per accidens et indirecte obligari, quando quis prævidet, quod, nisi condatur testamentum, sint secutura multa scandala, odia ac dissidia, vel præjudicium tertii, v. g. creditorum, etc. Ratio est, quia quivis dum facile potest, tenetur similia mala avertere, si non ex justitia, saltem ex charitate.

Infertur proin clericos sæculares habentes bona ecclesiastica mere superflua, graviter teneri præfata bona vel in vivis erogare in causas pias, vel ad easdem causas facere testamentum; eo quod alias, nisi videlicet alterutrum faciant, bona residua ecclesiastica ab intestato capiant consanguinei cum magno eoque injusto præjudicio causarum piarum. Limita tamen hanc illationem in casu quo clerici consanguinei ab intestato successuri ita sunt pauperes, ut omnibus residuis indigeant: cum enim talibus bona superflua tam in vivis donare, quam per testamentum relinquere posset, eadem illis et intestatus cedere potest.

### § XIII.

DE HÆREDIBUS, ET EORUM INSTITUTIONE, VARIISQUE MODIS INSTITUENDI.

394. *Hæres et hæreditas, quid?* — Quæritur I. Quid, et quotuplex sit hæres. Resp. I.

Hæres (cujus nomen derivatur ab hero; quia veteres, « hæredes pro dominis appellabant. » § fin. Instit. de Hæred. qualit.) est, qui in universum jus defuncti vel ex testamento ex dispositione testatoris, vel ab intestato, et dispositione legis succedit. Ita in re communis, patetque ex l. Hæredem. 59. ff. de Reg. jur. ibi: « Hæredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat: » et l. Hæres. 37. ff. de Acquirend. hæred. ibi: « Hæres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit. » Hinc etiam universum jus defuncti Hæreditas ab hærede vocatur, l. Hæreditas. 62. ff. de Reg. jur. ibi: « Hæreditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. » An autem, et quomodo quis possit hæres institui, in parte certa, vel etiam in parte determinata, sicque hæres esse rei certæ, ac determinatæ salva definitione data: patebit ex conclusionibus dandis ad quæsitum sextum, faciendum infra n. 420.

395. *Hæres alius est ab intestato, alius ex testamento.* — Resp. II. Hæredem primo dividi in hæredem ab intestato, et in hæredem ex testamento seu institutum. « Hæres ab intestato est, qui ex dispositione legis succedit in universum jus illius, qui intestatus decedit, qui nempe aut omnino testamentum non fecit; aut non jure fecit: aut id, quod fecerat, ruptum irritumque factum est: aut si ex eo nemo hæres extiterit; » prin. Instit. de Hæreditat. quæ ab intestato. Concordat, l. I. ff. de Suis et legit. Hujusmodi hæredes ab intestato sunt proximi consanguinei intestatorum: de quibus hæredibus specialiter in tit. seq. de Succession. ab intestato. Hæredes ex testamento, seu instituti sunt, qui ex speciali dispositione testatoris, in testamento hæredes nominati ac instituti in jus defuncti succedunt, per vulgaria.

396. *Alius necessarius, alius voluntarius: necessarius alius suus, alius non suus.* — Secundo dividitur hæres in necessarium, et voluntarium sive liberum, qui etiam extraneus vocatur. Necessarii hæredes olim subdividebantur in necessarios suos, et necessarios non suos. Necessarii ut sic illi vocabantur, qui, si hæredes scribebantur, nolentes volentes hæreditatem etiam cum suo præjudicio, vel damno adire debebant. § 1. Instit. de Hæred. qualit. Necessarii et simul sui erant filii et filia, ac nepotes in testatoris patria potestate adhuc constitui, § 2. Instit.

de Hæred. qualit. ibi: « Sui autem et necessarii hæredes sunt, veluti filios, filia, nepos, neptisve ex filio, et deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. » Ubi etiam legislator, quare ita vocentur, explicat illis verbis: « Sui quidem hæredes ideo appellantur; quia domestici hæredes sunt: » Item, quia hæreditatem prius quodammodo jam suam obtinent, l. In suis. 11. ff. de Liberis et posthumis. « Necessarii vero ideo dicuntur; quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento hæredes fiunt, » adeo, ut testator a testamento sine justa exhæredandi causa eos excludere non possit, ipsi vero hæredes necessarii et sui hæreditatem sive ex testamento, sive ab intestatoris competentem repudiare olim non potuerint, cit. § 2. Instit. de Hæred. qualit. Quamvis hodierno jure in hoc ultimo sint dispensati, eo quod suis quoque hæredibus concedatur, repudiare hæreditatem, si velint, Instit. de Hæred. qualit. et l. Necessarii. 57. ff. de Acquirend. hæredit. Ut proin liberi et nepotes in patria potestate constituti, non amplius sint hæredes necessarii in hoc sensu, quod necessario hæreditatem adire debeant, eamque repudiare non possint, sed quod necessario debeant hæredes institui, vel exhæredari.

397. *Extranei hæredes, et voluntarii qui olim?* — Hæredes voluntarii: sive extranei erant cæteri omnes etiam liberi emancipati, in casu hæreditatis maternæ, § 3. Instit. de Hæred. qualit. ibi: « Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes a nobis instituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa, et qui hæredes a matre instituntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. »

398. *Qui nunc?* — Verum licet liberi jam emancipati, et universaliter liberi in casu hæreditatis maternæ, in sensu juris antiqui, nec sui, nec necessarii hæredes fuerint; hodierno tamen jure omnes liberi tam emancipati, quam non emancipati, sive adhuc in patria potestate constituti, æqualiter dicuntur hæredes necessarii in hoc sensu, quod vel necessario debeant institui hæredes, vel nominatim exhæredari. § 5. Instit. de Exhæred. liber. ut proin in puncto successionis inter liberos nondum emancipatis tanquam hæredes suos, ac necessarios; et inter liberos emancipatos tanquam hæredes non suos ho-