

justabulæ integræ relictae sunt, et utique jam postremæ; nam quod jus extinetum reviviscere negatur, id non obtinet, cum a re, quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentiam suam formalem & materialē retinuit, removetur impedimentum, D. Menoch. cons. 176. lib. 2. Fachin. 5. contr. 93. Jam tempus est, ut da textum §. nostri accedamus, in quo tractatur de convalescentia testamentorum, quæ per capitis diminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo, irrita facta.

5 Si modo civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore). Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis diminutionem irritum factum erat, quam ut testator moris tempore civis Romanus, & sui juris fuerit, omissa eleganti distincione, quam nobis suppeditat Papijanus in l. pen. §. 2. sec. tab. Etenim interest, an ei, de cuius integri capitis postea mortui testamento queritur, maxima mediae, an minima contigerit capitis diminutio. Si maxima aut media, verbi gratia, si capite damnatus sit, & Princeps damnatum in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus disideremus, quam ut testator pristinum statum receperit, l. 6. §. pen. de injust. rupt. At vero si minima capitis diminutio

(1) L. 23. d. tit. 1. P. 6.

intervenerit, puta si quis testamento facto se adrogandum derit, non satis est ad restitutio nem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus cesserit: sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscure a priore voluntate recedit, cum sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papinian. d. l. pen. §. 2. sec. tab. ex quo loco explicandum quoque, et suppleendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, l. 8. §. 3. de jur. eod.

6 Quod Hispaniam attinet, revisse quæ scripsimus in §. 4. hoc tit.

#### TEXTUS.

#### De nuda voluntate.

7 Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere usque adeo, ut etsi quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, et aut mortalitate preventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit. Divi Pertinacis oratione cautum sit; ne alias tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatae & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est (1).

#### COMMENTARIUS.

1 Hic §. rectius in continenti subjectus fuisset §. secundo, aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad confirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri coepit sit, nec absolutum: latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc a nobis explicandum est.

2 Quod testator id noluerit valere). Si quem prioris voluntatis pœnitentia, malitiae nunc intestatus decedere; parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellat, signa revellat, l. 1. §. penult. unde lib. majorem enim vim facta habent, quam verba, integrisque tabulis relictis nuda contraria voluntatis declaratio testamentum solemniter factum non infirmat, l. 36. §. 3. de test. milit. l. 27. C. de testam. In tantum, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nihil tamen magis illud infirmetur. Nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator processit, quod tantum non consummavit; i quantum minus infirmabitur sola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet simplici voluntatis declaratione, fac. l. 36.

§. 3. de testam. milit. Ex quo loco simul dicimus, ita jus esse, cum queratur de institutio ne hæredum; legatarios autem revocata voluntate, exceptione doli mali removeri: de cujus loci sententia vid Anton. Fab. d. c. 39. err. 8.

3 His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartoli in l. 18. de legat. 3. aliorumque qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus est, utrum simpliciter dixerit: *Nolo testamentum a me factum valere: an causam adjecerit & hæc verba: Quia volo decedere intestatus.* Nam, etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Verum nihil interesse, hac an illa formula tertior utatur, aperte evincit d. l. 36. §. 3. de test. mil. Et vero si hoc ipso quod quis testamentum revocat, tacite & per quandam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quominus aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quam si causa adjecta non esset.

4 Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur, l. 1. §. pen. si tab. test. null. ext. ex verbis: *vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluntate intestato decedere.* Sed nemo, opinor, tan infans est, qui non videat, Jurisconsultum ubi loqui non de simplici mutatione yo-

luntatis; sed quæ declarata sit factio aliquo simili illis, quæ antea expresserat incisioni aut cancellationi, puta si testamentum induxit, laceraverit, resignaverit &c. Habemus hujus sententiae defensorem Anton Fab. dec. 39. err. 6. pluresque alios. Plane ad confirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simpli- cem voluntatis revocationem faciem coram legitimo testium numero, arg. l. 35. de div. reg. jur.

5 Usque adeo). Amplificatio. Dixerat modo, nuda voluntate testamentum infirmari non posse: id aunc usque adeo verum esse pronunciat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti incepio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æque jure perfectum fuerit: quod & ipsu[m] ipsi testatoris voluntati consentaneum est: quia ut scribit Pomponius in l. 18. de legat. 3. credibile est, testatorem ita demum a priore testamento velle recedi, si posterius valitum sit.

6 Divi Pertinacis oratione) Solebant enim Principes orationes in senatu habere, aut scriptas ad senatum mittere, in quarum sententiam senatus consulta concipiebantur, l. 16. de rit. nupt. Tacit. lib. 11. Annal cap. 25. Atque haec Principum orationes etiam senatus consulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis, l. 22. de hered. pet. senatus consultum passim appellatur, l. 20. §. 6. V multis seqq.

ead tit. Jul. Capitol. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam senatus consultum nominat in Pertinace, cap. 7.

7 Jure ordinatae & perfectæ fuerint). Quæ legitimò modo fiunt, legitime quoque solvi debent, l. 35. de div. reg. jur. Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut testamenta militum, & parentum inter liberos. Testameniu[m] factum jure militia inter imperfecta numeratur in l. 2. de injust. rup. atque ideo etiam imperfecta quo vis posteriorē solvit, l. 34. §. 1. de testam. milit. & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est, rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, d. l. 2. & d. l. 34. §. ult. Sed nimis hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegiario pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet: quod autem rumpitur posteriorē jure communi non rite facto, militum videri non debet, quia etiam post missionis annum, irritum constituitur.

8 Testamentum imperfectum factum a parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militis, l. 21. §. 1. C. de testam. Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Justinianus constitui, ut testamentum inter liberos factum non alter rumpatur posteriorē, quam

pissime rescripserunt. Licet enim, inquit, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

## COMMENTARIUS.

1 Eadem oratione expressit). Ipseque, inquit, de Pertinace loquens Capitulinus d. loc. cap. 7. profesus est, nullius se aditum hæreditatem, quæ aut adulatio[n]e alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimū hæredes et necessarii privarentur. Addiditque senatus consulto haec verba: Sanctius est, P. C. in opem Rempub. obtainere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire. Proculdubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione Rempub. temperaturum, quam antecessor ejus Commodus Princeps flagitosissimus fecerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillime Imperatoris Domitiani, de quo Sueton. cap. 12. sic scribit: Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem. Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii in l. 20. C. de testam.

2 Qui litis causa Principem). Lex est, non debere cuiusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, tot. tit. de alien. jud. mut. caus. & tit. C. ne lic. po-

## TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in testamento imperfecto institutus fuerit.

8 Eadem oratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum: neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc Divi Severus & Antoninus sœ-

tent. (1). Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quam cuiquam privato: cum inter privatos hæc prohibitio in testamentis non vigeat, l. 8. §. 3. de alienat. jud. mut. caus. (2). Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa hæredem institui, quo alii nomine Principis deterriti jus suum indefensum relinquant ac nefas esse, calumnæ facultatem ex principali majestate capere, l. pen. de hær. instit. Paul. 5. sent. 12. Plin. Panegyr. cap. 43. Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.

3 Neque ex nuda voce). Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse, ut somniat Theophil. sed ex nuda voce, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

4 Neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit). Clau-sula generalis, legata quoque & fideicomissa non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus in l. 23. de legat. 3. legata vel fideicomissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. sent. 5. §. 3. & Ulpian. l. 8. §. 2. de inoffic. testam. scribunt testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficium argui posse.

(1) L. 15. cum seq. tit. 7. P. 3.

(2) L. 17. eod.

6 Licet legibus soluti simus), Principes Romanos legibus solutos esse, scribit Dio lib. 53. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ Repub. aliquando usurpatum, ut populus, aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singulari virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eundem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octaviano, aliisque permultis factum legimus: ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, consonum est, cum ex hoc ipso quod populus jura majestatis omnia abdicative in Principem transtulit l. 1. de const. Princeps necessario sequatur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem, neque legem, ut ait Alber. Gentilis in questionibus regiis. Deus, inquit Justinianus, leges ipsas Principi subjicit, eumque legem animatam misit hominibus, nov. 105. cap. 2. in fin. Jam vero qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessario legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur: & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in Panegyr. cap. 65. Leges, inquit, Principi nemo scripsit.

6 Neque cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma, quæst. 96. art. 5. part. 1. quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cum si neges, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tanquam quæ ipsi quoque latæ sint. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles duntaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subjiciantur, quatenus homines natū sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus lib. 1. de Repub. cap. 8. sic scribit: Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec ius obrogare potest.

Cujusmodi, inquit, est lex Salica, regni hujus firmissimum fundamentum.

7 Attamen legibus vivimus). Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes, & imperii potestatem, ut legibus omnibus ci-vilibus sit solutus: tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt (1). Quod significat Paulus l. 23. de legat. 3. his verbis: Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur. Et Imp. Ale-xandret l. 3. C. de testam. cum ait: Nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere: eodemque modo explicanda l. 4. C. de legib. & illud Plinii in Panegyr. ad Trajan. cap. 65. Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit. Et ibid. cap. 45. Vi-ta Principis, inquit, perpetua censura est, ad hanc dirigimur: nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo. Pulchre Claudia-nus in Panegyr. vers. 295. de quarto consulatu Horii.

## TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

### DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

D. Lib. 5. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 28. (2).

I Explicatur hic altera ra-tio infirmandi testamenti, cum

scilicet non ipso jure, sed per sententiam Judicis rescinditur,

(1) L. 15. tit. 1. P. 1.

(2) Tit. 8. P. 6.

ex causa de inofficio contra testamentum pronunciantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixit paulo post nobis manifestum fore, in calce titul. de exhaered. lib. De nomine inofficio si hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficium recte dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit: quemadmodum scimus, hominem inofficium dici, qui officium prætermitit, aut contra officium, quod alteri debet, facit; & ideo si, verbi causa, testator cognatis suis aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remuneracionem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficia dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes & fratres neglectum est, seu: In quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exheredati sunt immerito, vel immerito præteriti (1). Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficio querendi postulandique, ut si officium violatum esse constiterit, testamentum rescindatur. Actio autem, qua id petitur, proprie appellatur querela, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se conqueri dicebantur, Voss. inst. orat. lib. I. cap. 6. §. 2. Inofficium autem opponitur officio, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca de benef. lib. 3. cap. 18. quod ut beneficia sint

(1) L. I. cum seq. d. tit. 8. P. 6.

alienorum, ita officia eorum, quos necessitudo suscitet, & opem ferre jubeat.

#### TEXTUS.

#### Ratio hujus querelæ.

*Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exhaeredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficio testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exhaeredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem testamento fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.*

#### COMMENTARIUS.

1 *Quia plerumque).* Recte monet D. Pacius in margine, particulam plerumque non afficerem verbū exhaeredant, sed verbū *sine causa*; ut hic sit sensus: cum parentes liberos suos exhaeredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: puta falso instimulatos, novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos. l. 3. & 4. hoc tit.

2 *Sine causa liberos suos exhaeredant, vel omittunt).* Ait, *sine causa*: nam ex justis & meritis causis exhaeredatio semper permissa fuit, l. 7. de bon. damn. (2). Ait, *exhaeredant, vel omittunt:*

(2) L. 4. d. tit. 8. P. 6.

#### De inofficio testamento.

illud ad parentes omnes & propriæ ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet: nec supervacuo *hic expressum*; etsi enim matris præterito vim & effectum exhaeredationis habet, non est tamen revera exhaeredatio, §. ult. sup. de exhaer. lib. In patre exhaeredatio necessaria est, ut querelæ locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, sup. d. tit. §. 3. Quin nec quævis exhaeredatio querelæ locum facit, sed ea deum, quæ rite facta est: quæ secus facta, id est, non nominativum, non pure, non a tota hæreditate, pro præteritione censemur, l. 8. §. 2. de bon. poss. cont. tab. Matre autem sive prætereunte, sive quovis modo exhaeredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cum & jure civili firmum sit, nec a Prætore infringatur, ut vidimus in §. ult. sup. de exhaer. lib. Et igitur exhaeredatis omnibus, & a matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est.

3 Causæ exhaeredationis jure antiquo certis legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant Judicūm, qui de inofficio cognoscabant, quorum erat merita exhaeredati perpendere, l. 3. §. 5. cont. tab. Val. Max. lib. 7. cap. 8. Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim nov. 115. cap. 3. complexus est ad quatuordecim: & voluit, testa-

Tom. I.

torēm justam aliquam ingratitudini causam, & saltem unam ex illis, quas ipse recesent, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi; cum olim ita jus esset, ut nisi hæres ultra probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando (quo refert leg. 22. & l. 30. C. eod.), ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, l. 5. §. 1. eod. l. 28. C. eod.

4 Hinc duplex exorta quæstio. 1. An nullas alias ob causas quantumvis pares aut majores, quam quæ d. nov. 115. cap. 3. expressæ sunt, exhaeredatio permitenda. 2. Utrum si exhaeredatio facta sit sine elogio, id est, sine causa expressione testamentum ex dicta constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. Primam quæstionem quod attinet, quantumvis sententia Connani lib. 9. comm. 10. Vigili ad §. ult. sup. de exhaer. lib. aliorumque, qui eos sequuntur, negantum ob alias causas, licet æque graves aut graviores, exhaeredationem fieri posse, verbis d. nov. convenire videatur, tamen mihi persuadere non possum, eam faisse mentem Justiniani, quam illi esse censem: id que satis suadet ipsa, quam adducimus, objectorum solutio. Inquit: odiosa est exhaeredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, l. 19. de lib. & posth. cap. odia 15. de reg. jur. in 6. Imo contra, vel magis odiosum, patrem cogi, ut impio & indig-

Rrr